

A Nova Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a Prerrogativa de Foro

Tulio Caiban Bruno*

Sumário

1. Aspectos Introdutórios. 2. O Alcance da Nova Interpretação. 3. A *Ratio Decidendi*. 4. A Questão do Foro em Constituições Estaduais. 5. O Conceito Jurisprudencial de “Crimes Funcionais”. 6. Juízes e Promotores: a Prerrogativa de Atribuição. 7. Conclusões. Referências Bibliográficas.

1. Aspectos Introdutórios

Como amplamente divulgado, na Ação Penal nº 937, o Supremo Tribunal Federal redesenhou as margens da competência originária ao fixar, como teses jurídicas, que:

(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 outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

Nas ensanchas do novo paradigma jurisprudencial, porém, acendeu-se intenso debate na comunidade jurídica referente à aplicação das teses fixadas aos diversos cargos contemplados pela Constituição com igual prerrogativa – que não o de Parlamentar federal em relação ao qual a decisão foi tomada –, como os de Chefe do Poder Executivo (federal, estadual e municipal), Ministros de Estado, Magistrados, Membros do Ministério Público, entre outros.

Daí porque, na sequência, foi proposta a deliberação de verbetes vinculantes, em Súmula, dispondo que “a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal para agentes públicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e do Ministério Público compreende, exclusivamente, os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função pública” e que “são inconstitucionais

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - MPRJ.

normas das Constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação da simetria”.¹

Por seu turno, escorado na nova linha hermenêutica, o Superior Tribunal de Justiça aplicou, por simetria, o mesmo entendimento em relação ao Governador de Estado (na Ação Penal nº 866/DF, Min. Rel. Luis Felipe Salomão), declinando da competência em favor do juízo de 1ª instância, porque os fatos objeto da ação penal ajuizada perante aquela Corte Superior não guardavam relação de atualidade com o mandato exercido pelo Chefe do Executivo estadual.

Outras dificuldades interpretativas, de fato, têm emergido das teses assentadas no julgado, tais como:

[...] o que vem a ser “crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo”? Seriam enquadrados em crimes praticados antes do exercício da função, buscando a ascensão ao cargo, como os delitos eleitorais? Ou a corrupção, anterior à função, mas em razão dela? Apenas delitos praticados por funcionário público contra a administração pública estariam enquadrados ou qualquer delito ligado à função? O assassinato de um inimigo político seria enquadrado? O tráfico de drogas usando o gabinete funcional? Uma investigação de lavagem de dinheiro, iniciada pela constatação de movimentação de patrimônio incompatível com a renda pelo agente público, seria conduzida em qual instância?²

Nesse contexto, o artigo pretende discutir as principais questões oriundas da nova concepção sobre a prerrogativa de foro externada pelo Supremo Tribunal Federal para traçar algumas diretrizes capazes de auxiliar o operador do direito na solução de casos futuros.

O desenvolvimento inicial do tema, portanto, deve partir do exame sobre a viabilidade da extensão daquelas teses, restritivas da competência originária, para os demais cargos agraciados pela Constituição com tal prerrogativa e, se for o caso, investigar qual o fundamento de direito capaz de apoiar essa proposta. Seria o argumento da simetria *tout court*?

De outra perspectiva sobre o mesmo problema, caberá responder a questão sobre a superação, pelo novo posicionamento jurisprudencial, dos precedentes que reputam válidas as normas concessivas de foro especial por Constituições estaduais,

¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-09/toffoli-propoe-sumulas-vinculantes-restringir-foro-especial>.

² Trecho extraído do voto vencido, na própria Ação Penal nº 937/RJ, da lavra do Min. Gilmar Mendes, antecipando problemas dos quais a prática não tem, de fato, escapado com boa margem de segurança jurídica. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-foro.pdf>.

tanto em relação às funções simétricas às previstas na Constituição da República, quanto em relação àquelas que, com elas, não guardam qualquer equivalência, como sói acontecer com as Defensorias e Advocacias Públicas ou, ainda, em alguns casos excepcionais, com a Vereança.

Na sequência, será necessário enveredar sobre o conceito de “crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”, revolvendo as categorias dogmáticas pertinentes, bem como os seus reflexos processuais penais, contexto no qual a exploração de situações concretas pode lançar alguma luz sobre a nova interpretação jurisprudencial, tratada no presente estudo.

Vale antecipar que tal conceito carrega, em si, as noções conjugadas de *atualidade* do fato delituoso em relação ao cargo ou mandato e da sua *pertinência* com o exercício das funções, o que redireciona a análise para hipóteses, muito comuns, como a do agente detentor de foro reinvestido ou reeleito na função que justifica a prerrogativa, com ou sem solução de continuidade, ou como a de movimentação pelo agente entre cargos que ostentem, ou não, aquele privilégio.

Aqui, o problema também diz respeito à prorrogação da competência e, por isso, entrelaça-se com a segunda tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal alusiva ao marco processual específico após o qual a competência não poderá ser mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

Por fim, caberá verificar se a nova visão sobre a competência originária abarcou correlativamente, de forma indiscriminada, a atribuição dos órgãos do *Parquet* responsáveis pela persecução penal, abordagem que parece tangenciar o desenho das instituições precipuamente engajadas na respectiva atividade estatal – Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário –, bem como de suas relações, nos termos da Constituição da República.

2. O Alcance da Nova Interpretação

Nesse percurso metodológico, inicialmente, buscaremos analisar a possibilidade de aplicação do novo paradigma judicial, restritivo da competência originária, aos demais cargos contemplados pela Constituição com a prerrogativa de foro para, se for o caso, perquirir qual o fundamento jurídico capaz de sustentar tal posicionamento.

Lembre-se que o Superior Tribunal de Justiça estendeu, sob o pálio da *simetria*, a supracitada tese restritiva para o cargo executivo de Governador de Estado, revelando, portanto, a inclinação jurisprudencial quanto aos demais agentes públicos dentro da sua esfera de competência, como o são os membros dos Tribunais Regionais Federais ou do Trabalho, dos Tribunais Eleitorais, dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público da União.

Mas é possível dizer que o cargo de Governador de Estado guarda relação de simetria com o de Deputado Federal ou Senador da República? E os cargos de Desembargador ou membro do Ministério Público podem ser concebidos como equivalentes funcionais ao dos Parlamentares?

A ideia de simetria, tradicionalmente, tem o seu sentido associado ao caráter unitário da federação, significando que os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios devem observar, em suas respectivas Constituições e Leis Orgânicas, os princípios fundamentais e as regras de organização juspolíticas previstas na Constituição da República quanto ao sistema de governo, à forma de aquisição e exercício do poder, ao regime democrático representativo, à estruturação básica de seus órgãos e aos limites de sua própria atuação.

Portanto, em rigor, de simetria não se trata na acepção própria do termo, porque os diversos cargos que ostentam a prerrogativa de foro no cenário jurídico nacional – como os de Presidente da República, Ministro de Estado, Governador, Membros de Tribunais ou Ministério Público, entre outros – não se ocupam de funções legislativas tais como as exercidas pelos Congressistas, alicerce primeiro sobre o qual a decisão do Supremo Tribunal Federal foi prolatada. Daí porque Lenio Streck criticou severamente o argumento da simetria tal como aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça ao sustentar que a Corte “[...] não interpretou autenticamente a decisão do STF, mas a reescreveu. Para disfarçar o exercício do poder decisório, tenta dar-lhe o verniz da interpretação jurídica dos princípios”.³

Por outro lado, o tratamento desigual em relação à prerrogativa de foro, cuja finalidade é a proteção do cargo – e não das pessoas nele investidas – para garantir o exercício livre e independente das funções que lhe são afetas, não se coaduna com a ordem jurídica, já que tais atributos, por escolha política, inscrevem-se no âmago de todas as funções contempladas. Isto é, não há justificativa para que os parlamentares tenham a competência originária circunscrita aos crimes funcionais e os demais agentes conservem toda gama de condutas típicas, ainda que em nada se relacionem com o cargo, nos domínios do foro especial, de sorte que, não se amoldando bem à ideia de simetria, o fundamento pode ser outro, qual seja, *a norma que pode ser extraída das razões subjacentes ao precedente, aplicável às situações semelhantes*.

