



## O foro especial por prerrogativa de função e o princípio da separação dos poderes

## The special forum for prerogative of function and the principle of separation of powers

138

*Bruno Thiago Krieger<sup>1</sup>*

*Raul Ribas<sup>2</sup>*

*Doacir Gonçalves de Quadros<sup>3</sup>*

**Resumo:** Este artigo tem por objeto o estudo sobre o foro especial por prerrogativa de função e o princípio da separação de poderes. A sua problemática consiste em analisar se é constitucional a Proposta de Emenda à Constituição nº 333/17 de autoria do

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito (FURB). Pós-graduado em Direito Constitucional (ABDConst). Advogado e professor na Universidade Regional de Blumenau (FURB). Mestrando do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER). Pesquisador do projeto de pesquisa: Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política (UNINTER). E-mail: bruno@krmrk.adv.br.

<sup>2</sup> Graduado em Direito (FURB). Pós-graduado em Direito Constitucional (ABDConst). Advogado e professor na Universidade Regional de Blumenau (FURB). E-mail: raul@krmrk.adv.br.

<sup>3</sup> Doutor em Sociologia (UFPR). Professor de Ciência Política e do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER). Coordenador do projeto de pesquisa Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política (UNINTER). E-mail: dgquadros2001@yahoo.com.br.

senador Álvaro Dias (PV-PR), que prevê a restrição do foro especial por prerrogativa de função aos chefes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A tese defendida neste artigo é de que entregar a jurisdição sobre os crimes praticados durante o exercício do mandato por parlamentar a qualquer juiz de primeiro grau, impactaria diretamente no sistema constitucional vigente da separação dos poderes ao retirar a autonomia do parlamentar, podendo existir uma influência de membros do Poder Judiciário no Poder Legislativo, inclusive autorizando proteções ou mesmo perseguições políticas.

**Palavras-chave:** Foro especial por prerrogativa de função; Princípio da Separação dos Poderes; Inconstitucionalidade; Proposta de Emenda à Constituição; Cláusula Pétrea.

**Abstract:** This article has as object the study of the special forum for prerogative of function and the principle of separation of powers. The problematic aspect of the abovementioned theme lies in the examination of whether the proposed Constitutional Amendment n. 333/17, is in fact constitutional or not. Written by Senator Álvaro Dias (member of the political party PV-PR), the amendment provides restrictions to the immunity by function of the heads of the Executive, Legislative and Judiciary. The thesis defended in this article is that surrendering jurisdiction over crimes committed during the exercise of the mandate by parliamentarians to any judge of the first degree would directly impact the current constitutional system of separation of powers by removing parliamentary autonomy, and there may be an influence members of the judiciary in the legislative branch, including authorizing protections or even political persecution.

**Keywords:** Special Forum for Prerogative of Function; Principle of Separation of Powers; Unconstitutionality; Proposed Amendment to the Constitution; Eternity Clause.

## 1. Introdução

O foro especial por prerrogativa de função está presente em nossa Constituição (art. 102, inciso I, alínea b e c; art. 105, inciso I, alínea a; entre outros dispositivos) e tem como objetivo instituir um determinado tribunal ou juízo, para o julgamento de algumas demandas que envolvam alguma autoridade pública. É com alguma frequência que se discute se este dispositivo se trata de uma prerrogativa ou de um privilégio<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Este artigo é a versão final sobre uma análise preliminar apresentada no XIII Simpósio Nacional de Direito Constitucional promovido pela Academia Brasileira de Direito Constitucional que ocorreu entre os dias 31 de maio a 02 de junho de 2018 em Curitiba/PR. Gostaríamos de agradecer aos pareceristas da Revista Agenda Política pelas críticas e sugestões altamente pertinentes a partir das quais pudemos revisar e avançar em diversos aspectos em nossos argumentos presentes neste artigo.

Inclusive, tramita na Câmara Federal a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) de nº 333/17, de autoria do senador Álvaro Dias (PV-PR), já aprovada no Senado Federal (texto integral no anexo I), que prevê a diminuição do foro especial por prerrogativa de função, pela referida proposta, ficaria estabelecida esta prerrogativa apenas para o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, ou seja, os chefes dos três poderes.

A proposta deste artigo é verificar se esta redução do foro especial por prerrogativa de função é compatível com o sistema constitucional vigente, em especial sob uma análise do princípio da separação dos poderes (art. 2º e art. 60, §4º, inciso III da Constituição Federal).

Para isto, faz-se necessário esclarecer o que seria o princípio da separação dos poderes; bem como uma apresentação do que é o foro especial por prerrogativa de função, com direcionamento no sentido de saber se este se configura como cláusula pétrea e, por fim, uma análise da possibilidade e dos limites das Propostas de Emenda à Constituição que interferem em cláusulas pétreas, a fim de balizar a constitucionalidade ou não da PEC nº 333/17.

## **2. O princípio da separação dos poderes**

Na análise do foro por prerrogativa de função tem centralidade destacada o conceito de separação de poderes e a sua incorporação no contexto constitucional moderno.

