



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

JOSÉ ALVES BEZERRA FILHO

**A CELEUMA JURISPRUDENCIAL REFERENTE AO CONTROLE JUDICIAL
PRÉVIO DAS INVESTIGAÇÕES DOS DETENTORES DE FORO POR
PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**

RECIFE

2022

JOSÉ ALVES BEZERRA FILHO

**A CELEUMA JURISPRUDENCIAL REFERENTE AO CONTROLE JUDICIAL
PRÉVIO DAS INVESTIGAÇÕES DOS DETENTORES DE FORO POR
PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientador(a): Maria de Fátima de Araújo Ferreira.

Recife

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Bezerra Filho, José Alves.

A celeuma jurisprudencial referente ao controle judicial prévio das
investigações dos detentores de foro por prerrogativa de função / José Alves
Bezerra Filho. - Recife, 2022.

40 f.

Orientador(a): Maria de Fátima de Araújo Ferreira
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de
Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Processo Penal. 2. Direito Constitucional. 3. Foro por prerrogativa de
função. 4. Competência criminal. 5. Persecução penal . I. Ferreira, Maria de
Fátima de Araújo. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

JOSÉ ALVES BEZERRA FILHO

**A CELEUMA JURISPRUDENCIAL REFERENTE AO CONTROLE JUDICIAL
PRÉVIO DAS INVESTIGAÇÕES DOS DETENTORES DE FORO POR
PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Direito do Recife,
Universidade Federal de Pernambuco, Centro de
Ciências Jurídicas, como requisito para a obtenção
do título de bacharel(a) em Direito.

Aprovado em: 04/11/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Maria de Fátima de Araújo Ferreira (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o. Lucas Gondim (Examinador Externo)

RESUMO

Este trabalho objetiva investigar os posicionamentos adotados pelos tribunais superiores acerca da necessidade ou não de controle judicial prévio nas investigações dos detentores de foro por prerrogativa de função. O tema se reveste de atualidade e imprescindibilidade, haja vista as inúmeras operações e julgamentos envolvendo a classe política nacional. Diante desse cenário, fez-se pesquisa documental e bibliográfica a partir de artigos, livros e consultas a diversos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a fim de se identificar os recortes normativos que fundamentam as posições, analisando-se os pilares retóricos para a construção das teses.

Palavras-chave: Processo penal; Sistemas processuais penais; Foro por prerrogativa de função; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça; Investigação policial.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the positions adopted by higher courts on the necessity of prior judicial control in the investigations of holders of the forum by function prerogative. The theme is a current and indispensable topic, given the numerous operations and trials involving the national political class. In this scenario, documentary and bibliographical research was conducted based on articles, books and consultations to various judgments of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, in order to identify the normative pieces that support the positions, analyzing the rhetorical pillars for the construction of the theses.

Keywords: Criminal procedure; Criminal procedural systems; Forum by function prerogative; Supreme Court; Superior Court of Justice; Police investigation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPP – Código de Processo Penal

CF – Constituição Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

Supremo – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

INTERPOL – The International Criminal Police Organization

MPF – Ministério Público Federal

IBGE – Instituto Brasileiro de Economia e Estatística

RI – Regimento Interno

AGU – Advocacia Geral da União

PGR – Procuradoria Geral da República

REsp – Recurso Especial

Supremo – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	8
2.1	O sistema inquisitivo.....	9
2.2	O sistema acusatório	10
2.3	O sistema misto	13
3	O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO	13
3.1	Origem e evolução histórica.....	13
3.2	Conceito e natureza jurídica.....	16
3.3	Evolução e atual estágio jurisprudencial.....	18
3.4	Leitura da sociedade civil acerca do instituto	22
4	A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA PARA A INSTAURAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS.....	24
5	A PRESCINDIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL PRÉVIO.....	30
5.1	Ofensa ao princípio acusatório	30
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
	REFERÊNCIAS	36

1 INTRODUÇÃO

De acordo com dados da Confederação Nacional dos Servidores Públicos (CNSP)¹, há, no Brasil, cerca de 55 mil pessoas detentoras do foro por prerrogativa de função, popularmente conhecido como “foro privilegiado”.

Conforme aponta a doutrina constitucionalista, a razão de ser dessa garantia é fomentar a independência na atuação da função pública, blindando-a de ingerências indevidas de quaisquer dos poderes. O raciocínio adotado parte da premissa de que quanto maior é a instância julgadora, menores são as chances de influências locais interferirem no curso processual. Dessa feita, a garantia do foro protege a atuação pública em si mesma, não os agentes políticos individualmente considerados.

As últimas décadas da vida pública brasileira foram marcadas por incontáveis operações policiais e julgamentos envolvendo a classe política nacional. Destaca-se, entre elas, os “Anões do Orçamento”, o “Caso Banestado”, o “Caso Lalau” e o “Mensalão”.

Mais recentemente, a sociedade acompanhou os desdobramentos da Operação LavaJato, deflagrada em março de 2014 pela Polícia Federal para apurar a prática de crimes previstos na Lei 9.613/98, supostamente praticados por doleiros e empresários. No entanto, seus desdobramentos atingiram agentes políticos detentores de foro por prerrogativa de função dos mais variados níveis no âmbito dos três poderes, envolvidos nos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e evasão de divisas de recursos oriundos da Petrobrás, sociedade de economia mista nacional.

Assim, a Polícia Federal, cuja função institucional, nos termos do art. 144, §1º, IV da Constituição Federal, é a de exercer as funções de polícia judiciária da União, bem como apurar infrações contra a ordem política e social ou em detrimento de seus bens, serviços e interesses, viu-se, juntamente com o Ministério Público Federal, incumbida de promover a investigação das infrações penais acima citadas, o que perpassa, necessariamente, pela apuração da responsabilidade dos possuidores do foro privilegiado.

Desse modo, diante da contemporaneidade e da relevância do tema, faz-se necessária analisar as posições firmadas pela jurisprudência dos tribunais superiores em relação à necessidade ou não da autorização judicial prévia para a instauração de inquéritos policiais que

¹ Disponível em: <http://www.cnsp.org.br/website/Noticia.aspx?c=6182>. Acesso em 15 de out. de 2022.

objetivam apurar os indícios de autoria e materialidade de infrações praticadas por detentores de foro por prerrogativa de função.

A fim de cumprir com os seus objetivos, o presente trabalho será dividido em quatro capítulos, ao longo dos quais se esmiuçarão os pressupostos normativos que fundamentam a divergência, de modo a se identificar, com precisão, os pilares retóricos para a construção das teses.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e a pesquisa documental a partir de artigos, livros e consultas a diversos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro capítulo apresentará os sistemas processuais penais existentes, identificando-se o eleito pelo constituinte. Ademais, analisar-se-ão as consequências jurídicas de suas adoções. Faz-se imprescindível essa análise prévia, porquanto os julgados utilizam os modelos processuais como baliza hermenêutica.

O segundo capítulo versará sobre o foro por prerrogativa de função, conceituando-se o referido instituto e indicando-se a sua natureza jurídica. Outrossim, identificar-se-á o atual estágio da jurisprudência do STJ e do STF, bem como a leitura da sociedade civil sobre essa aplicação.

Feita a introdução necessária para que se compreenda a relevância e a contemporaneidade da discussão, analisar-se-ão os fundamentos para a necessidade ou desnecessidade do controle judicial prévio para a instauração das investigações envolvendo agentes políticos detentores de foro privilegiado.

O terceiro capítulo colecionará os argumentos que advogam pela tese da necessidade da autorização.

Por fim, o quarto e último capítulo trará a contraposição argumentativa e elencará as razões pelas quais se entende pela desnecessidade do controle prévio.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A temática dos sistemas processuais penais se reveste de fundamental importância para esta dissertação, na medida em que a argumentação doutrinária e jurisprudencial pela necessidade ou não do controle judicial prévio para a deflagração de atividades investigativas em face dos detentores de foro privilegiado gravita em torno das consequências jurídicas inerentes à adoção de um ou outro sistema.

Para que se inicie a análise da temática, tem-se como imprescindível o entendimento acerca do que são sistemas para o Direito e como ele os utiliza. De acordo com Claus Wilhelm Canaris, sistema é toda ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais²

Extraem-se desse conceito duas características vitais: a ordenação de normas e sua unidade. É que não podem coexistir, em um mesmo sistema, normas autofágicas, isto é, contrapostas axiologicamente entre si, sob pena de sua completa incoerência e automutilação. Observa-se, desse modo, a relevância dos sistemas para o Direito - aqui encarado como ciência jurídica - porquanto sem a noção de unidade e coerência essa ciência cultural seria resumida a um mero aglomerado de normas, destituídas de quaisquer relações entre si.