A literatura jurídica de países onde o Direito se desenvolveu segundo a tradição da *Common Law* é pródiga quanto a esse tipo de investigação em torno do sistema de precedentes, cujos avanços teóricos contemporâneos podem contribuir para melhor explicar o raciocínio jurídico envolvido no seu funcionamento hodierno, inclusive, perante as famílias legais romano-germânicas.

Do ponto de vista da Ciência do Direito, sem nos ocuparmos das diversas formas e distinções pertinentes ao alcance da autoridade das decisões judiciais, convém atentar, com Ronald Dworkin, para a ideia de que “a força gravitacional de um precedente pode ser explicada pelo apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo” e, entre as conclusões sobre a responsabilidade judicial, “a mais importante delas determina que ele [o juiz] deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”.⁴

³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/senso-incomum-juiz-julgara-desembargador-promotor-denunciara-ministro>.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.177.

Essa reflexão que enlaça a filosofia e a teoria do Direito nos impele a conferir peso às decisões judiciais tomadas no passado, por equidade e justiça, a despeito dos ritos legalmente previstos para fins de vinculatividade obrigatória, outorgando autoridade persuasiva aos julgados, em especial, aos promanados de Tribunais superiores.⁵

Sob o prisma interno do sistema, uma abordagem atual sobre a temática foi realizada por Frederick Schauer no direito estadunidense quando, ao incursionar sobre a prática do precedente, enfrentou o problema alusivo à identificação de *similaridades relevantes* entre a decisão pretérita e o caso futuro sobre o qual as partes confiam que seja solucionado, da mesma forma, pelos tribunais.

O autor nos mostra que a noção de similaridade para definir o que consubstancia o precedente tanto pode provir do mundo natural como pode resultar de ficção jurídica em vista dos objetivos do Direito, tornando difícil a determinação apriorística das semelhanças a partir da mera subsunção de fatos e consequências que orientam as decisões judiciais em testilha.⁶

Pode parecer curioso que, nos dias de hoje, a solução preconizada pelo autor repouse na perspectiva da *ratio decidendi* enquanto base ou justificativa para a decisão anterior proferida pelo tribunal, pretendendo dizer, com isso, que:

[...] precisamos saber *não apenas o que* o tribunal decidiu, *mas por que* assim decidiu. Então, uma visão comum na Inglaterra e em outros lugares é que, como as regras, os precedentes têm razões ou justificativas por trás de suas soluções e, portanto, tornam-se obrigatórios para todos os casos subseqüentes que se enquadrem na *ratio decidendi* do caso anterior.⁷

Mas a proposta é válida quando, atualmente, se percebe um fenômeno de aproximação entre sistemas jurídicos de origem diversa na cultura ocidental, em que

⁵ Para uma explanação sobre essa questão, vide artigo de Roscoe Pound, intitulado *What of stare decisis?*, disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=flr>, onde o autor se refere à distinção entre precedentes com autoridade vinculante (*binding authority*) e precedentes com autoridade persuasiva (*persuasive authority*).

⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Harvard University Press, 2012, p. 50. A ideia pode ser extraída da seguinte passagem: “Thus, it is possible that determinations of similarity for the purpose of assessing what is to be a precedent will in some contexts reflect law’s sense of similarity for law’s purposes only, and will in other contexts reflect those judgments of similarity that come from the outside world. But as long as both of these possibilities exist, and as long as even prelegal determinations of similarity and difference are based on context and purpose, then it seems impossible to conclude that a legal determination of similarity is just a matter of seeing whether the facts in the instant case really are similar to the facts of the precedent case”.

⁷ *Idem*, p. 50. Preleciona o autor: “With the path of natural similarity being a false one, we must look for something else that will tell us whether and when an earlier case claimed to be a precedent is actually a precedent for the instant case. And this something else is often thought to be what is called, especially in common-law jurisdictions outside the United States, the ratio decidendi of the precedent case — the basis or rationale for the court’s decision. We need to know not only what the precedent court decided, but why it decided it. So a common view in England and elsewhere is that, like rules, precedent cases have justifications or rationales lying behind their outcomes, and a precedent case is a good precedent, and thus binding, for all subsequent cases falling within the ratio decidendi of the precedent case”.

cada vez mais modelos da família de direito romano-germânica conferem, ao lado da lei positiva, relevância ao precedente jurisprudencial como fonte vinculante, e cada vez mais sistemas originários da *Common Law* socorrem-se de regras positivas e estatutos legais para fins de organização político-jurídica do Estado e da sociedade, a par do precedente judiciário.

Assim, apelar ao sobredito referencial teórico do pensamento jurídico contemporâneo – dos últimos autores que, de perspectivas diferentes, procuraram conferir tratamento sistemático aos fundamentos, à prática e aos problemas do precedente – tem a utilidade de evidenciar que, apesar de outros tipos de raciocínio para fins de generalização do precedente, as razões que lhes são subjacentes ainda constituem elemento fundamental na determinação da norma a ser aplicada aos casos similares, inclusive, na tradição anglo-saxônica onde a fonte do direito se abebera da jurisprudência.

Daí porque “se temos a expectativa de que as Cortes em geral ofereçam as razões para as suas decisões tomadas, pois esta é a chave para o bom funcionamento de um sistema de precedentes”,⁸ aos propósitos do presente estudo sobre a prerrogativa de foro, a nossa Suprema Corte, ao exprimi-las claramente, facilitou sobretudo a empreitada investigativa.

3. A *Ratio Decidendi*

São basicamente duas as razões substantivas explícitas que orientam a decisão tomada, a primeira, consubstanciada em um *argumento de princípio*, quer dizer 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; e a segunda relaciona-se à concepção *pragmática* no sentido de que a nova interpretação representa solução para desafogar os tribunais, trazendo a perspectiva de uma melhora no sistema judiciário em geral ou na persecução penal em particular.

É a partir delas que, a nosso ver, deve ser examinada a extensão do precedente aos demais cargos agraciados com a prerrogativa de foro não expressamente decididos no *caso fonte*. E, nesse sentido, não é possível dizer, no que lhes concerne, que a prática atual realiza os citados princípios – com exceção dos congressistas – ou que as consequências de sua aplicação – juntamente com os congressistas – não trarão perspectiva de melhora quanto ao desafogo dos tribunais.

Em outras palavras, de acordo com a *ratio decidendi* – e isso é o que importa –, podemos afirmar que a aplicação da decisão aos outros agentes detentores de foro privativo – *v.g.*, chefes do Poder Executivo, Ministros, Juízes ou membros do Ministério Público –, para cingi-lo aos crimes praticados no cargo e em razão dele, *otimiza* os princípios da igualdade e da república, porque, como princípios que são, “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.⁹

⁸ *Ibidem*, p. 56. Tradução livre.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91-92.

A inclusão dos demais agentes no campo de fundamentação da decisão *potencializa* aqueles princípios, na visão do Supremo Tribunal Federal, pois lhes concede a máxima eficácia possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Significa dizer que, paulatinamente, a cada categoria de agentes inserida na restrição imposta nas diversas esferas jurisdicionais, mais a realidade se aproxima dos princípios da igualdade e da república na busca incessante de suas máximas configurações. Na via oposta, quanto menos grupamentos funcionais detentores de foro adentrem no plano racional do julgado, menos se pode dizer que são concretizados os aventados princípios e seus consectários.