O desenvolvimento e divulgação orgânicos da ideia de poderes de Estado separados por função foi operado – não obstante elaborações anteriores em Aristóteles e John Locke – por Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu, que o ordenou como pressuposto da liberdade. Com efeito, para Montesquieu (1995, p. 168):

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder

legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

A íntima ligação entre a separação dos poderes estatais e a liberdade política do cidadão se revela, para Montesquieu, na necessidade de que o controle da centralização de poder em determinado governo leve a “tranquilidade de espírito” em que um “cidadão não possa temer outro cidadão” (Montesquieu, 1995, p. 168).

Um estudo mais profundo sobre a obra *Espírito das Leis* revela a presença das habilidades intelectuais em Montesquieu que transitam entre a sociologia, o direito, a filosofia política e a história.

No âmbito da sociologia suas contribuições estão em procurar compreender o fato histórico a partir do costume, das ideias, leis e instituições. Como chegar ao inteligível? Para Montesquieu primeiro é preciso captar por trás da sequência aparentemente acidental dos acontecimentos as causas mais profundas que os explicam.

141

No campo da filosofia política Montesquieu em sua obra oferece uma teoria política. Do capítulo I ao XIII, encontramos a teoria dos três tipos de governo em que ele classifica os diferentes tipos de governo a partir de dois critérios: natureza e princípio. Do XIV ao XIX, Montesquieu reflete sobre a influência do clima e do solo sobre os homens, seus costumes e instituições. E, por fim, do capítulo XX ao XXVI, ele descreve a influência do comércio, da moeda, do número de habitantes e religião sobre os hábitos, costumes e as leis da sociedade. Em conjunto estas três partes da obra oferecem uma explicação dos fenômenos políticos a partir de variáveis sociais procurando entender a organização social a partir da influência de causas físicas e materiais.

No campo da política a teoria política de Montesquieu se ocupa da moderação como o mecanismo que permite o funcionamento estável dos governos. Como chegar a moderação nos governos? E a resposta de Montesquieu a esta questão é a partir da sua teoria da separação dos poderes ao propor mecanismos que promovam a moderação dos governos e a estabilidade em seu funcionamento (Albuquerque, 2000, p.114 - 116).

No capítulo XI, da obra *Espíritos das Leis* Montesquieu assevera que a teoria da separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário e a independência entre eles é a solução para se chegar a um governo moderado (Montesquieu, 1995, p. 165-196).

Uma primeira interpretação sobre a teoria da separação dos poderes de Montesquieu e que prevaleceu na Europa na primeira metade do século XIX se refere à formação de um governo misto (Albuquerque, 2000, p. 111- 120). O argumento é de teor político manifesta que a moderação e a estabilidade do governo existem quando as duas forças reais da sociedade compõem o Legislativo, neste caso a nobreza e povo, e nele elas possam se expressar. O destaque nesta interpretação é de que pela teoria da separação dos poderes haverá a formação de um arranjo institucional misto. Tal arranjo impede que alguma força política prevaleça sobre as demais e é complementado pelos poderes executivo, a quem cabe à tomada de decisões rápidas, e pelo judiciário que tem o poder das leis (Albuquerque, 2000, p.120).

A segunda interpretação sobre a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, a qual interessa neste artigo está presente na doutrina jurídica. Segundo a doutrina, pela teoria da separação dos poderes Montesquieu defende uma progressiva separação entre política e direito de modo que a “inibição” dos poderes é um meio para se evitar o despotismo no governo e se chegar à formação de um governo moderado (Ferraz Jr, 1994, p.14). Nesta interpretação a ênfase está na composição dos três poderes com a neutralização do judiciário a partir de um comportamento imparcial do juiz e apartidário em suas funções. Ou seja, o juiz deve se tornar indiferente a expectativas de influência externa.

Aristóteles, Marcílio de Pádua, Grotius, Puffendorf, Bodin, Locke estão dentre os pensadores que se colocam como os defensores da separação dos poderes e, tal defesa se faz para se chegar à moderação dos poderes. Em Montesquieu a separação de poderes é a forma de organização que garante o bom funcionamento dos governos, concretiza a possibilidade de um poder capaz de contrariar outro poder. A Inglaterra e a sua Constituição são para Montesquieu exemplo ideal de governo moderado em que o executivo está nas mãos do monarca, as Casas Legislativas duas assembleias na posse do povo e da nobreza. E, por fim, o Judiciário que não é um poder de pessoa, não é o poder do juiz, mas o poder das leis.

Cabe aqui uma rápida distinção entre funções de poder com separação de poderes, como nos adverte José Afonso da Silva (2015, p. 110).

Para referido autor, a distinção das funções de Estado se observa na especialização das tarefas do governo, levando-se em consideração a sua natureza (legislativa, executiva e jurisdicional). Já a separação de poderes se materializa com a existência de órgãos especializados para o exercício de cada uma das funções, o que obsta a concentração de poderes (Silva, 2015, p. 110).