Por fim, convém destacar que não há sistemas puros. A presente divisão é feita pela doutrina como forma de facilitar a compreensão das características que preponderam na adoção de um ou outro modelo processual. Trata-se da utilização de “tipos-ideais”, conforme leciona Max Weber.³

2.1 O sistema inquisitivo

Oriundo do direito canônico em meados do século XIII e aplicado amplamente nas legislações penais europeias até o século XVIII, o sistema inquisitivo prevê a possibilidade deo Estado-juiz concentrar, em suas mãos, a função de acusar, defender e julgar. Assim, a figurado juiz inquisidor possui amplo domínio acerca da gestão da prova, o que, indiscutivelmente, compromete a sua imparcialidade.

O pressuposto argumentativo para a existência do referido sistema é a crença na existência de uma verdade real e absoluta dos fatos, o que autoriza o magistrado a proceder à

² CANARIS, Klaus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

³ QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. **Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. 2. ed., rev. e ampl Belo Horizonte, MG: Ed. UFMG, 2002.

investigação dos acusados, mesmo que de ofício. Em busca dessa verdade, mitiga-se por completo os direitos e garantias fundamentais dos acusados, porquanto esses são tratados como meros objetos do processo, negando-se o sentido dado ao princípio da dignidade humana, segundo o qual todos são detentores de direitos.

Dessa feita, vê-se que a adoção do sistema inquisitivo puro não é compatível com o Estado Democrático de Direito, pois fere, de plano, todos os princípios que lhe robustecem.

Nesse sentido, destaca-se a lição de Renato Brasileiro:

Por essas características, fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1). (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 8ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 43)

Extrai-se, portanto, que a paridade de armas, característica marcante dos sistemas processuais aplicados em regimes democráticos, não apresenta quaisquer resquícios de sua existência. É que sendo o juiz inquisidor o principal gestor da atividade probatória, não há espaço para que os acusados apresentem, em igualdade de condições, as provas de sua inocência.

De igual modo, o sigilo de sua tramitação e a forma escrita das peças que compõem o seu procedimento são traços relevantes desse modelo processual, o que obstaculiza o controle das decisões judiciais por parte da população, fulminando uma das facetas do princípio democrático.

Por fim, impende destacar que o acúmulo das funções de julgar, acusar e defender gera no magistrado um vínculo psicológico com a natureza da decisão, que será proferida com base em suas convicções, e não unicamente nas provas colacionadas nos autos. Nesse sentido, encontra-se a Teoria da Dissonância Cognitiva⁴, segundo a qual o ser humano, diante de uma situação que lhe mostre incoerência ou incompatibilidade com a sua posição originalmente firmada, tende a excluir os elementos conflitantes, a fim de reestabelecer o equilíbrio psicológico consigo.

2.2 O sistema acusatório

⁴ FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução por Eduardo de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

Originário da antiguidade clássica, o sistema acusatório possui como marca central a tripartição das funções no processo. Cabe ao juiz, de maneira imparcial e equidistante, julgar aquilo que será imputado pela acusação e rechaçado pela defesa, a ser realizado em paridade de condições.

Conforme aponta Norberto Avena⁵, chama-se de acusatório pelo fato de que ninguém pode ser levado a juízo sem que haja imputação, que deve ser devidamente narrada, indicando-se as circunstâncias do fato acusado e a culpabilidade dos envolvidos. Desse modo, diversamente do sistema inquisitorial, o princípio do contraditório e da ampla defesa são balizas vitais nesse modelo.

A imparcialidade do juiz é garantida por uma via dupla: pela tripartição das funções no processo e pela dinâmica da gestão de provas. Aqui, diferentemente do modelo inquisitivo, veda-se, em regra, a iniciativa do juiz na atividade probatória. Cabe as partes geri-las, devendo o juiz realizar o cotejo das normas processuais aplicáveis ao caso, respeitando-se, sempre, as garantias constitucionais dos envolvidos.

Outrossim, mais uma diferença que merece destaque é a forma como os atos processuais são exercidos. A regra é a sua publicidade, sendo o sigilo permitido em determinadas hipóteses, vide o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988⁶.

Dessa feita, permite-se o controle social das manifestações judiciais, em conformidade com o princípio democrático. É que a publicidade dos atos possibilita a fiscalização da aplicação das normas no caso concreto, de modo que quaisquer ilegalidades ou abuso de poder podem ser combatidos pelos recursos processuais ou pelos remédios constitucionais previstos na Constituição.

Substitui-se, assim, a noção retrógrada da verdade real - que submetia o acusado à condição de mero objeto do processo- pelo princípio da busca da verdade, cuja aplicação impõe o respeito do contraditório e da ampla defesa na produção da prova.

Em consonância com os ditames exigidos por um Estado Democrático de Direito, o constituinte de 1988 elegeu o sistema acusatório como o modelo a ser adotado. A doutrina

⁵ AVENA, Noberto. **Processo Penal**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 123.

⁶ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei imitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

costuma fundamentar essa posição com base no art. 129, I, da Constituição Federal⁷, haja vista que resta evidente a opção do legislador constitucional no sentido de estabelecer a promoção da ação penal pública por órgão próprio, diverso do poder judiciário, separando-se as funções de acusar e julgar.

No entanto, o Código de Processo Penal brasileiro foi promulgado nos idos de 1942, durante a ditadura varguista do Estado-Novo. Assim, o seu texto originário e sua formatação possuem clara inspiração no fascismo italiano. Dessa feita, em que pese a adoção do sistema acusatório pela magna carta, há em seu bojo vários dispositivos de caráter inquisitório. Diante disso, em consideração à escolha realizada em 1988, as novas alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 reforçam a adoção do sistema acusatório no país. Nesse sentido, destaca-se o art. 3º-A, do Código de Processo penal, segundo o qual: *“o processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”*. Fez-se menção expressa à adoção do sistema acusatório, dirimindo de vez eventuais dúvidas acerca de qual é o modelo vigente.

Outras alterações podem ser citadas para demonstrar o reforço do legislador em deixar claro o sistema processual adotado. Cita-se, por exemplo, a instituição do chamado “Juiz de Garantias”, responsável direto pelo controle de legalidade dos atos promovidos no bojo da investigação criminal, bem como pela tutela dos direitos individuais dos investigados. Além disso, é possível apontar o novo formato de arquivamento do inquérito policial instituído pelo art. 28, do Código de Processo Penal. Agora, afasta-se qualquer interferência judicial no controle do arquivamento, que deverá ser operado exclusivamente pelo Ministério Público, respeitando-se a oitiva da vítima ou de seu representante legal. Por fim, destaca-se a vedação da decretação de medidas cautelares promovidas de ofício pelo juiz, conforme determinação contida no art. 282, §2º, do CPP.

Embora o ministro Luiz Fux, no âmbito das ADI’s 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 suspendeu a eficácia dos arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F, bem como do art. 28, caput, e art. 157, §5º, todos do CPP, restam inequívocos os esforços legislativos realizados no sentido de se garantir a instituição do sistema acusatório no Brasil, que, mesmo não sendo aplicado na sua forma mais pura, deve ser respeitado. Nesse mesmo sentido, destaca-se a posição da doutrina majoritária nacional, exemplificada na obra de Paulo Rangel:

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela

⁷ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não é. Há resquício do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito. (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 29 ed. Barueri/SP: Atlas. 2021 p. 46)

2.3 O sistema misto

Também conhecido como inquisitivo garantista ou acusatório formal, esse modelo se apresenta como uma solução intermediária entre os sistemas acima, na medida que faz uma cisão do processo em duas fases.

A primeira delas, notadamente inquisitorial, é marcada pela investigação preliminar. Aqui, não há respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Do mesmo modo, a publicidade é suprimida, porquanto o procedimento possui como característica o sigilo. Por fim, a gestão de provas é feita pelo magistrado, com auxílio da polícia judiciária.

Na segunda etapa, de caráter judicial, entra em cena as características inerentes ao sistema acusatório, quais sejam: tripartição das funções processuais; publicidade; oralidade; paridade de armas.

Por possuir traços fortes oriundos do sistema inquisitivo, esse modelo também é rechaçado pela doutrina. Veja:

Entendemos que o sistema misto (juizado de instrução), não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação. A função jurisdicional deve ser ao máximo preservada, retirando-se, nos Estados democráticos de direito, o juiz da fase persecutória e entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realiza-las pessoalmente, formando sua *opinio delicti* e iniciando a ação penal. (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 29 ed. Barueri/SP: Atlas. 2021 p. 46)

3 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

3.1 Origem e evolução histórica

Saber os contornos históricos de um instituto é de grande valia para a sua esmerada aplicação. É que o entendimento das circunstâncias relacionadas à sua gênese, bem como a virada de paradigma quanto à sua concepção, é de fundamental importância para a interpretação de uma norma. Sobre o tema, destaca o Ministro Luís Roberto Barroso:

Sem embargo da visão crítica, o elemento histórico desempenha na interpretação constitucional um papel mais destacado do que na interpretação das leis. Isso se torna especialmente verdadeiro em relação a Constituições ainda mais recentes. Fórmulas e institutos aparentemente incompreensíveis encontram explicação na identificação de sua causa histórica ‘[...]’ o que se interpreta na norma não é apenas o seu conteúdo aparente, mas todo o substrato de valores históricos, políticos e ideológicos que estão na origem da Constituição. Não se trata da vontade individual ou soada dos constituintes, mas, sim da vontade social de que foram portadores, entendida como síntese de valores, sentimentos e aspirações comuns, traduzidos, no plano normativo, nos princípios constitucionais. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Saraiva: São Paulo, 1996. P.126.)