Da segunda ótica, não resta dúvida de que a redução da competência originária para todos os cargos contemplados com a prerrogativa logicamente acarreta um fluxo menor de trabalho nos tribunais do que a limitação à parte deles, confluindo com a razão pragmática de aliviar a carga de órgãos colegiados não vocacionados à instrução e julgamento de grande quantidade de processos penais cognitivos.

Na verdade, esta razão de ordem pragmática funciona, complementarmente à violação dos precitados princípios, como espécie de mola propulsora da disfuncionalidade do sistema de justiça penal, consignando-se no voto-condutor que “o Supremo Tribunal Federal não tem sido capaz de julgar de maneira adequada e com a devida celeridade os casos abarcados pela prerrogativa. O foro especial, na sua extensão atual, contribui para o congestionamento dos tribunais e para tornar ainda mais morosa a tramitação dos processos e mais raros os julgamentos e as condenações”.¹⁰

Eis o motivo, talvez, por que a tese afinal enunciada pela Corte Suprema, apesar dos debates, antevendo a generalidade dos fundamentos invocados, não tenha formulado qualquer distinção, prescrevendo apenas que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”, verdadeira *regra jurídica*, objetivamente declarada, extraível das razões subjacentes à decisão tomada, aplicável, pois, para todos.

Aliás, uma ideia cardeal quanto à produção de decisões consentâneas com o precedente – não é ocioso lembrá-la – é a de que os tribunais devem oferecer a mesma resposta do caso passado ao caso semelhante por vir, havendo a expectativa da comunidade política no sentido de que os trabalhos jurisdicionais em geral se desenvolvam de forma coerente, ainda que a composição da Corte tenha se modificado ou, a princípio, até mesmo que seus membros tenham alterado o seu pensamento.

Acaso fossem recolhidos do antigo Direito, teriam lugar os velhos brocardos da hermenêutica jurídica, segundo os quais *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir), pois, na voz de Carlos Maximiliano, cânones como tais “constituem pequenas sínteses, fruto da experiência de séculos, conglomerado de ideias, fórmulas gerais” e “desempenham

¹⁰ Nesse sentido, o voto proferido pelo Min. Relator Roberto Barroso, no caso, contém estudo empírico acompanhado de estatísticas sobre a produtividade da Suprema Corte quanto aos crimes da competência originária, concluindo-se que o atual desenho sobre a prerrogativa tem levado, em grande escala, à prescrição e impunidade.

relativamente o papel de bússola em relação ao polo: apenas indicam o rumo em que pode ser encontrado. Não é pouco: uma direção orientada constitui uma preciosidade para quem estuda, investiga e almeja concluir com acerto”.¹¹

Nessa inteligência, não há qualquer sentido na distinção das razões constitucionais que fundamentam a prerrogativa inerente aos diversos cargos previstos, para estreitá-la tão somente em face dos Parlamentares federais, mantendo-a em toda amplitude e extensão em favor dos demais agentes políticos.

Sendo assim, é possível concluir que a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o foro por prerrogativa de função tem validade jurídica, à luz da *ratio decidendi*, não somente em relação ao Parlamento, mas a todos os demais cargos contemplados pela Constituição com igual garantia.

4. A Questão do Foro em Constituições Estaduais

Visto que o precedente pode ser generalizado para todos os agentes detentores de foro privativo, torna-se oportuno analisar a repercussão sobre tal prerrogativa concedida por Constituições estaduais, tanto em relação às funções simétricas às previstas na Constituição da República quanto em relação àquelas que, com elas, não guardam qualquer equivalência.

No plano dos Estados federados, não é demais lembrar que o Governador responde por infrações penais comuns perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inc. I, *a*, CRFB/88). E, mais, que a prerrogativa de foro assegurada aos Deputados estaduais, apesar de prevista nas Constituições dos estados-membros, deflui diretamente do próprio texto da Lei Maior (art. 27, §1º, CRFB/88).¹² Também não pairam dúvidas sobre “o julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça” (art. 29, inc. X, CRFB/88).

Em relação aos Secretários de Estado, várias, se não todas, Constituições de estados brasileiros contêm disposições atribuindo-lhes o foro especial perante os Tribunais locais. São exemplos as Cartas de Alagoas (art. 114, p. único), Amazonas (art. 72, inc. I, *a*), Espírito Santo (art. 109, inc. I, *a*), Minas Gerais (art. 103, inc. I, *b*), Pará (art. 142), Paraná (art. 92), Rio Grande do Norte (art. 71, inc. I, *c*), Rio Grande do Sul (art. 95, inc. XI), Rio de Janeiro (art. 161, inc. IV, *d*), Rondônia (art. 87, inc. IV, *b*), Santa Catarina (art. 75) São Paulo (art. 74, inc. I), Sergipe (art. 91) etc.

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.197.

¹² Assim sendo, não parece aplicável a Súmula Vinculante nº 45 do STF ao dispor que “a competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”, porque a jurisprudência orienta a ideia de que a prerrogativa de foro concedida aos Deputados Estaduais, por princípio extensível de observância obrigatória aos entes federados, resulta do próprio texto da Lei Maior. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, resolvendo conflito de competência, decidiu que “apesar de não constar do artigo 27, §1º da Carta Magna, expressamente, a extensão do foro por prerrogativa de função aos Deputados estaduais, tem-se que as Constituições locais, ao estabelecerem para os parlamentares do estado idêntica garantia prevista para os Congressistas, refletem a própria Constituição Federal, não se podendo, portanto, afirmar que a referida prerrogativa encontra-se prevista, exclusivamente, na Constituição Estadual. A adoção de um critério fundado na aplicação de regras simétricas, conforme preceitua a própria Carta Magna, em seu artigo 25, reforça a relevância da função pública protegida pela norma do foro privativo”. (STJ, Terceira Seção, CC nº 105207, DJ 25/03/2011)

Não parece haver maior discussão acerca da validade da prerrogativa de foro deferida aos Secretários de Estado pelas respectivas Constituições estaduais, justamente em função da posição análoga a de Ministros de Estado na organização federativa brasileira. No entanto, porque somente previsto nas Cartas estaduais, alguma controvérsia surgiu em torno da subsistência do foro privativo no âmbito da Justiça Federal, por condutas delituosas ofensivas a bens e interesses da União quando praticadas por tais agentes, sendo que a Jurisprudência se consolidou favoravelmente àquela garantia em razão do cargo, de modo que, nessa hipótese, a competência originária recai sobre o respectivo Tribunal Regional Federal.¹³

Os Juízes e membros do Ministério Público nos estados, por seu turno, têm o foro por prerrogativa de função assegurado diretamente pela Constituição da República (art. 96, inc. III, CRFB/88), medida que não foi estendida aos agentes das demais instituições essenciais à Justiça. Porém, diversas Constituições locais conferiram aos Defensores Públicos, Procuradores de Estado, Procuradores de Assembleias Legislativas e Delegados de Polícia tal garantia, cuja validade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, com exceção das Autoridades Policiais, porquanto “funcionalmente subordinadas aos Governadores estaduais e submetidas ao controle externo pelo Ministério Público”.¹⁴

Por fim, não podemos deixar de registrar que, em alguns poucos estados da federação, ainda os Vereadores foram favorecidos pelas Constituições estaduais com a prerrogativa de foro originário perante os Tribunais locais, tal como nos estados do Rio de Janeiro (art. 161, inc. IV, 3), Roraima (art. 77, inc. X, *a*) e Piauí (art. 21, inc. VIII) por cláusulas constitucionais igualmente chanceladas pela Suprema Corte.¹⁵

¹³ STJ, RHC nº 82698/MT, 5ª Turma, Min. Rel. Felix Fischer, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018; e STJ, 6ª Turma, HC nº 200701537761, Min. Rel. Paulo Gallotti, DJ 19/11/2007.