Foi nas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII que a teoria da separação dos poderes ganhou contornos institucionais. Na Revolução Inglesa, a separação de poderes está presente no contexto político-revolucionário de conflito entre o Parlamento e o Rei, resultando, ao final da Revolução Gloriosa, em 1689, com a instituição do *Bill of Rights*, que estabeleceu as bases da contenção da monarquia inglesa no contexto da ascensão de Guilherme III.

Esse conceito de separação de poderes também foi incorporado aos ideais da Revolução Francesa, constando expressamente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como pressuposto para a existência de uma Constituição: “Artigo 16. Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Também presente no direito norte-americano, com o sistema de freios e contrapesos, a doutrina da separação dos poderes para os federalistas não possuía a utilidade única da garantia da liberdade do indivíduo (como para Montesquieu), mas estava “imediatamente voltada à otimização do desempenho das funções do Estado, fundando-se também no princípio da divisão do trabalho”, como nos lembra Eros Roberto Grau (2005, p. 226).

Erigido a dogma constitucional, a separação de poderes teve previsão expressa nas constituições brasileiras – com exceção da Constituição de 1937, que instituiu o Estado Novo –, constando na Constituição Federal de 1988 como princípio fundamental, em seu art. 2º, dispondo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988).

Todavia, a evolução do Estado contemporâneo em sua configuração Constitucional e de Direito sugere como faremos a seguir uma releitura da separação dos poderes e a dinâmica relação entre os órgãos legislativos, executivos e judiciários.

É importante visualizar, brevemente, o modelo de direito existente antes do Estado Liberal de Direito, a fim de que se compreenda as razões de seu surgimento. Segundo Ferrajoli (2015, p. 17-18), o modelo de direito vigente era o jurisprudencial pós-moderno, o qual, em razão da inexistência de um monopólio da produção normativa, tinha como base intrínseca a justiça ou a racionalidade, vez que era o predomínio das máximas que valiam para determinação do Direito. De tal modo, verifica-se um verdadeiro contraste entre a moral e o direito, pois, nem sempre, o que estava escrito valia, havia que ser considerado justo pelo intérprete.

É nesse contexto que surge no fim do século XVIII e no decorrer do século XIX o Estado de Direito Liberal, que tem como principal causa à ascensão da burguesia, uma vez que o interesse no momento era se proteger das arbitrariedades e da falta de previsibilidade do Estado de Polícia. De tal forma, o surgimento deste modelo de Estado tem como escopo principal garantir alguns direitos fundamentais, em especial, os pautados na liberdade e na propriedade, buscando, deste modo, garantir o pleno funcionamento do sistema capitalista, com a proteção dos direitos da elite econômica da época (Novais, 2013, p. 73-76).

No entanto, no transcorrer do século XX com o surgimento de diversas tensões sociais, as quais começaram a ameaçar o poder da burguesia, essa não via mais outra possibilidade que não a permissão da intervenção estatal em alguns casos, momento em que começam a surgir os direitos sociais. O impacto do surgimento dos direitos sociais levou a organização de movimentos socialistas e também a novas práticas de gestão governamental do Estado, por meio da intervenção no âmbito econômico para atenuar as consequências oriundas da relação proveniente da sociedade de mercado (Carvalho et. al, 2018, p. 223).

Esses direitos foram verdadeiras “moedas de troca” da elite social para a sua própria manutenção no poder, além, é claro, de trazer algumas vantagens, sendo as principais delas: a flexibilização do sistema, o que possibilitou a sua manutenção de forma mitigada; a divisão por todo o povo dos custos da infraestrutura básica,

necessária para o desenvolvimento do capital e o benefício decorrente da concessão de obras e serviços públicos (Streck e Moraes, 2014, p. 76-78).

Porém, em ambos os modelos, não havia o controle de constitucionalidade, em relação ao conteúdo das normas, tão somente, o controle formal. Ou seja, na classificação dos modelos de direitos trazidos por Ferrajoli, pode-se dizer que estes primeiros seriam parte do modelo legislativo, aonde não importava o conteúdo da norma, mas sim a sua fonte, reconhecendo a possibilidade de existência normas injustas, mas válidas, era o preço que se pagava pela certeza do direito, foi um momento de fortalecimento da segurança jurídica, ainda que isso não representasse, necessariamente, a existência de “justiça” (Ferrajoli, 2015, p. 17-19).

Fez-se necessário superar esse modelo, uma vez que foi sob o manto da legalidade que o mundo viu surgir modelos de Estado que horrorizaram a humanidade, como o nazismo e o fascismo. Razão pela qual adveio o terceiro modelo de direito apresentado por Ferrajoli como o modelo constitucional, no qual houve o reforço do princípio da legalidade com o acréscimo da sua esfera substancial. Assim, uma norma para ser válida, não dependia mais, tão somente, da forma como foi produzida, mas também do seu conteúdo, que deve ser compatível com a norma constitucional, a qual possui força hierárquica superior as demais normas (Ferrajoli, 2015, p. 19-22).