Nesse sentido, tratar-se-á, nesse tópico, de forma sucinta, acerca do histórico do foro por prerrogativa de função, a fim de que se transmitam as razões de ser de sua criação. Observar-se-á, ademais, se essas razões se mantêm ou não na atual aplicação do instituto. Dessa feita, serão fornecidos os pressupostos históricos para que se analise, mais detidamente e com maior propriedade, acerca da necessidade ou desnecessidade de autorização judicial para a instauração de inquéritos policiais em face dos agentes políticos detentores de foro por prerrogativa de função.

Conforme aponta Newton Tavares Filho⁸, as origens do foro especial estão umbilicalmente ligadas a privilégios de natureza pessoal, conferidos a determinados indivíduos ou classes sociais. Citando José Augusto Delgado, continua, ao afirmar que:

“a Igreja Católica influenciou as regras do processo criminal, incentivando o foro privilegiado para determinadas pessoas, no século V, no fim do Império Romano. Defendeu e fez prevalecer a ideia de que os ilícitos criminais praticados por senadores fossem julgados pelos seus iguais. Os da autoria dos eclesiásticos processados e julgados, igualmente, por sacerdotes que se encontrassem em maior grau hierárquico. Os reis, a partir do século XII, começaram a lutar para que

⁸ FILHO, Newton Tavares. **Foro Privilegiado: pontos positivos e negativos**. Consultoria Legislativa, p.16.

a influência da Igreja Católica fosse afastada nos julgamentos de pessoas que exerciam altas funções públicas. A legislação processual daquela era passou a adotar foros privilegiados não sobre a natureza dos fatos, mas sobre a qualidade das pessoas acusadas, estabelecidos em favor dos nobres, dos juízes, dos oficiais judiciais, abades e priores etc., fidalgos e pessoas poderosas, casos esses que se confundiam muitas vezes com os casos reais. Durante o século XII ao XV, em Portugal, enquanto vigoravam as Ordenações Filipinas, os ‘fidalgos, os desembargadores, cavaleiros, doutores, escrivães da Real Câmara, e suas mulheres, ainda que viúvas, desde que se conservando em honesta viuvez, deputados da Real Junta do Comércio e da Companhia Geral da Agricultura das vinhas do Alto Douro’ tinham o privilégio de relaxamento da prisão quando pronunciados, embora a lei determinasse que deveria se proceder a captura dos réus em tal situação, tudo em razão da qualidade pessoal que possuíam, ficando, apenas, à disposição do juízo, sob promessa de cumprir as suas ordens’⁹.

Percebe-se, desse modo, que a gênese do foro por prerrogativa de função possui indiscutível caráter de privilégio, porquanto aplicava a diferenciação única e exclusivamente em virtude da condição social ou *status* pessoal do réu.

No Brasil, o instituto esteve presente em todas as constituições. Na Constituição Imperial de 1824, o Senado Imperial era o foro competente para “*conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o período da legislatura*”. Em 1891, com a primeira das constituições republicanas, “*o Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado*”.

Conforme apontado inicialmente, todas as demais constituições republicanas mantiveram em seu bojo regras atinentes ao foro especial. No entanto, a atual constituição expandiu significativamente o número de agentes políticos agraciados.

Pela atual normatização, possuem foro privilegiado: i) os chefes dos poderes executivos, nos três níveis da federação; ii) os membros dos poderes legislativos no âmbito estadual e federal; iii) os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público; iv) os Ministros de Estado; v) os comandantes das forças armadas; vi) os oficiais gerais das três armas; vii) os

⁹ DELGADO, José Augusto. **Foro por prerrogativa de função. Conceito. Evolução histórica. Direito comparado. Súmula 349 do STF. Cancelamento. Enunciados.** In Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 329 -30.

membros dos tribunais de contas; viii) os chefes de missão diplomática de caráter permanente; ix) as autoridades ou funcionários cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, em caso de *habeas corpus*; e x) as autoridades federais da administração direta ou indireta, em caso de mandado de injunção.

Percebe-se que se substituiu, ao longo dos anos, a noção de privilégio do foro, que outrora era concedido apenas a determinados indivíduos em virtude de circunstâncias pessoais. Modernamente, encara-se o instituto como uma prerrogativa funcional, intrinsecamente conectada às peculiaridades do exercício de certos cargos públicos. Assim, protege-se, a um só tempo, os detentores do foro e a própria justiça das decisões, uma vez que o deslocamento da competência para os órgãos colegiados mitiga o efeito de possíveis pressões políticas, tentando-se garantir, dessa feita a imparcialidade dos julgamentos.

3.2 Conceito e natureza jurídica

O foro por prerrogativa de função está inserido no universo da competência criminal. Antes de adentrarmos no tema, é fundamental pontuarmos alguns conceitos gerais.

A jurisdição, entendida como a função estatal destinada a aplicar, de forma definitiva, o direito ao caso concreto, substituindo-se a vontade das partes, é una. No entanto, a despeito de sua unidade, ela pode ser segmentada de acordo com os contornos materiais dos feitos, daí as expressões jurisdição criminal, cível, trabalhista, etc.

Conforme aponta a doutrina tradicional, a jurisdição é um monopólio estatal. Trata-se de “função ínsita ao poder-dever atribuído constitucionalmente ao Estado”¹⁰. Desse modo, veda-se, em regra, à autotutela para a resolução de seus conflitos.

Na seara criminal, tal vedação se mostra ainda mais evidente. É que o direito penal protege os mais relevantes bens jurídicos, como a vida, a liberdade e a honra. Desse modo, apenas se permite a aplicação do direito pelos próprios indivíduos em situações de excepcional urgência e gravidade, cuja a necessidade da resposta torne inviável a espera para a atuação do Poder Judiciário. Exemplo dessas hipóteses são as causas excludentes de ilicitude, como a legítima defesa e o Estado de Necessidade.

Assim, tem-se caracterizado o princípio da necessidade do processo penal, porquanto o direito de punir é de titularidade exclusiva do Estado. Observe a lição de Aury Lopes Junior:

“Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem

¹⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. 2022. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm. p 511.

processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena’’.¹¹

A competência, por seu turno, é a medida da jurisdição, definida e delimitada pela Constituição Federal e pela legislação, a fim de se otimizar a prestação jurisdicional. Para Leonardo Barreto Moreira Alves:

Com efeito, não obstante a jurisdição seja una e indivisível, tornar-se-ia absolutamente inviável atribuir a um único juiz a função de decidir toda e qualquer infração penal praticada no país. Desse modo, verifica-se que jurisdição todo juiz possui, mas competência não. Assim, por exemplo, o STF tem competência sobre todo território nacional, enquanto um juiz de direito tem competência apenas na comarca em que exerce as suas funções. (ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Manual de Processo Penal. 2022. 2ª ed. rev. atual.e ampl. – Salvador: Juspodivm. p 515.)

Determina-se a competência com base em alguns critérios, como a natureza da infração penal cometida (critério material); o local do seu julgamento (critério territorial) e a fase do processo que se encontra (critério funcional).

A doutrina diverge acerca da existência de um critério pessoal para definição da competência, que englobaria as hipóteses de foro por prerrogativa de função. Com precisão, Renato Brasileiro esmiuça a controvérsia. Veja:

[...] 2) *ratione functionae*: em regra, a doutrina prefere utilizar a expressão ‘*ratione personae*’. Todavia, queremos crer que essa espécie de competência, relativa aos casos de foro por prerrogativa de função, de modo algum guarda qualquer relação com a pessoa do acusado, mas sim com as funções por ele desempenhadas. Daí acharmos mais adequada a utilização da expressão ‘*ratione functionae*’, que leva em consideração as funções desempenhadas pelo agente como critério para a fixação de competência (CPP, art. 69, VII). Exemplos: deputados federais e senadores são julgados pelo Supremo Tribunal Federal (CF, 102, I, ‘b’); Governadores de Estado e Desembargadores são julgados perante o Superior Tribunal de Justiça (CF, art.105, I, ‘a’); Juizes de Direito e Promotores de Justiça dos Estados são julgados perante o respectivo Tribunal de Justiça, salvo em relação a crimes eleitorais (CF, art. 96, III).

(LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 8ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 419)

Por ser mais condizente com a atual razão de ser do regramento, adotar-se-á na presente monografia a posição que aloja o foro por prerrogativa de função como um critério funcional

¹¹ LOPES JÚNIOR Aury. **Direito Processual Penal**. – 17.Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p 45.

de definição de competência.

Feitas as considerações acima, é possível conceituar o instituto como a prerrogativa de assento constitucional que fixa, em tribunais específicos, a competência para processar e julgar as infrações cometidas por agentes que ocupam determinados cargos públicos, com o intuito de tutelar a função pública, promovendo-se seu livre exercício e independência.