¹⁴ Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no exercício de controle de constitucionalidade concentrado referente à norma da Constituição do Estado de Goiás concessiva da prerrogativa de foro aos Defensores Públicos, aos Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa e aos Delegados de Polícia (art. 46, inc. VIII) – reproduzida na maioria das Constituições estaduais –, já entendeu que o interesse público quanto ao adequado e independente exercício das funções estatais elencadas no dispositivo justifica a previsão constitucional derivada, com exceção das Autoridades Policiais, uma vez funcionalmente subordinados aos Governadores estaduais e submetidos ao controle externo pelo Ministério Público. (STF, ADI nº 2.587-2/GO, Rel. originário Min. Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 1º/12/2004) Assim, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade tão somente da expressão “e os Delegados de Polícia” contida naquele preceito constitucional e, diante da natureza ambivalente do controle concentrado de leis, ratificou a compatibilidade da prerrogativa de foro estatuída por Constituições estaduais em favor dos membros das sobreditas instituições. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser legítima a previsão de foro privativo em relação aos membros da Defensoria Pública, pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*: “foro por prerrogativa de função (Defensor Público do Rio de Janeiro). Ação Penal (competência do Tribunal de Justiça). 1. Compete ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os membros da Defensoria Pública daquele Estado (art. 161, IV, *d*, 2, da Constituição Estadual). 2. No regime federativo, os Estados-Membros desfrutam de autonomia política e administrativa, sendo-lhes próprios os denominados poderes implícitos (podem tudo que não lhes esteja explicitamente proibido). 3. No caso, ao proclamar a prerrogativa de foro dos membros da Defensoria Pública, o constituinte estadual assegurou a simetria funcional entre os diversos agentes políticos do Estado. 4. *Habeas corpus* deferido com o intuito de se preservar a competência do Tribunal de Justiça para, originariamente, processar e julgar o paciente – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro”. (STJ, 6ª Turma, HC nº 45.604/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 10/10/2006).

¹⁵ Um repositório da jurisprudência do STF sobre a matéria pode ser encontrado no Acórdão proferido no RE nº 464.935-7, reputando válido o foro especial concedido por Cartas estaduais aos Vereadores, da

Feito esse breve esforço, podemos avançar no fluxo argumentativo proposto sobre a possível *superação* dos mencionados precedentes do Supremo Tribunal Federal, que reconheceram a validade das normas constitucionais estaduais, pelo novo paradigma jurisprudencial, que exige a correlação da prática criminosa com o exercício das funções.

De modo mais específico, a questão se refere à preservação da competência originária para os agentes detentores da prerrogativa consagrada exclusivamente por Constituições estaduais, tanto investidos em cargos simétricos (como por exemplo, o de Secretário de Estado) quanto em cargos sem equivalência funcional (geralmente, Defensores e Advogados Públicos e, especialmente, Vereadores municipais).¹⁶

Vislumbrar o alcance da decisão restritiva nas razões subjacentes – e não no argumento da simetria – retira o sentido jurídico da citada distinção, pois as consequências e os princípios mobilizados são *comuns* a todas as situações funcionais que envolvem a prerrogativa de foro, prestando-se, ademais, a confirmação da *ratio decidendi* como fundamentação mais apropriada para a extensão do precedente a todos os agentes detentores de foro privativo, conforme procuramos demonstrar no tópico anterior.

De volta, assim, à teoria dos precedentes, quando a vinculatividade jurisprudencial introduz-se na cultura jurídica brasileira por meio de diversos mecanismos previstos na legislação, podemos absorver a experiência estrangeira de que, apesar da carga obrigatória, “ao contrário do que ocorre com tribunais inferiores perante decisões judiciais superiores, as Cortes em geral, mesmo reconhecendo que o caso sob julgamento apresenta uma questão já decidida no passado, podem, contudo, decidir por rejeitar a própria decisão anterior”.¹⁷

Para permitir a evolução do Direito, nos Estados Unidos e na Inglaterra, ao longo dos anos, juízes e juristas passaram a desenvolver critérios para a revogação de precedentes judiciais, sendo certo que o desenvolvimento desses critérios sempre teve por objetivo impedir a fossilização do Direito, no entanto, sem descurar de vetores que garantissem a segurança, a igualdade, a coerência, enfim, a racionalidade do sistema jurídico.

Assim, pode-se afirmar que, embora os tribunais possam ocasionalmente rever suas próprias decisões anteriores, tal medida “exige mais do que apenas a crença de que a decisão anterior estava errada”, o que, se assim não fosse, comprometeria a funcionalidade do sistema de precedentes, hoje, também em voga no Brasil. Por exemplo, nos Estados Unidos, um precedente da Suprema Corte está sujeito a *overruling*, tradicionalmente:

Relatoria do Min. Cezar Peluso, julgado em 03/06/2008. E, mais recentemente, no HC nº 110.496, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 09/04/2013, ambos procedentes do Rio de Janeiro.

¹⁶ Optamos por incluir os Vereadores na categoria de cargos sem equivalência funcional, porque, embora exerçam funções parlamentares municipais, na federação brasileira, somente três estados-membros os contemplam com a prerrogativa de foro, consubstanciando, de certo modo, *aporia* no Direito. Veja-se que a prerrogativa de foro assegurada aos Deputados estaduais, apesar de prevista nas Constituições dos estados-membros, deflui diretamente do próprio texto da Lei Maior (art. 27, §1º, CRFB/88), assim como a previsão de “julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça” (art. 29, inc. X, CRFB/88), silenciando a Constituição Federal, no entanto, quanto aos Vereadores.

¹⁷ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Harvard University Press, 2012, p.59-60

Quando há uma (1) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente; (2) quando a regra estabelecida no precedente revela-se impraticável ou; (3) quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade.¹⁸

Além disso, a Suprema Corte norte-americana descreveu esse pesado ônus antes de revogar suas decisões “[...] em termos da exigência de uma *justificativa especial*” e, na mesma linha, “[...] o padrão na Inglaterra é que a decisão anterior seja *manifestamente errada*”.¹⁹

Portanto, a revisão de precedentes do Supremo Tribunal Federal, que validaram normas constitucionais concessivas da prerrogativa de foro, nos estados-membros, exigiria a ocorrência de algum desses fenômenos, circundando a ideia de que, se tivessem sido decididos no presente – isto é, juntamente com o caso em que se restringiu a competência originária aos crimes ditos funcionais –, teriam sido julgados de outra forma.

Mas essa concepção não pode ser simplesmente deduzida do caso julgado, já que a superação de precedentes não se compadece com presunções, exigindo justificativa especial, sob pena de ultraje à desejável estabilidade da ordem jurídica e à *previsibilidade* que se almeja conferir às pessoas que, na sociedade política, vivem sob a égide dos princípios e das regras do Direito.

Prova maior de que a discussão judicial não promoveu a superação total do foro privativo outorgado por Constituições estaduais, para revogá-lo por completo, foi a proposta de edição de Súmula Vinculante, a ser deliberada pelo Supremo Tribunal Federal, logo após, dispondo que “são inconstitucionais normas das Constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação da simetria”.²⁰

Embora consubstancie sinalização veemente de que o precedente não cancelou o foro originário inscrito tão somente nas Cartas estaduais – ou não faria qualquer sentido uma proposição dessa natureza –, não parece ainda maturada a discussão do tema, tecnicamente, “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional” (art. 103-A, CRFB/88) para discipliná-lo ao abrigo da súmula vinculante.