Porém, esta não é a única visão do surgimento das ordens constitucionais democráticas, outra análise, menos romantizada e, provavelmente, mais realista é trazida por Cláudio Ladeira de Oliveira (2014, p. 200-201):

O desenvolvimento da separação de poderes, uma das características do Estado de Direito, por exemplo, pode ser explicado como uma forma de “desoneração de funções”. Os governantes cedem poder aos tribunais, que passam a ser compostos por funcionários sobre cujo trabalho os próprios governantes não possuem mais autoridade imediata, porque o excessivo monopólio do poder político pode ser disfuncional e também possui custos (Holmes, 2003: 26). Com isso eles podem atingir um duplo objetivo: criar uma “blindagem política” contra decisões politicamente impopulares que resultam da aplicação da lei, mas eram imprevisíveis, e ficam agora a cargo do judiciário, e também permitir que seu tempo seja destinado a tarefas mais importantes do que a aplicação da lei em cada caso concreto onde surge uma controvérsia. Se a com “independência judicial” os legisladores devem abdicar de alguma espécie de poder político em benefício do judiciário, o fazem para evitar o ressentimento de



grupos punidos em virtude das decisões nos casos concretos de disputa sobre a aplicação da lei, fortalecendo assim sua própria posição. Naturalmente que, para os governantes, esta opção só é racional se o judiciário for composto por funcionários afastados das disputas políticas cotidianas, hipótese na qual não será capaz de “mobilizar suporte político” para atuar como grupo político concorrente (Holmes, 2003: 27). Motivação similar explica o surgimento do aspecto de generalidade das leis, a qual exonera o governante da tarefa incômoda de tomar centenas de milhares de decisões ad hoc nos casos concretos, uma tarefa para a qual pode faltar tempo, além dos custos políticos inerentes às decisões. (Holmes, 2003: 53).

Não obstante, é importante ressaltar que apesar de ter uma visão diferenciada em relação ao surgimento desse modelo, Cláudio Ladeira de Oliveira (2014, p. 201) reconhece que com o tempo esses avanços propostos pela separação dos poderes são tomados pelos grupos desfavorecidos, revertendo-se em verdadeiras conquistas políticas, provocando importantes alterações nas relações sociais existentes, o que pode ser comprovado, inclusive, com o fortalecimento do Estado de Direito.

146

Assim, em uma visão do atual princípio da separação dos poderes, compreendendo a sua origem histórica e a sua importância na evolução do Estado, Lenio Luis Streck e Fábio de Oliveira, entendem que não se pode encerrar em um mesmo poder a tarefa exclusiva de exercício de cada função, considerando o sentido funcional ou objetivo da palavra poder. Assim, para Streck e Oliveira (2013, p. 145):

Como é sabido, cada órgão não exerce, exclusivamente, uma única função, em correspondência nominal. [...] Diz-se, então, função típica, aquela correspondente, por excelência ou basicamente, ao órgão e função atípica, aquela exercida pelo órgão em caráter extravagante, pois que relativa, a princípio ou propriamente a outro órgão, ou como meio para o desempenho da sua função clássica ou prioritária, caráter instrumental.

E para garantia da higidez da separação de poderes e dos respectivos dispositivos constitucionais que lhe são inerentes, há dois elementos centrais na sua formulação, conforme destaca José Afonso da Silva (2015, p. 111):

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b)

independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.

A independência dos poderes, enquanto elemento formador da ideia de separação, para Silva (2015, p. 112) implica que:

(a) a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitem da sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais [...].

É nessa conjuntura de independência ou de “inibição” dos poderes que se deve ser analisada o foro por prerrogativa de função, como elemento subjacente à separação de poderes.

147

### **3. Foro especial por prerrogativa de função**

O foro especial por prerrogativa de função está previsto na Constituição Federal (art. 53, §1º; art. 86, caput; art. 102, inciso I, a e c, entre outros dispositivos), através destes dispositivos a Constituição estabelece que determinado Tribunal, ou mesmo órgão (uma vez que no crime de responsabilidade cometido pelo Presidente da República, é o Senado Federal competente para julgá-lo), julgue determinada autoridade. Assim, o foro especial por prerrogativa de função retira da regra comum de competência determinada autoridade, em razão da função que ocupa.

Segundo Tavares Filho (2016, p. 13);

[...] a lógica que preside a atribuição de um foro especial por prerrogativa de função é semelhante em todos os países: o reconhecimento da especial relevância de uma função exercida por uma autoridade pública, e a designação de um órgão mais elevado na hierarquia institucional do Estado para processá-lo e julgá-lo.