Sua finalidade, conforme ensina Nathalia Masson, “é evitar, tanto quanto possível, decisões prolatadas sob forte pressão externa ou influenciadas pelo constrangimento da proximidade”¹². Vê-se, portanto, que a instituição da norma leva em consideração as peculiaridades do cargo ocupado, e não do indivíduo que o ocupa, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio, à luz do que prescreve o art. 5º, XXXVI e LIII, da CF, não mais permite a fixação de regras baseadas em critérios unicamente pessoais ou sanguíneos.

3.3 Evolução e atual estágio jurisprudencial

Com base na literalidade do art. 102, I, “b” da CF, o Supremo entendia ser o juiz natural competente para processar e julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional e o Procurador-Geral da República em todas as infrações penais comuns. No caso dos congressistas, a corte entendia que a sua competência se iniciava a partir da diplomação. Dessa feita, cometido o crime após o referido ato, caberia ao STF a condução do feito, desde a instauração do inquérito até o oferecimento da denúncia. Veja a posição do Ministro Gilmar Mendes:

Mesmo os inquéritos policiais devem correr no Supremo Tribunal Federal. Se estão tendo curso em outra instância, cabe reclamação para obviar a usurpação de competência. (MENDES, Gilmar Ferreira; BLANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.034.)

Doutra banda, os processos instaurados para apurar infrações cometidas anteriormente à diplomação deveriam ser imediatamente remetidos ao STF, que daria continuidade à marcha processual.

Observa-se, portanto, que o deslocamento de competência se dava em face de apenas um requisito: a presença de congressista no polo passivo da ação penal. Perceba-se que o

¹² MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 7ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador, Juspodivm, 2019, p. 858.

Supremo não indagava a data do cometimento do delito, muito menos se este foi praticado no exercício das funções parlamentares. Bastaria a mera presença na condição de investigado.

No entanto, em 2018, o STF julgou a Ação Penal 937 e reviu substancialmente sua posição, restringindo significativamente o foro por prerrogativa de função. A Corte seguiu o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, então relator do caso, firmado no sentido de que a razão constitucional do instituto, em respeito ao princípio republicano, é salvaguardar as funções públicas, e não servir de instrumento para asseverar a impunidade. Dessa feita, fixou-se a seguinte tese: ‘‘o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas’’. Veja o excerto do julgado:

Os problemas e disfuncionalidades associados ao foro privilegiado podem e devem produzir modificações na interpretação constitucional. Assim, a fim de melhor compatibilizá-lo com os princípios constitucionais, bem como reduzir as disfunções produzidas, as normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função devem ser interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele. Como resultado, se o ilícito imputado foi, por exemplo, praticado anteriormente à investidura no mandato parlamentar federal, não se justifica a competência do STF. E, ainda que cometido após a investidura no mandato, se o crime não apresentar relação direta com as funções parlamentares, tampouco se pode reconhecer a prerrogativa de foro perante esta Corte’’.¹³

Para chegar a esse raciocínio, o Ministro Barroso se utilizou da técnica da ‘‘redução teleológica’’¹⁴, que consiste em estreitar o campo de aplicação da norma a somente uma ou algumas situações fáticas possíveis de sua incidência, partindo-se da mera interpretação literal. Observe a construção argumentativa do ministro:

Embora se viesse interpretando a literalidade desse dispositivo no sentido de que o foro privilegiado abrangeria todos os crimes comuns, é possível e desejável atribuir ao texto normativo acepção mais restritiva, com base na teleologia do instituto e nos demais elementos de interpretação constitucional. Trata-se da chamada ‘‘redução teleológica’’ ou, de forma mais geral, da aplicação da técnica da ‘‘dissociação’’, que consiste em reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas situações de fato previstas por ela segundo uma interpretação literal, que se dá para adequá-la à finalidade da norma. Nessa operação, o interprete identifica uma lacuna oculta (ou axiológica) e a corrige mediante a inclusão de

¹³ STF, **Ação Penal 937**, rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 03.05.2018. p. 10.

¹⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed., 1991, trad. de José Lamego, p.535.

uma exceção não explícita no enunciado normativo, mas extraída de sua própria teleologia. Como resultado, a norma passa a se aplicar apenas a parte dos fatos por ela regulados. A extração de “cláusulas de exceção” implícitas serve, assim, para concretizar o fim e o sentido da norma e do sentido normativo em geral.¹⁵

No mesmo sentido da tese acima firmada, há outras tantas, em que o Supremo Tribunal Federal faz um esforço hermenêutico com o objetivo de restringir a aplicação do foro por prerrogativa de função, expurgando-se quaisquer interpretações que atentem contra suas razões constitucionais. Exemplo disso é a seguinte tese firmada no bojo da própria Ação Penal 937: *“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”*.

A tese supramencionada é fruto da resposta do Supremo às inúmeras fraudes processuais praticadas pelos agentes detentores de foro. É que, anteriormente a esse entendimento, o Tribunal Constitucional concebia que o termo inicial do foro por prerrogativa de função seria a diplomação, enquanto que o seu termo final seria o encerramento do mandato. A par dessa orientação, os detentores de foro se utilizavam largamente das renúncias, a fim de alterar a competência do juízo, o que procrastinava o curso processual, em claro e manifesto abuso de direito.

Agora, com a atual posição, os agentes políticos continuam com o poder de renunciar ao mandato a qualquer tempo, por se tratar de liberalidade no âmbito de sua esfera pessoal de decisão. Contudo, a renúncia só terá a produção de seus efeitos processuais no que tange à alteração do juízo se for feita antes do término da instrução. Essa foi a solução encontrada para garantir a escorreita aplicação teleológica do instituto.

As restrições à larga utilização do foro por prerrogativa de função seguem ilustradas em outros julgados. Alinhado à sua antiga jurisprudência, o Supremo conferia interpretação literal aos artigos 76 a 79, do Código de Processo Penal, nas hipóteses de concurso de agentes entre os réus detentores de foro e os meros particulares, impondo a unidade processual dos feitos como regra. Nessa esteira, foi editada o verbete sumular de nº 704, segundo o qual: *“não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”*.

¹⁵ STF, **Ação Penal 937**, rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 03.05.2018. pp 18 e 19.

No entanto, em 2014, no Inquérito 3.515, o STF alterou sua posição ao afirmar que o desmembramento dos inquéritos ou de ações penais de sua competência deve ser a regra. A unidade se revela como exceção, apenas admitida nos casos em que a disjunção traga relevante prejuízo à prestação jurisdicional.

Por fim, é válido pontuar o recentíssimo entendimento firmado pela Corte Suprema, que, no bojo das ADI's 6501, 6508, 6515 e 6516 fixou a seguinte tese: ‘é inconstitucional norma de constituição estadual que estende o foro por prerrogativa de função a autoridades não contempladas pela Constituição Federal de forma expressa ou por simetria’.

Há de se observar que se trata de mais uma virada paradigmática na jurisprudência do Supremo. É que, anteriormente, entendia-se que o legislador constituinte estadual possuía margem de discricionariedade para disciplinar o tema dentro de seus limites territoriais.

No entanto, conforme aduziu o relator:

‘As normas que estabelecem o foro por prerrogativa de função são excepcionais e, como tais, devem ser interpretadas restritivamente. A regra geral é que todos devem ser processados pelos mesmos órgãos jurisdicionais, em atenção ao princípio republicano (art. 1º da CF/1988), ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF/1988) e ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF/1988). Apenas a fim de assegurar a independência e o livre exercício de alguns cargos, admite-se a fixação do foro privilegiado. São hipóteses restritas.’¹⁶

E continua, ao refutar a discricionariedade outrora assimilada como possível, rompendo-se completamente com o entendimento anteriormente vigente:

‘Fora dessas hipóteses expressamente previstas, somente se admite a concessão de foro privilegiado nos casos em que a própria Constituição Federal estabelece regra de simetria para a organização dos Estados-membros. Não se trata, propriamente, de discricionariedade conferida ao constituinte estadual. De acordo com o entendimento que prevaleceu no julgamento da ADI 2.553-MA, essa possibilidade decorre da própria Constituição Federal. Destaque-se, nesse sentido, trechos do voto condutor do Min. Alexandre de Moraes, redator para o acórdão daquele precedente, em que se analisa a concessão de foro por prerrogativa de função de deputados estaduais e membros do Poder Executivo estadual’.¹⁷

A par do que foi dito e analisado, extrai-se que a nova exegese do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação do foro por prerrogativa de função está orientada no sentido de

¹⁶ STF, ADI 6501, 6502, 6508, 6515, 6516. Rel. Min. Luis Roberto Barroso, julgado em 23.08.21. p. 06 do voto do relator.