A vinculatividade, nesses termos, somente se torna legítima diante de um conjunto de decisões não díspares e harmônicas sobre determinada matéria, ideia que a própria legislação, inspirada na linguagem técnico-jurídica, entronizou no

¹⁸ PADDEN, Amy I. *Overruling decisions in the Supreme Court*. The Georgetown Law Review. vol. 82, 1994, p.1689-1732.

¹⁹ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Harvard University Press, 2012, p.59-60.

²⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-09/toffoli-propoe-sumulas-vinculantes-restringir-foro-especial>.

Direito positivo como “jurisprudência dominante”,²¹ sem a qual a súmula judiciária obrigatória se traduz perigosamente em pura legislação. De outra forma, a prolação de verbete judiciário cogente fora dos ecos da jurisprudência dominante representa indevido exercício de funções legislativas, o que não se confunde com a autoridade persuasiva de precedentes singulares, como o ora tratado.²²

Assim, preservado o núcleo essencial da prerrogativa concedida pelas Constituições locais às autoridades estaduais ou municipais, não parece estar a salvo, porém, de uma releitura constitucional, agora, sob as lentes da *atualidade* e *pertinência* da infração penal com o exercício das funções nos marcos contemporâneos restritivos da competência originária.

Se as decisões anteriores sobre o foro estadual não se revelaram *impraticáveis* a partir da nova interpretação que o adstringe aos crimes funcionais, tampouco se mostraram *desatualizadas* em relação ao núcleo essencial da garantia, não parece haver dúvida de que se tornaram *parcialmente inconsistentes* diante do novo paradigma jurisprudencial. Se pudéssemos empregar uma linguagem comum ao direito legislado, para explicar fenômeno análogo, poderia *sê-lo* compreendido como espécie de *revogação tácita e parcial* da regra jurídica anterior.

Nesse caso, caberia interrogar sobre a falta de justificativa expressa a respeito da revisão dos precedentes, no que tange ao foro originário estadual, para circunscrevê-lo igualmente aos crimes funcionais. Trata-se, porém, de um falso problema, pois, enquanto a *ratio* da tese fixada – de que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas” – alcança, claramente, a todos os detentores da referida garantia no cenário nacional, nada indica a revogação do foro privativo previsto nas Constituições estaduais, o que demandaria, aí sim, uma carga de argumentação específica e explícita para derribá-lo em face da remansosa orientação jurisprudencial sobre o tema.

Desse modo, pode-se rematar que as normas inscritas em Constituições estaduais, assecuratórias do foro por prerrogativa de função, tenham ou não relação de equivalência com as previsões da Constituição Federal, permanecem *válidas, porém, foram abarcadas pela* hermenêutica emprestada pela Suprema Corte para aferrá-las aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

5. O Conceito Jurisprudencial de “Crimes Funcionais”

Nos tópicos anteriores, verificamos que a restrição da competência originária deve vigorar não somente quanto ao Parlamento federal, mas em relação a todos os demais cargos contemplados pela Constituição com igual garantia e, ainda, que as

²¹ Vide, por exemplo, os arts. 120, p. único, 544, inc. II e 557, *caput*, do Código de Processo Civil em vigor.

²² Quanto a esse ponto, vale nova remissão ao artigo de Roscoe Pound, intitulado *What of stare decisis?*, disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=flr>, onde o autor, conforme vimos na nota 5, se refere à distinção entre precedentes com autoridade vinculante (*binding authority*) e precedentes com autoridade persuasiva (*persuasive authority*).

prerrogativas de foro concedidas por Constituições locais remanesçam válidas em seu núcleo essencial, porém, circunscritas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

Nesse compasso, torna-se imperioso perscrutar o *conceito* de “crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”, revolvendo as categorias dogmáticas pertinentes, bem como os seus reflexos processuais penais. Na sequência, abordaremos situações concretas que podem lançar luz sobre a nova interpretação jurisprudencial.

A doutrina penal clássica define como *crimes funcionais* aqueles que só podem ser praticados por pessoas que exercem funções públicas. Dividem-se em crimes funcionais próprios e impróprios ou mistos. Nos primeiros, a ausência da qualidade referente ao exercício da função pública por parte do agente causa uma atipicidade absoluta, como, por exemplo, o crime de prevaricação; nos segundos, tal ausência opera uma atipicidade relativa, *i. e.*, a conduta é atípica em face do crime funcional, mas se amolda a um tipo de crime comum, como o delito de peculato, cuja falta do elemento funcional passa a constituir apropriação indébita.²³ Cabe registrar, também, que “são crimes funcionais típicos não os descritos no Título XI, Capítulo I, do Código Penal (arts. 312 e s.), como também todos em que a qualidade de funcionário público intervém como elementar ou circunstância qualificadora (p. ex., arts. 150, §2º, 300, 301 etc.)”.²⁴

A pergunta que pode aqui ser formulada é se o conceito de “crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas” adotado pelo Supremo Tribunal Federal confunde-se com a definição de crimes funcionais sedimentada pela doutrina.

Como assinalamos, tal conceito jurisprudencial carrega, em si, as noções conjugadas de *atualidade* do fato delituoso em relação ao cargo (ou mandato) e da sua *pertinência* com o exercício das funções, mas não parece exigir a intervenção da qualidade especial de funcionário público, como elementar ou circunstância, para sua configuração.

O elemento temporal da definição encampada pelo Supremo Tribunal Federal se incumbe do trabalho de desemparelhar os precitados conceitos, porque, em tese, pode ocorrer a prática do crime funcional propriamente dito, embora não necessariamente *durante* o exercício do cargo. Por exemplo, o tipo penal da corrupção passiva configura-se como um crime *propter officium*, mas pode ser praticado “fora da função”,²⁵ isto é, sem o traço imediato da simultaneidade em relação ao desempenho do ofício, portanto, fora daquele espectro conceitual.

Além disso, se o agente comete o crime funcional durante o exercício do cargo que justifica a prerrogativa, mas, por qualquer razão, perde-lhe a investidura, esvai-se

²³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. I. p.215

²⁴ *Idem*.

²⁵ CP, art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

igualmente o foro originário. Em outras palavras, “depois de cessado o exercício da função, não deve manter-se o foro por prerrogativa de função, porque cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não tê-la estendido mais além a própria Constituição” (AP nº 315/QO, Min. Rel. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento em 25.8.1999, DJ de 31.10.2001).

Por outro lado, o significado de “crimes relacionados às funções desempenhadas” afigura-se mais amplo do que a ideia clássica de crimes praticados *propter officium*, *i. e.*, estritamente em razão do cargo, de modo que nem sempre os fatos investigados, a par da relação com o exercício da função, caracterizam delitos praticados por funcionário público contra a Administração Pública. Dito de forma mais geral, dois objetos podem estar relacionados, mas isso não significa dizer que um exista em razão do outro.

A relação de pertinência com o cargo, no fundo, diz respeito ao aproveitamento das relações funcionais, do poder ou autoridade, do prestígio ou influência que o cargo ou mandato pode conferir ao agente ou se refere a alguma situação de fato correlata às atribuições do cargo.

À guisa de ilustração, o crime de constituição de milícia privada, capitulado no art. 288-A do Código Penal, não depende da qualidade especial do agente, podendo ser praticado por qualquer pessoa, e tem por objetividade jurídica a paz pública e não a Administração. A princípio, pode não ter qualquer relação com o exercício da função que justifica a prerrogativa de foro. Não obstante, as circunstâncias do caso podem apontar que o agente – por exemplo, Deputado estadual ou Vereador – se utilize da autoridade ou influência conferida pelo mandato para interferir em nomeações na área da segurança pública, arregimentar militares, determinar ações que, mesmo fora do seu campo de atribuições, fomentem a associação delitiva e a consecução de crimes correlatos etc. Nessa hipótese, embora não constitua crime funcional tipicamente em razão do cargo, relaciona-se com o desempenho das funções, de modo a atrair a competência jurisdicional originária.