Vale destacar aqui ainda que sumariamente a existência de um debate na doutrina jurídica no Brasil frente aos pontos positivos e negativos na aplicação do foro especial por prerrogativa de função (Tavares Filho, 2016). Os operadores da doutrina e

críticos a aplicação do foro especial argumentam a partir de razões estruturais que a aplicação dos dispositivos constitucionais do foro especial acaba estimulando a demora no julgamento e ao restringir o julgamento penal das autoridades acusadas a uma instância judicial superior contribui para o baixo rendimento das atividades do judiciário (Tavares Filho, 2016, p. 17-23). É nesse sentido que caminha a opinião de Barroso (2016, p. 3);

(i) tramitam no STF, atualmente, 369 inquéritos e 102 ações penais contra parlamentares; (ii) o prazo médio para recebimento de uma denúncia pelo STF é de 617 dias (um juiz de 1º grau recebe, como regra, em menos de uma semana, porque o procedimento é muito mais simples); e (iii) desde que o STF começou a julgar efetivamente ações penais (a partir da EC 35/2001, que deixou de condicionar ações contra parlamentares à autorização da casa legislativa), já ocorreram 59 casos de prescrição, entre inquéritos e ações penais.

Outras críticas se respaldam no argumento de que a aplicação do foro especial assegura o privilégio aos acusados de cargos eletivos e incentiva que eles manipulem a jurisdição do tribunal favorecendo a manutenção da impunidade no Estado. Para Barroso (2016, p. 5).

O foro por prerrogativa de função, apelidado de foro privilegiado, é um mal para o Supremo Tribunal Federal e para o país. É preciso acabar com ele ou reservá-lo a um número mínimo de autoridades, como os chefes de Poder. [...] trata-se de uma reminiscência aristocrática, não republicana, que dá privilégio a alguns, sem um fundamento razoável [...]

Por outro lado, os argumentos favoráveis não tratam o foro especial como privilégio ao acusado, mas como uma garantia para impedir possíveis pressões externas dos acusados sobre as instâncias jurisdicionais inferiores. (Tourinho Filho, 2012; Oliveira, 2015; Lima, 2014). Este é o argumento que orienta a arguição neste artigo. Compreende-se aqui que a estipulação de um foro especial decorrente da função do agente político é uma garantia do cargo que ocupa e não do ocupante, assim, não se configura privilégio, mas uma garantia constitucional do exercício da função pública (Mendes e Oliveira, 2013, p. 1365).

Assim, é importante fazer um acerto de nomenclatura, uma vez que, por vezes, é utilizada a expressão “foro privilegiado”, a fim de denominar este instituto, o que

pode trazer a falsa impressão de um privilégio para o ocupante de determinado cargo (Mendes e Oliveira, 2013, p. 1365).

Inclusive, alguns doutrinadores, como o professor Aury Lopes Júnior, apontam como, muitas vezes, o foro especial por prerrogativa de função traz malefícios ao acusado, isto porque, esbarra na impossibilidade de um verdadeiro duplo grau de jurisdição (Lopes Júnior, 2014, p. 486):

Assim, um deputado estadual, julgado originariamente pelo Tribunal de Justiça, somente terá recurso especial e extraordinário dessa decisão, e, em ambos, está vedado o reexame da “prova” do processo, limitando-se a discutir eventual violação de norma federal ou constitucional [...]. Imagine-se então quem é julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal; o duplo grau de jurisdição é inexistente.

De tal modo, o que, inicialmente, pode ser visto como um privilégio como manifesta Barroso (2016) na verdade se configura como observam Oliveira (2015, p. 620) e Nucci (2007, p. 240) em verdadeiro ônus ao ocupante da função, uma vez que pode acabar ficando impossibilitado para o acusado o ingresso com qualquer recurso.

Além disso, o foro especial em razão da prerrogativa de função busca estabelecer uma dupla garantia, a favor e contra o acusado, isto porque, o legislador constitucional presumiu que os Tribunais Superiores estariam em melhores condições de julgar os ocupantes de cargo político, tanto em virtude da pressão que podem receber desses, quanto das pressões que podem receber de opositores do acusado, a busca é pela imparcialidade no julgamento (Mendes e Streck, 2013, p. 1365).

Outro aspecto relevante do foro especial por prerrogativa de função é saber se este subsiste após o término da condição que o gerou, ou seja, se após o término do mandato, por exemplo, os atos cometidos durante o exercício da função serão julgados pelo órgão especial ou remetidos a um juiz de primeiro grau?

Até 1999, o Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento de que mantinha a competência, dando uma interpretação mais alargada ao foro especial por prerrogativa de função, aplicando a sua súmula 394, editada sob a égide da Constituição de 1946. No entanto, no julgamento do INQ 687, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, o Supremo Tribunal Federal cancelou esta súmula, passando a entender que terminando o exercício do mandato ou da função, terminava,

igualmente, o foro especial por prerrogativa de função (Mendes e Streck, 2013, p. 1366).

Houve, inclusive, uma tentativa de ressuscitação da referida súmula, através da edição da Lei nº 10.628/02, a qual alterou o art. 84 do Código de Processo Penal, que mantinha a prerrogativa de foro para crimes cometidos durante o exercício da função, ainda que o inquérito iniciasse posteriormente. Ainda, referida lei incluiu os atos de improbidade administrativa na prerrogativa de foro especial decorrente da função. No entanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional referida lei (Lopes Júnior, 2014, p. 487).