¹⁷ STF, ADI 6501, 6502, 6508, 6515, 6516. Rel. Min. Luis Roberto Barroso, julgado em 23.08.21. p. 06 do voto do relator.

restringir a aplicação normativa do instituto com o fito de apagar os excessos e abusos de direito anteriormente identificados. Assim, percebe-se que a mencionada Corte busca uma vez mais ajustar a utilização do foro especial às razões de ser de sua existência, quais sejam: a independência funcional dos agentes públicos, o livre exercício de suas atribuições e o respeito ao princípio republicano.

3.4 Leitura da sociedade civil acerca do instituto

Peter Häberle, em sua obra *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*, defende que os intérpretes da Carta Magna de um país não se resumem aos agentes públicos e às partes envolvidas no processo de controle de constitucionalidade. Por contrário: a hermenêutica constitucional deve ser franqueada a todos que presenciam a realidade nacional. É que *‘no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição’*.¹⁸

Com efeito, a fim de que essa hermenêutica seja concretizada, é imprescindível que se crie instrumentos que possam captar e aferir os anseios sociais, porquanto os cidadãos são os principais interessados na materialização dos dispositivos constitucionais. Nesse interim, torna-se fundamental apontar as leituras feitas pela sociedade civil acerca da aplicação do foro por prerrogativa de função.

Antes, contudo, uma ressalva deve ser feita: o presente tópico não tem qualquer pretensão de se filiar às infundadas teses que almejam a identidade entre as decisões judiciais e a opinião pública. Em primeiro ponto, não há como se aferir uma única opinião ante a pluralidade de setores sociais. Ademais, se assim fosse, a própria democracia seria transformada na tirania da maioria. No entanto, a despeito disso, não há como negar que as vozes das ruas e de certos setores específicos da sociedade ecoam nos tribunais, influenciando, por diversas vezes, o resultado dos julgamentos. Entender a existência dessa influência é um passo fundamental para que se compreenda o processo de criação da argumentação judicial, o que contribui para sanar a celeuma existente entre a necessidade ou não de controle prévio para a investigação dos detentores de foro por prerrogativa de função.

¹⁸ HABERLE, Peter. **A Sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: S.A. Fabris, p.13

A sociedade brasileira, multifacetada que é, possui múltiplas leituras acerca do instituto supracitado. Há aqueles que salientam a importância e necessidade do foro especial, posto que ele asseguraria a imparcialidade dos órgãos judicantes, garantindo-se a livre atuação dos agentes públicos detentores dessa prerrogativa. Outrossim, pontuam que o instituto do foro especial confere maior agilidade aos feitos, promovendo-se uma maior eficácia de punição às autoridades públicas¹⁹. Nesse sentido, confira-se a nota da ONG Transparência Brasil:

Não havendo privilégio de foro, os processos contra esses políticos correrão na primeira instância, seja nas justiças estaduais, seja na Justiça Federal. Se condenados, recorrerão aos Tribunais de Justiça ou aos Tribunais Federais. Se os recursos forem negados, recorrerão ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou ao Supremo Tribunal Federal (STF). Em outras palavras, se os processos nos tribunais superiores já demoram anos e anos para se concluírem, levá-los para a primeira instância fará aumentar ainda mais esse tempo. (ALMEIDA, Amanda. “Defesa ao foro privilegiado”. Correio Braziliense, 12/07/2013, Caderno “Política”, p.3.)

Contudo, a despeito de sua *ratio legis*, segundo pesquisa realizada pelo IBOPE em abril de 2018²⁰, 78% dos brasileiros defendem o fim do foro privilegiado, 10% não possuem um posicionamento formado e apenas 12% advogam pela sua manutenção. Há também relevantes vozes do direito nacional que se prostram contra o instituto. Uma das mais simbólicas é a do Ministro Luís Roberto Barroso, para quem ‘*o foro por prerrogativa de função é um desastre para o país*’.²¹

Os críticos ao foro privilegiado centram sua posição em basicamente três argumentos. O primeiro deles é referente à excessiva amplitude do instituto, que acaba por atentar contra o princípio da igualdade e o ideal republicano, porquanto, em uma República, a isonomia deve ser a regra. Todavia, o elevado número de detentores do foro especial destoa de qualquer parâmetro de excepcionalidade.

Além dessa razão, aduzem a ‘inadequação das altas instâncias do Poder Judiciário

¹⁹ FILHO, Newton Tavares. **Foro Privilegiado: pontos positivos e negativos**. Consultoria Legislativa, p.16.

²⁰ PODER 360. “**Fim do foro privilegiado é defendido por 78% dos brasileiros, diz Ibope**”, disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/fim-do-foro-privilegiado-e-defendido-por78-dos-brasileiros-diz-ibope/>. Acesso em 27 de set. de 2022.

²¹ AGÊNCIA BRASIL. “**Barroso diz que foro privilegiado é desastre para o país**”, disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-03/foroprivilegiado-e-desastre-para-o-pais-diz-luiz-roberto-barroso>. Acesso em 27 de set. de 2022.

para processar e julgar feitos de natureza penal”.²² Por estarem mais distante das situações fáticas, retarda-se sensivelmente a resolução dos feitos, o que gera uma excessiva morosidade nos julgamentos. Prova disso é que a primeira autoridade detentora de foro por prerrogativa de função só veio a ser condenada pelo Supremo Tribunal Federal em 2010, no âmbito da Ação Penal 409.²³

Por fim, destaca-se um argumento político, destacado pela obra do Ministro Luís Roberto Barroso. Segundo aponta, não há constituição, em todo o mundo, que relegue a uma corte constitucional tamanha competência criminal:

“O Supremo deve se dedicar às duas grandes missões de uma corte institucional: proteger direitos fundamentais e proteger a democracia, que inclui a mediação entre os Poderes. Por uma falha de desenho institucional, o Supremo tem uma competência criminal muito vasta que nenhuma corte constitucional no mundo tem, que é a competência do foro privilegiado. Na medida do possível eu propus reduzir e a maior parte do Plenário aquiesceu. Não tenho os números ainda, mas acho que reduziu talvez à metade o número de ações penais pelo critério que propus, de competência se o crime for cometido no cargo e em razão do cargo.”²⁴

Diante desse e de outros argumentos, tramita no Congresso Nacional um projeto de emenda à Constituição Federal que extingue o foro especial nos casos de crime comum. Embora aprovada por 75 senadores, desde o ano de 2017, o referido projeto se encontra paralisado na Câmara dos Deputados.

Traçados os contornos históricos relacionados ao conceito do instituto e de sua aplicação, bem como acerca da leitura feita pela sociedade civil, observa-se-á, nos capítulos seguintes, como a jurisprudência dos tribunais superiores se posiciona quanto à necessidade de controle judicial prévio para a instauração de investigação envolvendo detentores de foro por prerrogativa de função.

²² FILHO, Newton Tavares. **Foro privilegiado – pontos positivos e negativos**. Consultoria Legislativa, p.16.

²³ CONJUR: “**Supremo condena primeiro parlamentar desde 1988**”, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mai-13/supremo-condena-primeiro-parlamentarconstituicao-1988>. Acesso em 27 de set. de 2022.

²⁴ CONJUR. “**Quando o Direito Penal chegou ao andar de cima, todos ficaram garantistas**”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/entrevista-luis- roberto-barrosoministro-stf>. Acesso em 27 de set. de 2022.

4 A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA PARA A INSTAURAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS

O Supremo Tribunal Federal possui histórico entendimento pela necessidade da autorização prévia para a instauração de investigações policiais envolvendo detentores de foro por prerrogativa de função. Por meio de pesquisa, é possível identificar a Questão de Ordem no Inquérito 2.441-2/MT, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes no ano de 2007, como a gênese dessa posição. A seguir, analisar-se-ão as razões de decidir do referido julgado paradigmático.

A Questão de Ordem formulada no Inquérito 2441-2/MT suscitou ao Plenário do Supremo manifestação para definir se o instrumento investigativo pode ou não ser instaurado diretamente pela Polícia Federal.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes realiza uma diferença clara entre o “inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo Regimento Interno do STF”²⁵.

Os primeiros, à luz do disposto no art. 5º, do CPP, podem ser instaurados de ofício pela autoridade policial, quando a infração a ser apurada for de ação penal pública incondicionada; mediante requisição da autoridade judiciária ou do ministério público; ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representa-lo. Esse é o regramento geral que vige no ordenamento jurídico brasileiro em matéria de persecução penal.

Doutra banda, o inquérito originário de competência do Supremo Tribunal Federal se reveste de peculiaridades ante a circunstancial condição dos sujeitos investigados. Sobre o tema, leciona Hely Lopes Meirelles:

[...] realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros editores, 29ª edição, 2004, p.78.)

²⁵ STF, Questão de Ordem em Inquérito 2.441-2/MT, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 10.10.2007.

Para construir sua argumentação, o Ministro Gilmar Mendes se utiliza da consolidada jurisprudência do STF, firme no sentido de ser possível a ampliação de sua competência expressa quando a extensão seja decorrente de elementos implícitos contidos na constituição. Ilustrando sua posição, colaciona uma série de precedentes, dentre os quais o que previu a possibilidade de Mandado de Segurança contra ato de CPI e contra atos que tenham relação com o pedido de extradição.