Imaginemos, agora, um Defensor Público que, em vista de entrevero criado por parte assistida, durante atendimento no órgão de atuação, interfira em discussão iniciada por aquela com servidor público que exercia sua atividade regular e, por isso, acabe injustamente figurando como autor da contravenção penal de vias de fato (art. 21 DL nº 3.688/41). Tal infração, em geral, nada tem a ver com qualquer função pública. Porém, a Lei Orgânica da Defensoria Pública não deixa margem a outra interpretação quando prescreve que, aos Defensores Públicos, “incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes, especialmente, *atender às partes e aos interessados*” (art. 18, LC nº 80/94), sendo forçoso concluir que tais fatos, apesar de não caracterizarem crime contra a Administração Pública, em tese, guardariam relação direta com as funções desempenhadas pelo Defensor Público.

Podemos aventar outra situação em que o agente incorra, por exemplo, no crime de usura pecuniária, previsto no art. 4º da Lei nº 1.521/50, cobrando juros sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei. Teoricamente, tais fatos não

se referem à atividade funcional do agente. Mas, se os ofendidos forem servidores da Assembleia Legislativa ou Câmara Municipal e o político fizer do gabinete parlamentar seu escritório de agiotagem, valendo-se da estrutura pública, parece utilizar a máquina em malversação do cargo, desafiando, por consequência, o foro especial.

Portanto, considerando que muitas das figuras penais, não tipicamente funcionais, podem enfeixar-se no conceito de crimes relacionados ao desempenho das funções, não parece haver outra solução que não seja a apreciação, caso a caso, dos fatos oriundos da vida funcional de cada agente detentor de foro por prerrogativa para, na perspectiva construtiva do direito, escoimar as situações que possam constituí-la daquelas aferradas à esfera privada do agente.

As noções de atualidade e pertinência com o exercício do cargo também se projetam em outras categorias penais e processuais, algumas das quais merecem referência expressa pela recorrência na experiência prática hodierna nos quadrantes do país, como as figuras do crime permanente, do concurso de crimes e, ainda, da conexão e continência.

Se a conduta delituosa, como a associação em forma de organização criminosa, por exemplo, tenha se iniciado antes da investidura ou diplomação do agente na função que justifica a prerrogativa de foro, mas a consumação tenha lhe atravessado os umbrais, protraindo-se no tempo, parece claro que, em concurso com os demais fatores que a ensejam, os fatos estarão sob a égide do tribunal competente.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à hipótese de concurso material de crimes ou de crime continuado em que se iniciando a cadeia delituosa em momento anterior, ao avançar para dentro dos marcos que determinam o foro especial, correlatos às funções, o agente que lhe é detentor estará sujeito à jurisdição hierárquica superior.

Não é diferente a solução quando há vínculo de conexidade ou continência entre as infrações penais que não tenham relação com as funções ou que sejam praticadas anteriormente ao cargo ou mandato com aquelas revestidas de tais atributos, de tal modo que, impondo-se o *simultaneus processus*, as investigações ou ações penais haverá de ser reunidas no tribunal de hierarquia prevalecente.

Por fim, de acordo com a rota traçada, pendem de análise algumas situações muito comuns em que o agente detentor de foro acaba por ser reinvestido ou reeleito na função que justifica a prerrogativa, com ou sem solução de continuidade, ou quando se movimenta entre cargos que ostentem, ou não, aquele privilégio. A resolução de problemas não poderá deturpar aquela premissa conceitual, legitimadora da garantia de foro especial, abrigada na atualidade e pertinência dos fatos delituosos praticados em relação ao desempenho das funções. Deve considerar, ainda, como sempre, a *ratio decidendi* que suporta o enunciado jurídico fixado no precedente.

Assim, se determinado Prefeito Municipal pratica um crime durante o exercício do cargo, relacionado às funções, uma vez reeleito, parece conservar o foro privativo, justamente pela nota de atualidade – e, portanto, de continuidade – da relação administrativa governamental que a ideia de reeleição pressupõe; ao contrário,

expirando-se o mandato, ainda que o agente seja eleito, no futuro, para a chefia do Executivo local, a prerrogativa não mais subsiste.

Com base nas mesmas ideias, se um Deputado Federal comete um crime durante o exercício do mandato, em virtude da função parlamentar, mas acaba por licenciar-se do Legislativo para exercer o cargo de Ministro de Estado, ainda que este cargo conte com a garantia, não lhe socorrem os atributos da concomitância e pertinência em face do cargo no qual os fatos ocorreram, dissolvendo-se a prerrogativa de foro. Pode-se aventar, ainda, a hipótese de um Deputado Estadual que, praticando o delito nas mesmas circunstâncias parlamentares, tenha posteriormente se movimentado para o cargo de Secretário Municipal, desprovido, pois, da prerrogativa, a competência parece desembocar na jurisdição de 1º grau.

De outra perspectiva, tais questões desaguam na segunda tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, pela qual, “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 outro cargo ou deixar o cargo, qualquer que seja o motivo”.

Com efeito, de um lado, a fixação de um marco para a estabilização da demanda penal reforça a possibilidade de modificação da competência *antes* “da publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais” e, de outro, sobrevindo a sua ocorrência na dinâmica procedimental, ainda que surjam situações modificativas, a competência não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo, qualquer que seja o motivo.

Em outras palavras, a competência *ratione personae* propõe-se em face do cargo em que os fatos delituosos ocorreram e as suas causas de modificação podem e devem ser examinadas à luz da nova interpretação dada pela Suprema Corte, desde que o estágio processual não tenha ultrapassado as balizas de prorrogação, colhendo os feitos em curso.

Nesse viés, é preciso ter em mente que a decisão tem por escopo evitar que os frequentes deslocamentos de competência provoquem embaraço e retardamento na marcha de inquéritos e ações penais, prejudicando a eficácia, a racionalidade e a credibilidade do sistema penal. Procura-se desestimular “a tentação permanente de manipulação da jurisdição pelos réus”, pois:

Há os que procuram se eleger para mudar o órgão jurisdicional competente, passando do primeiro grau para o STF; há os que deixam de se candidatar à reeleição, com o mesmo propósito, só que invertido: passar a competência do STF para o órgão de primeiro grau. E há os que renunciam para produzir o efeito de baixa do processo, no momento que mais lhes convém.²⁶

²⁶ Reprodução textual do voto do Min. Roberto Barroso, na Ação Penal nº 937.

Parece claro que a definição de um marco específico – a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais –, após o qual a competência não poderá ser mais afetada, não pode surtir o efeito oposto, isto é, a manipulação do foro por abuso da prerrogativa. Ou seja, mesmo antes daquele termo, na hipótese de fraude à lei, o Judiciário poderá obstar eventuais manobras praticadas pelo agente com tal desiderato, negando eficácia às modificações de fato que importem reflexos de manipulação no sistema do foro especial.