A este posicionamento do Supremo, pode ser questionado o fato de haver uma possível “perseguição política” posterior, não permitindo a independência de atuação do agente político. É importante frisar que não se está aqui a defender qualquer ilegalidade cometida por qualquer agente político, mas sim, a sua autonomia no exercício da sua função. Nesta seara, o foro especial por prerrogativa de função, tendo uma interpretação mais ampla, poderia trazer uma maior independência ao agente político (Mendes e Streck, 2013, p. 1365):

É preciso enfatizar, ainda, que a garantia constitucional da prerrogativa de foro passa a ser tanto mais importante se se considera que vivemos hoje numa sociedade extremamente complexa e pluralista, na qual a possibilidade de contestação às escolhas públicas é amplíssima.

De tal modo, em uma sociedade democrática e plural é necessário assegurar uma maior proteção aos agentes políticos, justamente, a fim de evitar autoritarismos, tanto para protegê-los, como para persegui-los.

#### **4. Propostas de Emendas à Constituição contra cláusulas pétreas – possibilidades e limites**

Primeiramente, faz-se necessário dizer que, compreende-se neste artigo o foro especial por prerrogativa de função como uma face do princípio da separação dos poderes, uma vez que referido instituto busca a “inibição” dos poderes, ao trazer uma

maior autonomia para o órgão julgador, bem como, não deixar o agente público a deriva da jurisdição de primeiro grau.

Superada esta premissa, o § 4º, do art. 60, traz o que chamamos de cláusulas pétreas, é preciso entender que estas não têm como pretensão manter o mesmo texto constitucional, mas sim, preservar o instituto protegido, sendo que uma mera alteração da redação de uma cláusula pétrea, não importa, necessariamente, em uma inconstitucionalidade, desde que mantenha o núcleo essencial daquela (Mendes e Braco, 2017, p. 122).

As cláusulas pétreas são características das constituições do segundo pós-guerra, que trouxe o Estado Constitucional de Direito, o qual estabeleceu ao lado da legalidade formal, a legalidade substancial (Ferrajoli, 2015, p. 20). Ensina, ainda, Ferrajoli (2015, p. 20):

Com os princípios e direitos fundamentais por esta estabelecidos estipulou-se, de fato, como um solene “nunca mais” aos horrores dos totalitarismos, aquele que chamei de *a esfera do não decidível*: aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos pela constituição.

151

Assim, o inciso III, do supramencionado §4º do art. 60 da Constituição Federal irá trazer o seguinte dispositivo: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes” (Brasil, 1988). A questão posta é a seguinte, se a PEC 333/2017 é tendente a abolir o princípio da separação dos Poderes ou não. A referida PEC aprovada no Senado Federal (texto integral no anexo I), que prevê a diminuição do foro especial por prerrogativa de função, pela referida proposta, ficaria estabelecida esta prerrogativa apenas para os chefes dos três poderes.

Para uma melhor compreensão sobre este limite de alteração de cláusula pétrea, pode-se analisar a perspectiva de Sarmiento (2001, p. 164):

O traçado destes limites envolve questão sempre delicada. Por um lado, deve-se, em princípio, e em homenagem à democracia, reverenciar as opções adotadas por uma maioria dos representantes do povo tão qualificada, como a necessária para promover uma emenda na Constituição. Afinal de contas, o constituinte não deve converter-se em tirano, aprisionando em camisa-de-força as

gerações futuras e subtraindo-lhes a autonomia decisória e a capacidade de adaptação às mutações sociais. Mas, por outro lado, é vital salvaguardar dos anseios muitas vezes conjunturais das maiorias parlamentares certas decisões políticas fundamentais, que representam os pilares de determinada ordem jurídica.

Assim, é possível compreender que apesar de não serem absolutas, permitindo sim alguma modificação textual, as cláusulas pétreas devem ser preservadas, sob pena de desfigurar-se completamente a Constituição Federal de 1988 denominada também de Constituição Cidadã. Neste passo, Sarmiento (2001, p. 165) nos lembra que por inexistir cláusulas pétreas na Constituição de Weimar, esta pode ser modificada radicalmente, apenas por emendas, a ponto de permitir o holocausto, em virtude de uma ampla maioria parlamentar.

Nesse contexto, mesmo que a alteração em discussão esteja veiculada em Proposta de Emenda à Constituição (PEC), é pacífica a possibilidade de utilização dos mecanismos de controle de constitucionalidade que tenham como objeto a referida espécie normativa, em seu aspecto formal ou – e para o que interessa para este trabalho – material.

Rememora-se lição do mestre lusitano Jorge Miranda (1981, p. 586), para quem:

Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas; não por oposição entre normas feitas ao mesmo tempo por uma mesma autoridade jurídica. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição; não pode haver inconstitucionalidade da Constituição.