De fato, nesse ponto, assiste razão ao ministro. É que há muito a Corte Constitucional pátria adota uma linha hermenêutica oriunda da tradição germânica, com a aplicação de recursos retóricos como a “interpretação constitucional evolutiva”, a noção de “sociedade aberta dos intérpretes” e a doutrina da “Living Constitution”, teorizada por David Strauss e Cass Sunstein²⁶. Do mesmo modo, aceita-se, sem maiores problemas, a possibilidade de o Tribunal conferir a determinado dispositivo constitucional uma interpretação mais ampla do que literalmente foi definido pelo legislador.

Com base nisso, construiu-se o entendimento de que *“se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante esta Corte (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à ‘supervisão judicial’ (como é o caso da abertura de procedimento investigatório, por exemplo) sejam retiradas do controle judicial do STF”*²⁷, porquanto *“permitir que o procedimento de investigação predisposto à colheita de elementos probatórios, que suportarão eventual imputação penal contra titular de cargo a que se assegura foro especial, possa ser aberto por autoridade policial que integra o Departamento de Polícia Federal, e é órgão integrante da estrutura administrativa do Ministério da Justiça, certamente enfraquece a garantia que a Constituição consagra”*.²⁸

Concluiu-se, portanto, que a iniciativa do procedimento investigatório em face de detentor de foro por prerrogativa de função, cujo julgamento originariamente será realizado no STF, deve ser operacionalizada pela PGR, contando-se com a supervisão judicial e autorização expressa do Ministro-Relator. Assim sendo, a Polícia Federal não possui legitimidade para abrir, de ofício, o inquérito policial.

²⁶ VIEIRA, José Ribas; CARVALHO, Camila Luna; ANDRADE SILVA, Mário Cesar. A constituição brasileira está viva? Living Constitution e a atualização da constituição pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas. **REVISTA UFG**. Disponível em <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/49168/27023>. Acesso em: 20 de out. de 2022.

²⁷ STF, Questão de Ordem em Inquérito 2.441-2/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, p. 21.

²⁸ STF, Questão de Ordem em Inquérito 2.441-2/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, p.22 – manifestação do Procurador-Geral da República.

No entanto, por muito tempo, esse entendimento apenas era aplicável às autoridades que possuíam foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal. Persistiam os debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da necessidade desse controle judicial prévio para os agentes públicos detentores de foro especial perante outros tribunais. É que, no bojo do Inquérito 2.441-2/MT, usou-se o Regimento Interno do Supremo como *ratio decidendi*, abrindo margem para interpretações mais restritivas, que limitavam o posicionamento supracitado às hipóteses de incidência normativa dos arts. 230 a 234 do RI. Observe este trecho da ementa da Ação Penal 912/PB, julgado pela 1ª Turma do Supremo:

(...) 3. As normas pertinentes à prerrogativa de foro – especialmente aquelas que interferem na embrionária etapa das investigações preliminares – por serem exceções ao regime republicano, devem ser interpretadas com comedimento. Nesse sentido, **diferentemente das autoridades sujeitas ao regime de prerrogativa de foro nesta Suprema Corte, onde há norma regimental expressa a condicionar a instauração do inquérito à determinação/autorização do Ministro Relator (artigo 21, XV, do RISTF), não existe disciplina normativa equivalente com relação aos Prefeitos Municipais (artigo 29, X, da CF), que se sujeitam, quanto à instauração do inquérito, às normas comuns do CPP.** Por outro lado, os inquéritos instaurados contra Prefeitos submetem-se à supervisão judicial, sob a consequência de invalidade dos atos investigativos colhidos contra o detentor da prerrogativa. (...) Já quanto aos Prefeitos, a norma do artigo 29, X, da CF, garante apenas o “julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça”, e nada dispõe a respeito de autorização/determinação judicial para o início das investigações. **Submetem-se os Prefeitos Municipais, desse modo, quanto à instauração do inquérito, às normas ordinárias do CPP, aplicável à generalidade dos cidadãos, as quais não exigem autorização jurisdicional para a mera abertura de investigações preliminares.** (...) 25. Assim, e aqui encerro minha sutil divergência com a fundamentação do eminente Relator, concluo que a abertura de inquérito contra os Prefeitos Municipais não se submete à autorização/determinação judicial, podendo ser feita diretamente pela Polícia. 26. Essa conclusão não implica, por outro lado, que os inquéritos instaurados contra Prefeitos ocorram à margem de distribuição ou registro no Poder Judiciário, muito menos que seja excluída a necessária supervisão judicial dos atos investigativos diretamente dirigidos contra o titular da prerrogativa de foro. 26.1. **Em outros termos, é desnecessária autorização judicial para o início das investigações, porém, é imprescindível que o inquérito tramite sob supervisão judicial – registrado e distribuído no Tribunal competente para o julgamento do titular da prerrogativa de foro -, sob a consequência de invalidade dos elementos probatórios colhidos contra o detentor da prerrogativa.** (STF, AP 912/PB, 1ª T, J. 07/03/2017) (Grifos acrescidos).

Divergindo do entendimento supracitado, há julgados da 2ª Turma do STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO (ART 29, X, DA CF). INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POR AUTORIDADE POLICIAL. PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. REQUISIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUTORIZAÇÃO E SUPERVISÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA.

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A

instauração de inquérito por delegado de polícia contra Prefeito Municipal, por fatos relacionados ao exercício do mandato, sem a prévia requisição da Procuradoria-Geral de Justiça e supervisão do Tribunal de Justiça, ofende o art. 29, X, da Constituição Federal. Precedentes. II – Constatado vício desde a instauração do inquérito policial até o oferecimento da denúncia, impõe-se o reconhecimento da nulidade de todos os atos processuais praticados. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 1.322.854 AgR, 2ª T, J. 03/08/2021)

Mais recentemente, no âmbito da ADI 7083/AP, o Supremo parece ter uniformizado sua posição quanto à necessidade de autorização judicial prévia para instauração de inquérito nos feitos de competência originária no âmbito dos outros tribunais.

No caso ora examinado, a Procuradoria Geral da República alegou que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Amapá, *“ao exigir prévia autorização do Desembargador-Reator para a instauração de inquérito a pedido do Procurador-Geral de Justiça, viola o sistema penal acusatório e os arts. 5º, LIV (deveres de inércia e de imparcialidade do magistrado que derivam do princípio do devido processo legal substantivo), 24, XI, §1º (competência privativa da União para editar normas gerais sobre procedimentos em matéria processual), e 129, I, VII e VIII (funções institucionais do Ministério Público de promover privativamente a ação penal pública, exercer o controle externo da atividade policial e requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial), da Constituição Federal”*. Com base nisso, pediu o deferimento da ADIN com requerimento de medida cautelar, pedido este aquiescido pela AGU. Veja:

“Processual Penal. Artigo 48, § 3º, inciso IX, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Exigência de autorização do referido Tribunal de Justiça para a instauração de inquérito a pedido do Procurador-Geral de Justiça. Alegada violação ao sistema acusatório, ao princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Carta Maior), à competência legislativa da União para editar normas gerais

sobre procedimentos em matéria processual e ao artigo 129, incisos I, VII e VIII, da Constituição Federal. A prévia autorização do Poder Judiciário para a instauração de inquérito policial apenas encontra previsão normativa no artigo 21, inciso XV, do RISTF. O dispositivo questionado, ao criar condição para a instauração de inquérito policial, tem conteúdo claramente processual. Distinção entre instauração e supervisão do inquérito. Matéria à qual o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal conferiu tratamento uniforme em todo o território nacional. Violação aos artigos 5º, inciso LIV, e 129, incisos I e VIII do Texto Constitucional. Precedente desse Supremo Tribunal Federal no sentido de que o controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos viola o núcleo essencial do princípio acusatório. **Manifestação pelo deferimento do pedido de medida cautelar**” (Grifos acrescidos).

No entanto, a despeito das manifestações da PGR e da AGU, o Supremo Tribunal Federal asseverou a constitucionalidade do dispositivo questionado.

No voto relatado pela ministra Cármen Lúcia, o Plenário da Corte, por unanimidade dos votos, afirmou que *“na Constituição da República se estabelecem normas não exaurientes sobre a definição dos casos em que o foro é definido como prerrogativa de função”*.²⁹ Acrescentou que *“a simetria a se observar na competência por prerrogativa de função outorgada ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais de segundo grau sinaliza que cada uma dessas autoridades, segundo o critério federativo, dispõe de atribuições de igual importância nos diversos entes federados, merecendo tratamento adequado em sua atuação. Pela interpretação sistemática da Constituição da República e adotando-se a jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal, a mesma razão jurídica aproveitada para justificar a necessidade de supervisão judicial dos atos investigatórios de autoridades com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal aplica-se às autoridades com prerrogativas de foro submetida a outros Tribunais”*.³⁰

Por fim, concluiu que *“a necessidade de autorização do Desembargador relator para instauração de inquérito contra as autoridades que detenham prerrogativa de foro no Tribunal de Justiça do Amapá não configura ofensa ao sistema acusatório, decorrendo da normativa constitucional pela qual se prevê o foro específico, sujeitando as investigações contra essas autoridades a maior controle judicial, pela importância das funções por elas exercidas. Em interpretação sistemática, o mesmo tratamento conferido às autoridades com foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal deve ser aplicado, por simetria, às*

²⁹ STF, ADIN 7083/AP, rel. Min. Carmén Lúcia, j. 16.05.2022, página 12.