O cerne da questão é a necessidade de preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional, criando impeditivo para que o agente manipule, ao seu alvedrio, a competência judiciária, abusando da prerrogativa de foro, com o fito de tumultuar o processo penal e alcançar a impunidade ou mesmo que, ao sabor da vontade pessoal, produza consequências sucessivas no sistema de competências, capazes de transgredir os valores previstos na Constituição.²⁷

6. Juízes e Promotores: a Prerrogativa de Atribuição

Nessa derradeira seção, caberá verificar se a nova visão sobre a competência originária abarcou correlativamente a atribuição dos órgãos do *Parquet* responsáveis pela persecução penal, abordagem que congloba o desenho das instituições precipuamente engajadas na respectiva atividade estatal – Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário –, bem como de suas relações nos termos da Constituição da República. Devemos salientar, porém, que tal problema se coloca em face dos delitos não pertinentes às respectivas funções públicas, porque, quanto a esses, vigora igualmente o foro privativo com os influxos já analisados decorrentes da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Cabe registrar, a esse propósito, que a atribuição do Ministério Público não se confunde com a competência jurisdicional, tampouco se estabelece necessariamente em razão dela, cabendo à legislação criar e prover os diversos órgãos do *Parquet* com as respectivas atribuições visando à consecução dos seus objetivos institucionais comuns, porém, autônomos em relação aos fins do Poder Judiciário.

Inúmeras atividades cometidas por Lei ao Ministério Público se desenvolvem de forma independente ao processo jurisdicional, exaurindo-se fora dos domínios judiciários, o que revela, de certo modo, a tendência substitutiva da litigiosidade por formas consensuais de resolução de conflitos. Tal fato expõe a dessincronia possível entre as atribuições do *Parquet* e as competências do Poder Judiciário, pois, no arranjo das instituições que compõem o sistema de Justiça, a diversidade de formas legais e de instrumentos de ação, à luz do perfil constitucional, termina por concorrer para a prossecução do bem comum.

²⁷ Como se pode observar no referido voto, há um sem número de casos em que a Jurisprudência, ao reconhecer o abuso de direito relativo ao foro especial, à luz de circunstâncias concretas diversas, nega-lhe os efeitos com o fito de manter ou prorrogar a competência anteriormente fixada, em vista da racionalidade e efetividade da prestação jurisdicional.

Portanto, o primeiro aspecto que pode ser enfatizado diz respeito à viabilidade jurídica de conformação de órgãos do Ministério Público desvinculados de órgãos do Poder Judiciário, reflexo da autonomia constitucional quanto à disciplina de sua própria estrutura orgânica com vistas ao atendimento do interesse público e das suas finalidades institucionais.

Nesse contexto, é preciso consignar que a legislação cometeu a atribuição penal persecutória relativa à prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público ou de magistrado à Chefia do *Parquet* – ou a quem lhe faça as vezes por delegação – dentro de cada esfera federativa, sem qualquer distinção concernente à natureza da infração, *i. e.*, esteja ou não relacionada ao exercício do cargo.

A Lei Complementar nº 75/93 dispõe que “quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato”. (art. 18, p. único) Igual disposição se encontra na Lei nº 8.625/93 ao prever que “quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração”. (art. 41, p. único) E, ainda, a Lei Complementar nº 35/79 estabelece que “quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação”. (art. 33, p. único)

Esse conjunto de disposições legais refere-se ao órgão do *Parquet* com atribuição para conduzir a *persecutio criminis* quando a prática delituosa envolver membros do Ministério Público ou magistrados, pouco ou nada se relacionando com a competência jurisdicional penal. No que concerne aos magistrados, parece oportuno acrescentar que, diante do sistema acusatório vigente a partir da Constituição de 1988, a respectiva investigação por infração penal se encontra na esfera de atribuições do Ministério Público, a cargo da respectiva Procuradoria-Geral, a quem compete conduzi-la precipuamente como *dominus litis*, ainda que se possa cogitar da supervisão formal pelo Tribunal competente, por versar sobre integrante da carreira da Magistratura.

A questão que pode ser debatida, aqui, se refere à possibilidade de invalidação dos citados preceitos legais por incompatibilidade com o precedente que reduziu a competência por prerrogativa de foro aos delitos cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

Nesse caso, devemos considerar que o eixo de fundamentação que culminou com tal restrição gira integralmente sobre categoria diversa da atribuição do Ministério Público, cuja autonomia institucional, para o cumprimento dos fins que lhes são cometidos pela ordem jurídica, movimenta suas estruturas orgânicas, como observado, sem a sincronia mecânica em relação à competência jurisdicional.

Porém, mais importante do que isso é perceber que a matéria pode afetar o desenho constitucional originário, isto é, a concepção fundamental de distribuição de poder entre instituições autônomas, com possível subversão do sistema erigido pela Constituição da República. E, dessa ótica, parece haver outras razões sequer tangenciadas pelo precedente que, talvez, justifiquem o que podemos impropriamente denominar de “prerrogativa de atribuição”.

Com efeito, a ordem constitucional devotou ao Ministério Público brasileiro o controle externo da atividade policial (art. 129, inc. VII, CRFB/88), concedendo-lhe garantias, em especial, para o exercício livre e independente da função criminal persecutória (art. 127, §1º e §5º, CRFB/88), sem qualquer interferência ou subserviência ao governante.

Nesse desiderato, cumpre ao órgão do Ministério Público, entre outras medidas, i) realizar visitas ordinárias e extraordinárias em repartições policiais, civis e militares, inclusive, de perícia técnica; ii) examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade; iii) verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de inquérito policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito se julgar necessário; iv) comunicar à autoridade responsável pela repartição ou unidade militar, bem como à respectiva corregedoria ou autoridade superior, para as devidas providências, no caso de constatação de irregularidades no trato de questões relativas à atividade de investigação penal que importem em falta funcional ou disciplinar; v) expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços policiais, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de responsabilidade do Ministério Público, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis etc.²⁸

Portanto, a capacidade investigatória atribuída à Polícia em face de membros do Ministério Público, em geral, pode convulsionar a divisão funcional de poderes estatais, tal como delineada pela Constituição, transformando o órgão controlador das atividades policiais em órgão controlado pela Polícia, interpretação que não parece compatível com a ordem jurídica. Em outros termos, a densificação desse controle institucional por mecanismos legalmente atribuídos ao Ministério Público contrasta, pela própria natureza, com a faculdade de instauração de inquéritos conduzidos pela Polícia em relação aos membros da Instituição que o exerce.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal invalidou a prerrogativa de foro concedida por Constituições estaduais às Autoridades Policiais, porque “funcionalmente subordinadas aos Governadores estaduais e submetidas ao controle externo pelo Ministério Público”.²⁹

²⁸ Vide arts. 3º e 9º da LC nº 75/93 e Resolução nº 20/07 do CNMP.

²⁹ STF, ADI nº 2.587-2/GO, Rel. originário Min. Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 1º/12/2004.

Como as Autoridades Policiais se encontram subordinadas ao Poder Executivo, a autorização generalizada para promoverem investigações criminais contra membros do Ministério Público pode acabar animada por espírito de emulação, vingança ou retaliação em virtude de ações contrárias aos interesses do governante – que podem se relacionar à malversação do cargo ou a negócios corporativos com o empresariado –, corroendo os pilares da Instituição a qual se destinou a tarefa constitucional de proteger o patrimônio público e a probidade administrativa com isenção e neutralidade político-partidária.

Portanto, uma vez que o membro do Ministério Público possa sujeitar-se a investigações penais por ordem de potenciais investigados – no mais das vezes, dotados de poder político e econômico –, não se pode mais dizer que a Instituição tem liberdade e independência para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os desgastes institucionais oriundos do exercício do controle externo da atividade policial e o frequente curso de ações possivelmente adversas aos interesses do governante, tarefas que a Constituição, na distribuição do poder estatal, confiou ao Ministério Público, podem expô-lo a toda sorte de investigações parciais e injustas levadas a efeito pelas agências de segurança do Governo, fazendo esboroar o edifício constitucional originário por rematada subversão das funções do Estado.