O tema também não encontra maiores dificuldades no âmbito da jurisdição constitucional. Na história do Supremo Tribunal Federal precedentes que materializaram a declaração de inconstitucionalidade de normas do constituinte reformador, como, *v. g.*, a ADI 939 (julgada em 15/12/1993, tendo como relator o Min. Sidney Sanches) e a ADI 829 (julgada em 14/04/1993, tendo como relator do Min. Moreira Alves).

A alteração do foro especial por prerrogativa de função – ainda que por meio de emenda à constituição –, deixando parlamentares vulneráveis frente ao Poder Judiciário, em especial pelo fato de que “qualquer” juiz de primeiro grau ter competência para julgá-lo, pode sim, trazer perseguição ou proteção política, desestabilizando o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, a saber: a “inibição” dos poderes. É importante ressaltar, como advertido anteriormente, que o foro especial por prerrogativa de função é uma proteção tanto para o juiz, quanto para o jurisdicionado.

E é fundamentalmente essa dimensão de garantia do agente público no sistema constitucional que revela a íntima ligação do foro por prerrogativa (em moldes mais ou menos alargados) com a separação dos poderes. Notadamente nos sistemas democráticos em que as atribuições e competências constitucionais são utilizadas na dinâmica da constante tensão entre os poderes, principalmente em momentos de maior conflito.

Nessa ordem de ideias, Oscar Vilhena Vieira (2018) se utilizando da expressão o *constitutional hardball*, ou “jogo duro” constitucional desenvolvida por Mark Tushnet, analisa como comportamentos comuns das instituições, em momentos de maior tensão constitucional é marcado pelo uso exacerbado e, algumas vezes, heterodoxo, das prerrogativas constitucionais contra o adversário. Para Vieira (2018, p. 41),

No jogo duro constitucional, as instituições permanecem atuando dentro de seus campos de atribuição, mas tomando decisões contundentes e eventualmente controvertidas, que desafiam as concepções estabelecidas de validade, com o objetivo de alterar as relações de poder. De uma perspectiva realista, quando essas estratégias são bem-sucedidas, além de aumentar o poder do vencedor no curto prazo, favorecem no longo prazo a alteração dos padrões da própria normalidade constitucional.

Nesse cenário, a atribuição de julgamento dos agentes públicos, notadamente os membros do Poder Legislativo, por um único órgão de cúpula, previne a atuação da jurisdição local nesse “jogo duro”. Com efeito, no Brasil submeter os 594 membros do Congresso Nacional às idiossincrasias da jurisdição de 27 tribunais de justiça e 5 tribunais federais e ao poder monocrático do juízo de primeiro grau, pode levar a “desinibição” dos poderes com a desestruturação do equilíbrio entre os poderes, em



um contexto de maior enfrentamento e “estresse constitucional”, notadamente entre a política e o direito.

Assim, para Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 42),

Períodos de estresse constitucional seriam aqueles em que a utilização de jogadas pesadas, heterodoxas e legalmente controvertidas por parte dos que ocupam mandatos políticos ou têm prerrogativas institucionais se intensifica e alonga no tempo, favorecendo o surgimento de círculos de retaliações políticas e jurídicas e aumentando a tensão e a instabilidade institucional.

É nesse contexto que a difusão das prerrogativas de julgamento de diversos agentes públicos, notadamente os exercentes de mandato eletivo, para centenas de juízos monocráticos, sob a jurisdição de mais de 30 tribunais distintos, pode desequilibrar, sobremaneira, o sistema de freios e contrapesos da democracia no Brasil.

Em um sistema de tripartição de poderes, é relevante que nenhum poder tenha regência sobre o outro, que tenha sim a autonomia suficiente para realizar um bom sistema de freios e contrapesos, mas que não interfira no exercício do outro poder.

154

## **5. Conclusão**

Compreender o foro especial por prerrogativa de função como um privilégio é uma visão recorrente nos âmbitos jurídicos e políticos, sobretudo em tempos de decepções e de desconfiança com os governantes. No entanto, é consabido que as mudanças na Constituição não devem surgir através de um desejo momentâneo, ainda mais, quando se está a modificar um dos núcleos essenciais desta, qual seja, o princípio da separação de poderes.

Assim, conforme arguido neste artigo o foro especial por prerrogativa de função tem guarida, justamente, para permitir uma dupla independência, tanto de quem julga, como de quem é julgado.

Nessa situação é preciso compreender a separação de poderes como um arranjo institucional que serve para a “inibição” dos poderes e também funciona como um princípio jurídico estruturante dos valores republicanos ao articular diversos mecanismos e institutos que garantem a sua concreção e estão, portanto, no seu núcleo essencial. Estando sob a proteção da cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, inciso III da Constituição, a separação de poderes e seus desdobramentos –

como o foro especial por prerrogativa de função – não estão imunes a mudanças textuais.