³⁰ STF, ADIN 7083/AP, rel. Min. Carmén Lúcia, j. 16.05.2022, página 25.

autoridades com foro privativo em outros Tribunais, em observância ao princípio da isonomia, devendo ser conferido tratamento igual aos que estejam em situação igual. Descabido cogitarse de usurpação das funções institucionais conferidas constitucionalmente ao Ministério Público, pois o órgão mantém a titularidade da ação penal e as prerrogativas investigatórias, devendo apenas submeter suas atividades ao controle judicial''.

Diante do exposto, fica evidente a posição do Pretório Excelso: para que se iniciem investigações preliminares acerca de infrações supostamente praticadas por detentores de foro por prerrogativa de função, em quaisquer dos tribunais, torna-se imprescindível autorização judicial prévia, a ser exarada pelo relator competente para processar e julgar o feito.

A linha argumentativa trabalhada pelo STF ao longo dos julgados que dirimem a questão parte da utilização da teleologia do instituto do foro especial: diante da relevância das funções e cargos desempenhados, determinados agentes públicos gozam da prerrogativa de serem julgados exclusivamente por tribunais, a fim de que se tutele a independência funcional necessária à sua atuação, porquanto as cortes colegiadas são menos sujeitas a injunções locais ou a contingências específicas pelo desdobramento dos efeitos das suas decisões.

Em face disso, o Supremo, por meio de interpretação extensiva do art. 102, I, "b" e "c", da Constituição Federal, entendeu que o controle judicial dos atos alcança, inclusive, aqueles emanados durante a fase investigatória, realizados no bojo dos inquéritos policiais. Ademais, pontue-se que tal entendimento também deve ser aplicado, em obediência ao princípio da simetria e da isonomia, às autoridades com foro privativo em outros tribunais que também prevejam em seu regimento interno a necessidade de autorização.

5 A PRESCINDIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL PRÉVIO

Não obstante a histórica posição do Supremo Tribunal Federal, respeitáveis vozes da doutrina nacional ecoam em sentido diametralmente oposto. Ressalta-se, também, que essa linha de raciocínio é comumente seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, que possui majoritário entendimento pela dispensabilidade do controle judicial prévio.

O objetivo do presente capítulo é colacionar o arcabouço argumentativo que fundamenta a corrente dissonante em relação à jurisprudência do STF, a fim de que se aprofunde o debate, porquanto os acórdãos exarados pela Corte Constitucional se limitam a argumentos tangenciais acerca da questão e não enfrentam, com precisão, todas as indagações feitas pela Procuradoria-Geral da República.

Ao analisar o teor dos argumentos, é possível assinalar um grande eixo retórico que advoga pela desnecessidade de controle judicial prévio nas investigações dos detentores de foro por prerrogativa de função: alegação de ofensa ao princípio acusatório.

5.1 Ofensa ao princípio acusatório

Conforme mencionado anteriormente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que para a instauração de inquérito policial contra autoridades com foro especial por prerrogativa de função é desnecessária a prévia autorização do poder judiciário.

O Tribunal da Cidadania teve a oportunidade de se manifestar acerca do tema em diversas oportunidades, vide STJ, AgRg no REsp 1.851.378/GO, 6ª T, J. 16/06/2020; STJ, HC 421.315/PE, 5ª T, J. 21/08/2018; STJ, HC 400.532/PR, 5ª T, J. 19/02/2019. Na presente monografia, analisar-se-á o Recurso Especial 1.563.962/RN, por ser julgado paradigmático que consolidou a aplicação desse entendimento pelo tribunal.

O REsp 1.563.962/RN, julgado no ano de 2016, versava acerca de procedimento investigatório criminal instaurado pela Promotoria de Justiça da Comarca de São Miguel/RN para a apuração de crimes contra a administração pública. Como um dos investigados possuía foro por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, o Desembargador Relator considerou que seria necessário pedido formal de autorização para a instauração do procedimento.

Em virtude disso, o Ministério Público do Rio Grande do Norte interpôs o REsp, alegando, em síntese, que é desnecessária autorização judicial, porquanto a regra geral adotada pelo CPP não elege a instauração do inquérito penal como cláusula de reserva de jurisdição.

Sustenta que entender de forma diversa afronta o sistema processual penal acusatório. Aduz, por fim, que é incabível a aplicação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ao caso, único que traz determinação no sentido da necessidade de prévia autorização.

Em seu voto, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, relator do feito, considerou que, à luz da disciplina legal do CPP, especialmente em seu art. 5º, I e II, não há que se falar em prévia submissão da instauração do procedimento investigatório criminal ao judiciário.

Conforme pontuou ‘*(...) a ausência de norma condicionando a instauração de inquérito policial à prévia autorização do Judiciário releva a observância ao sistema acusatório, adotado pelo Brasil, o qual prima pela distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos*’.

Dessa feita, o STJ deixou claro que impor autorização judicial para que se inicie procedimentos de cunho investigatório contra detentores de foro por prerrogativa de função viola o princípio acusatório, na medida em que há flagrante quebra de seu pilar básico: a cisão entre as funções processuais. Nesse sentido, destaca-se o magistério de Eduardo Pereira da Silva:

‘Há um consenso de que o sistema acusatório é o único apto a garantir a imparcialidade do julgador, uma vez que o coloca a salvo de um comprometimento psicológico prévio decorrente do exercício da função de defesa ou de acusação. É ele, sem dúvida, o único sistema compatível com as garantias individuais previstas na atual Constituição (Art. 5º, incisos LIII, LIV, LV, LVI, LXI, LXII, LXV, LXVIII). Não se pode ignorar, porém, que a investigação pré-processual, tendo como destinatário o órgão acusador, também deve ser desempenhada por órgão diverso ao do julgamento, sob pena de ofensa ao sistema acusatório. No Brasil, tradicionalmente a investigação pré-processual é atribuída às polícias judiciárias (Polícia Civil e Polícia Federal). Aliás, foi a preocupação em assegurar a imparcialidade do Juiz que inspirou o artigo 252, inciso II, do Código de Processo Penal, que prevê o impedimento do Juiz de atuar em processos em que tenha atuado anteriormente não só como defensor e órgão do Ministério Público (acusação), mas também como autoridade policial (investigação pré-processual)’.³¹

A observância ao sistema acusatório impõe ao juiz, durante toda a marcha processual, uma postura menos proativa. Na fase pré-processual, contudo, essa autocontenção deve ser

³¹ SILVA, Eduardo Pereira da. **Prerrogativa de foro no inquérito policial**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3213. Acesso em: 29 de set. de 2022.

ainda mais acentuada. É que o magistrado, em sua atuação, deve agir como garantidor dos direitos fundamentais, jamais como linha auxiliar da acusação, tampouco como dificultador de sua atuação. Sobre o tema, esclarece Aury Lopes Júnior:

O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha de adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais (atendendo ao princípio da verdade formal).

Essa é a posição que o juiz deve adotar quando chamado a atuar no inquérito policial: como garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo. Para evitar repetições, remetemos o leitor ao início da obra, quando definimos a instrumentalidade constitucional como fundamento da existência do process penal.

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. Nesse sentido, além de ser uma exigência do garantismo, é também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal.

Tradicionalmente, no processo penal brasileiro, o juiz mantém-se afastado da investigação preliminar – como autêntico garantidor –, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorização daquelas medidas restritivas de direitos (cautelares, busca e apreensão, interceptações telefônicas etc.). O alheamento é uma importante garantia de imparcialidade e deriva mais do plano da efetividade que do normativo, pois, apesar de existirem alguns dispositivos que permitam a atuação de ofício, felizmente os juízes condicionam sua atuação à prévia invocação do MP, da própria polícia ou do sujeito passivo.

O juiz não orienta a investigação policial, tampouco presencia seus atos, mantendo uma postura totalmente supra partes e alheia à atividade policial. No sistema brasileiro, o juiz não investiga nada, não existe a figura do juiz instrutor e, por isso mesmo, não existe a distinção entre instrutor e julgador.

(LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. São Paulo: Saraiva, 5ª. Ed. 2013, p. 260.)

Insta salientar que essa também é a posição do legislador pátrio, vide art. 3-A³², do Código de Processo Penal, incluído pela recente Lei 13.964/2019.

Sobre o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, esclareceu o relator que as suas normas anteriores à CF/88 foram recepcionadas com força de lei. É que “*o Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta Política de 1969 (Art. 119, § 3º, “c”), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331)*”³³.