Historicamente, o Ministério Público buscou o reconhecimento da isonomia de prerrogativas e de regime jurídico com a Magistratura, sendo a Constituição de 1988 o ponto culminante dessa trajetória, estabelecendo paridade quase integral de garantias entre os magistrados e os membros do Ministério Público (arts. 95 e 128, §5º, I). Além disso, a Instituição deixou de exercer a função de advocacia de Estado para atuar na defesa da sociedade, da ordem jurídica e do regime democrático. Para tanto, destacou-se da estrutura do Poder Executivo, sem subordinar-se quer ao Legislativo quer ao Judiciário, consagrando-se como um órgão uno, de caráter nacional, indivisível e – mais importante – dotado de independência funcional.

Diferenças pontuais foram, ademais, superadas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Com efeito, esse Diploma (i) suprimiu a autorização excepcional para a atividade político-partidária dos membros do *Parquet*; e (ii) mandou aplicar ao Ministério Público o regime jurídico da Magistratura, previsto no art. 93 da Constituição. A Emenda, portanto, coroou o processo de aproximação do Ministério Público em relação à Magistratura, determinando que ambos seguissem um mesmo regime jurídico. Dessa forma, o Ministério Público e a Magistratura, que já compartilhavam inúmeros traços institucionais comuns, passaram a ser equiparados também no que se refere ao regime aplicável às suas carreiras.

De outro turno, muitos já discorreram com letras de ouro sobre a independência funcional da Magistratura, tão ínsita a ideia de democracia que o constituinte sequer houve por necessário inscrevê-la em seu Magno Texto, como o fez quanto ao Ministério Público. Não pode haver democracia sem um Poder Judiciário livre e independente, garantia da cidadania contra violações de direitos, em especial, perpetradas pelo *Príncipe*, tal como o reconhecem diversas Convenções Internacionais.

Altissonante princípio na conformação do Estado de Direito, porque não se pode conceber a aplicação imparcial de normas jurídicas quando o medo toma de assalto o espírito do julgador, à consagrada advertência de Eduardo Couture, pois, “no dia em que os juízes têm medo, nenhum cidadão pode dormir tranquilo”. Daí porque o juiz é *livre* para exercer o seu ofício, prestando obediência tão somente ao Direito, às normas positivas e à sua consciência; *independente*, não pode ser acuado, nas instâncias da responsabilidade, eventualmente por confrontar os estamentos políticos governamentais, dos quais depende a dignidade do Judiciário enquanto Poder de Estado.

Portanto, as regras legais que versam sobre a “prerrogativa de atribuição” para a persecução penal contra magistrados e membros do Ministério Público, a cargo das Procuradorias-Gerais de Justiça ou da República, justificam-se por razões fundamentais na configuração juspolítica do Estado brasileiro, ao largo da discussão sobre a competência travada pelo Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual tais dispositivos não se expungiram da ordem jurídica.

Repise-se, todavia, que a competência para conhecer de processo-crime “não funcional”, naquele sentido, contra juízes e membros do Ministério Público, igualmente, remete-se às instâncias jurisdicionais ordinárias, pois tão somente a atividade investigatória é que deve conservar-se no âmbito das Procuradorias-Gerais e, na hipótese de incidir sobre magistrados, com a supervisão do respectivo Tribunal.

Ao abrigo de tais considerações teóricas e normativas, conclui-se o seguinte: quando houver indício da prática de infração penal *de qualquer espécie* por parte de membro do Ministério Público, a Autoridade Policial deverá remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral com atribuição; quando houver indício da prática de infração penal *de qualquer espécie* por parte de magistrado, a Autoridade Policial deverá remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Tribunal, ao qual competirá a supervisão das investigações; em ambas as hipóteses, porém, compete ao Chefe do Ministério Público dar prosseguimento às investigações e, se for o caso, oferecer a denúncia perante o Juízo competente de 1ª instância, oficiando nos ulteriores atos da persecução penal.

7. Conclusões

Ao cabo do presente estudo, no empenho de contribuir com as discussões atuais sobre a competência por prerrogativa de função, esperamos ter reduzido as incertezas, ao invés de fomentá-las, com a proposição de diretrizes capazes de auxiliar o operador jurídico na solução de casos futuros, a seguir reunidas:

- i) a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”, à luz da *ratio decidendi*, alcança todos os cargos ou mandatos contemplados com igual garantia pela Constituição da República;

ii) a prerrogativa de foro concedida por Constituições estaduais remanesçam válidas em seu núcleo essencial, porém, circunscritas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas;

iii) o conceito de crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas carrega, em si, as noções conjugadas de *atualidade* do fato delituoso em relação ao cargo (ou mandato) e da sua *pertinência* com o exercício das funções, mas não exige a intervenção da qualidade especial de funcionário público, como elementar ou circunstância, para sua configuração;

iv) o significado de “crimes relacionados às funções desempenhadas” é mais amplo do que a definição clássica de crimes funcionais *propter officium*, por condutas voltadas contra a Administração Pública, compreendendo qualquer figura penal típica;

v) a subsunção conceitual depende da apreciação, caso a caso, dos fatos oriundos da vida funcional de cada agente detentor da prerrogativa para, na perspectiva construtiva do direito, escoimar as situações que possam constituí-la daquelas aferradas à esfera privada do agente, com base nas noções conjugadas de *atualidade* do fato delituoso em relação ao cargo (ou mandato) e da sua *pertinência* com o exercício das funções;

vi) se o agente detentor da prerrogativa pratica um crime durante o exercício do mandato e ainda relacionado às funções, uma vez reeleito, conserva consigo o foro privativo; ao contrário, expirando-se o mandato, ainda que o agente seja eleito, no futuro, a prerrogativa não mais subsiste;

vii) se o agente detentor da prerrogativa pratica um crime durante o exercício do cargo (ou mandato) e ainda relacionado às funções, porém se movimenta para outro cargo (ou mandato), que ostente ou não o foro especial, não lhe socorrendo os atributos da concomitância e pertinência em face do cargo no qual os fatos ocorreram, a garantia se dissolve;

viii) 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 outro cargo ou deixar o cargo, qualquer que seja o motivo;

ix) antes do sobredito marco, na hipótese de abuso de direito ou fraude à lei, o Judiciário poderá obstar eventuais manobras praticadas pelo agente, negando eficácia às modificações de fato que importem reflexos de manipulação no sistema do foro especial, para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional;

- x) as regras legais que versam sobre a “prerrogativa de atribuição” para a persecução penal contra magistrados e membros do Ministério Público, a cargo das Procuradorias-Gerais de Justiça ou da República, justificam-se por razões fundamentais na configuração juspolítica do Estado brasileiro, ao largo da discussão sobre a competência travada pelo Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual subsistem na ordem jurídica;
- xi) havendo indício da prática de infração penal *de qualquer espécie* por parte de membro do Ministério Público, a Autoridade Policial deverá remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral com atribuição;
- xii) havendo indício da prática de infração penal *de qualquer espécie* por parte de magistrado, a Autoridade Policial deverá remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Tribunal;
- xiii) em ambas as hipóteses acima, compete ao Chefe do Ministério Público dar prosseguimento às investigações e, se for o caso, oferecer a denúncia perante o Juízo competente de 1ª instância, oficiando nos ulteriores atos da persecução penal.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. I.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PADDEN, Amy I. *Overruling decisions in the Supreme Court*. The Georgetown Law Review. 1994, vol. 82. p.1689-1732.
- POUND, Roscoe. *What of stare decisis?* Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=flr>.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Harvard University Press, 2012.
- STRECK, Lenio. CONJUR. *Juiz julgará Desembargador e Promotor denunciará Ministro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/senso-incomum-juiz-julgara-desembargador-promotor-denunciara-ministro>.