Todavia, a Proposta de Emenda à Constituição n. 333/2017 prevê a sua extinção em relação aos membros de ambas as Casas do Congresso Nacional, com exceção dos seus respectivos presidentes o que na nossa compreensão, retirará a autonomia para a atividade legislativa. O Legislativo poderá sofrer represálias ou mesmo proteção de qualquer órgão jurisdicional ou, ainda poderá interferir diretamente na atuação jurisdicional dos magistrados.

Em vista disso, a manutenção do foro especial por prerrogativa de função em órgão colegiado, efetivaria a Constituição de forma mais adequada, uma vez que traria maiores garantias – que não podem ser entendidas como privilégios – aos parlamentares e julgadores.

### Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, J. A. GUILHON (1998) “Montesquieu: sociedade e poder”. In: Francisco Weffort (Org.) *Os Clássicos da política*. Volume 1. São Paulo. Editora Ática.

BARROSO, Luís Roberto. (2016) “Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes”. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo. 23 mai. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-23/roberto-barroso-foro-privilegiado-acabarreduzir-impunidade>>. Acesso em: 06 de set de 2019.

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal.

CARVALHO, Meliza Marinelli Franco; COSTA, Débora Laís dos Santos; MELLO, Felipe Demian Siqueira (2018) “Três modelos da Constituição brasileira de 1988 e a leitura moral proposta por Ronald Dworkin”. In: *Revista Agenda Política*, São Carlos, volume 6, nº2, p. 220-239. Disponível em: <http://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/210/197>

FERRAJOLI, Luigi (2015). *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FERRAZ JR, Tércio S. (1994) O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? In: *Revistausp*. São Paulo, nº21.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. (2012) *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva.

GRAU, Eros Roberto (2005). *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros.

LIMA, Marcellus Polastri. (2014) *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Brasília: Gazeta Jurídica.

LOPES JÚNIOR, Aury (2014). *Direito Processual Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (2017). *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz (2013). “Comentários ao art. 102, inciso I, alíneas *b a r* da Constituição Federal”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva.

MIRANDA, Jorge (1981). *Manual de Direito Constitucional*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (1995). *O espírito das leis*. 2ª ed. Brasília: UnB.

NOVAIS, Jorge Reis (2013). *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina.

NUCCI, Guilherme de Souza. (2007) *Manual de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira (2014). Algumas consequências de uma abordagem empírica das relações entre “constitucionalismo” e “democracia”. In: *Anais do I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*, Belo Horizonte.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. (2015) *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas.

SARMENTO, Daniel (2001). “Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 153-168, jan.-mar. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/48317/46511>. Acesso em: 12.dez.2018.

SILVA, José Afonso da (2015). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 02.12.2014. São Paulo: Malheiros.

STRECK, Lenio L.; OLIVEIRA, Fabio de (2013). Comentário ao artigo 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva.

STRECK, Lenio L.; MORAIS, José Luis Bolzan de (2014). *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TAVARES FILHO, Newton. (2016). *Foro privilegiado: pontos positivos e negativos*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: : [http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2016\\_10290\\_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos](http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2016_10290_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos) > Acesso em: 06 set. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena (2018). *A Batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras.

## Anexo

Ofício nº 515 (SF) Brasília, em 6 de junho de 2017.

A Sua Excelência o Senhor

Deputado Giacobbo

Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados

Assunto: Encaminha Proposta de Emenda Constitucional à apreciação.

Senhor Primeiro-Secretário,

Encaminho a Vossa Excelência, a fim de ser submetida à apreciação da Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2013, constante dos autógrafos juntos, que “Altera os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns, e revoga o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal”.

Atenciosamente,

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Altera os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns, e revoga o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal.

Art. 1º Os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º .....

.....

LI-III-A – é vedada a instituição de foro especial por prerrogativa de função;

.....” (NR)

“Art. 37. ....

.....

§ 6º-A. A propositura de ação penal contra agentes públicos por crime comum prevenirá a jurisdição do juízo competente para todas as ações posteriormente intentadas que tenham idêntica causa de pedir e objeto.

.....” (NR)

“Art. 96. ....

.....

III – aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes de responsabilidade.” (NR)

“Art. 102. ....

I - .....

.....

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

c) nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no inciso I do art. 52, os membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

.....” (NR)

“Art. 105. ....

I - ....

a) nos crimes de responsabilidade, os membros dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, bem como os membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

.....

c) os habeas corpus nos casos em que o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

.....” (NR)

“Art. 108. ....

I - ....

a) nos crimes de responsabilidade, os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, e os membros do Ministério Público da União;

.....” (NR)

“Art. 125. ....

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, vedado o estabelecimento de foro especial por prerrogativa de função para crimes comuns, e a lei de organização judiciária será de iniciativa do Tribunal de Justiça.

.....” (NR)

Art. 2º Revogam-se o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 6 de junho de 2017.

Senador Eunício Oliveira

Presidente do Senado Federal

Recebido em 25 de maio de 2019  
Aprovado em 1 de junho de 2019  
<https://doi.org/10.31990/agenda.2019.2.6>