No entanto, o regramento do art. 21, inciso XV, do RI do STF (norma que confere ao relator o poder de “determinar a instauração de inquérito a pedido do Procurador-Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido”) não constava em seu texto originário, sendo adicionada por meio da Emenda Regimental 44/2011, não tendo, portanto, força de lei. Assim, considerou que:

Nada obstante, ainda que se entenda pela necessidade de prévia autorização do Supremo Tribunal Federal para investigar pessoas com foro naquela Corte, não se pode estender a aplicação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que disciplina situação específica e particular, para as demais instâncias do Judiciário, que se encontram albergadas pela disciplina do Código de Processo Penal e em consonância com os princípios constitucionais pertinentes
(...)

Diante de todo o exposto, verifico que não há razão para se submeter o iníciadas investigações contra autoridade com foro por prerrogativa de função à prévia autorização judicial. A uma, porque não há norma constitucional ou infraconstitucional nesse sentido. A duas, porque referida situação não se coaduna com o sistema acusatório adotado pelo

³² Art. 3-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

³³ ARE 1047578 ED-AgR-ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-268 DIVULG 13-12-2018 PUBLIC 14-12- 2018

ordenamento jurídico pátrio.³⁴

³⁴ REsp 1.563.962, Relator: Ministro Reynaldo Soares da FONSECA, julgado em 08.11.2016, Dje 16.11.2016.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou agrupar os argumentos que fundamentam a celeuma jurisprudencial existente em torno da necessidade ou não de controle judicial prévio nas investigações policiais dos detentores de foro por prerrogativa de função. Para tanto, fez-se uma breve explanação acerca dos sistemas processuais penais consagrados pelo direito ocidental ao longo dos anos, bem como uma imersão acerca do instituto do foro: de suas raízes históricas à leitura atual da sociedade civil acerca do feito.

Conforme exposto, a Constituição de 1988 optou, inequivocamente, pela escolhadossistema acusatório. Esse possui como um de seus maiores predicados a imparcialidade dojugador, que é assegurada em dupla via: pela tripartição das funções processuais de acusar, julgar e defender e pela gestão de provas. Viu-se que nesse sistema a iniciativa probatória é, porregra, de titularidade das partes. Assim, não cabe aos magistrados atuarem em sua substituição, porquanto sua função precípua no curso do processo é a de garantidor dos direitos fundamentais.

O instituto do foro por prerrogativa de função, por seu turno, demonstrava-se, inicialmente, incompatível com os ditames pregados por uma República. É que, como se viu, suas raízes estão umbilicalmente associadas à instituição de privilégios, vez que o critério para a sua adoção era exclusivamente pessoal. No entanto, à luz de uma releitura iluminista, a finalidade do foro especial foi modificada. Hoje, entende-se como uma prerrogativa indispensável à atuação de determinados cargos e funções públicas, cujo objetivo é a tutela da independência funcional e do livre exercício do serviço público.

Entretanto, a despeito de sua teleologia normativa, a aplicação do foro especial no Brasil é, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, disfuncional. Fato é que a sociedade civil majoritariamente se prostra contra o instituto, havendo, inclusive, proposta de emenda constitucional para pôr fim na sua existência. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, sobretudo após a Ação Penal 937, vem traçando uma jurisprudência mais restritiva acerca de sua aplicação, limitando o alcance da norma e o condicionando a certos requisitos. Assim, torna-se imperiosa que prática da infração ocorra durante o exercício do cargo e tenha relação com as funções inerentes a ele.

Todavia, esse movimento hermenêutico mais restritivo não alcança a totalidade dos julgados acerca da temática, o que demonstra, no mínimo, uma falta de coerência do STF. É que quando se trata da necessidade de autorização judicial para a investigação de detentores de

foro por prerrogativa de função, o Supremo muda o discurso. Agora, deve-se aplicar às normas constitucionais que versam acerca do foro especial uma interpretação mais extensiva, extraíndo-se do texto constitucional “competências implícitas”.

Do outro lado da via, o Superior Tribunal de Justiça mantém-se sólido em sua jurisprudência, firmada no sentido de ser desnecessário o controle judicial prévio, sob pena de ofensa ao princípio acusatório.

Nesse meio termo, ficam as autoridades incumbidas de promover a investigação e os jurisdicionados. Agrava-se, desse modo, a insegurança jurídica tão exaustivamente apontada pela doutrina. Pior: essa instabilidade atinge a jurisdição criminal, que deveria ser a mais perene das jurisdições, porquanto lida com os bens jurídicos mais valiosos da pessoa humana.

A conclusão que se faz é que ambos os tribunais promovem o debate aquém da relevância do tema.

Por um lado, o Supremo Tribunal Federal firma seu entendimento com base única e exclusivamente no seu Regimento Interno e na possibilidade de se interpretar extensivamente as normas constitucionais. Não há que se discutir acerca disso. Contudo, não pode a Corte Suprema usar, para o mesmo instituto, interpretações tão distintas. Afinal, o atual estágio da jurisprudência do Supremo é restritivo ou ampliativo? Ademais, todas as normas do ordenamento jurídico, à luz do princípio da supremacia da constituição, devem ser relidas sob a óptica da Lei Fundamental. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal destoa das demais normas por qual razão?

O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, manteve a sua coerência jurisprudencial. No entanto, deixou de discutir mais exaustivamente sobre pontos de relevante pertinência para a questão, limitando-se a debater a questão unicamente à luz do sistema acusatório.

Não se pode admitir que as decisões judiciais sejam fundamentadas quase que exclusivamente em princípios, na medida em que o tema se reveste de elementos significativos para a adoção de um ou outro entendimento. Cita-se, como exemplo, as recentes alterações legislativas modernas, notadamente as operadas pelo Pacote Anticrime, que externalizam o anseio pela adoção de um sistema acusatório mais purificado e as disposições normativas da Lei 12.830/2013, que confere aos delegados de polícia a independência técnico-jurídica na tomada das decisões.

Conclui-se, portanto, que a solução para o imbróglio existente é o aprofundamento do debate judicial, em obediência ao ideal democrático, a fim de se evidenciar as incoerências ou incompletudes das teses.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA BRASIL. **Barroso diz que foro privilegiado é desastre para o país.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-03/foro-privilegiado-e-desastrep-para-o-pais-diz-luiz-roberto-barroso>. Acesso em 27 de set. de 2022.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal.** 2022. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm.
- AVENA, Noberto. **Processo Penal** – 12.ed., - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** Saraiva: São Paulo, 1996.
- BRASIL. [Constituição de (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF. Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de out de 2022.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 05 de out. de 2022.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 de out. de 2022.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal** – 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 5ª. Ed. 2013.
- CANARIS, Kaus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CONJUR. **Quando o Direito Penal chegou ao andar de cima, todos ficaram garantistas.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/entrevista-luiz-roberto-barrosoministro-stf>. Acesso em 27 de set. de 2022.
- CONJUR: **Supremo condena primeiro paramentar desde 1988.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mai-13/supremo-condena-primeiro-parlamentarconstituicao-1988>. Acesso em 27 de set. de 2022.
- DELGADO, José Augusto. **Foro por prerrogativa de função. Conceito. Evolução histórica. Direito comparado. Súmula 349 do STF. Cancelamento. Enunciado.** In Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva.** Tradução por Eduardo de Almeida.

Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

HABERLE, Peter. **A Sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed., 1991, trad. de José Lamago.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros editores, 29ª edição, 2004.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 7ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador, Juspodivm, 2019.

FILHO, Newton Tavares. **Foro privilegiado – pontos positivos e negativos**. Consultoria Legislativa.

PODER 360. **Fim do foro privilegiado é defendido por 78% dos brasileiros, diz Ibope**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/fim-do-foro-privilegiado-e-defendidopor-78-dos-brasileiros-diz-ibope/>. Acesso em 27 de set. de 2022.

QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. **Um toque de clássicos: marx, durkheim e weber**. 2. ed., rev. e ampl Belo Horizonte, MG: Ed. UFMG, 2002.

SILVA, Eduardo Pereira da. **Prerrogativa de foro no inquérito policial**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3213. Acesso em: 29 de set. de 2022.

STF, **Ação Penal 937**, rel. Ministro Roberto Barroso, j. 03.05.2018.

STF, **ADI 6501, 6502, 6508, 6515, 6516**. Rel. Min. Luis Roberto Barroso, julgado em 23.08.21.

STF, **Questão de Ordem em Inquérito 2.441-2/MT**, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 10.10.2007.

STF, **Questão de Ordem em Inquérito 2.441-2/MT**, rel. Min. Gilmar Mendes.

STF, **Questão de Ordem em Inquérito 2.441-2/MT**, rel. Min. Gilmar Mendes, p.22 – manifestação do Procurador-Geral da República.

VIEIRA, José Ribas; CARVALHO, Camila Luna; ANDRADE SILVA, Mário Cesar. A constituição brasileira está viva? Living Constitution e a atualização da constituição pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas. **REVISTA UFG**. Disponível em <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/49168/27023>. Acesso em: 20 de out. de 2022.