



Revista Brasileira de Ciências Policiais
ISSN: 2178-0013
ISSN: 2318-6917
steniosantos.sss@pf.gov.br
Academia Nacional de Polícia
Brasil

As dificuldades e os prejuízos decorrentes do foro privilegiado para as investigações de combate à corrupção

Damato, Marcos André Araújo

As dificuldades e os prejuízos decorrentes do foro privilegiado para as investigações de combate à corrupção

Revista Brasileira de Ciências Policiais, vol. 13, núm. 9, 2022

Academia Nacional de Polícia, Brasil

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=673470948005>

Os direitos autorais dos trabalhos publicados pela RBCP permanecem com seus autores, os quais concedem exclusividade da primeira publicação, comprometendo-se a não reproduzir o texto, total ou parcialmente, em qualquer meio de divulgação, impresso ou eletrônico, em momento anterior, sem prévia autorização da Comissão Editorial da Revista, exceto nos repositórios digitais certificados de pré-print e pós-print, indicados no sítio oficial do periódico e de acordo com a licença Creative Commons atribuída.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

As dificuldades e os prejuízos decorrentes do foro privilegiado para as investigações de combate à corrupção

The difficulties and losses arising from the privileged forum for anti-corruption investigations

Las dificultades y pérdidas derivadas del foro privilegiado de las investigaciones anticorrupción

Marcos André Araújo Damato

Polícia Federal, Brasil

marcos.maad@pf.gov.br

 <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=8000647313104559>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=673470948005>

Recepción: 16 Noviembre 2020

Aprobación: 27 Mayo 2021

RESUMO:

Este trabalho trata das dificuldades e prejuízos decorrentes do foro privilegiado para as investigações policiais de combate à corrupção. O foro privilegiado consiste na previsão em nossa Constituição Federal de que, em caso de crimes cujos autores (ou possíveis autores) sejam determinadas autoridades públicas, a investigação e ação penal estarão vinculadas a algum tribunal específico e não aos juízes de primeiro grau, como ocorre com os demais investigados e acusados. Inicialmente demonstra-se que o foro privilegiado viola o princípio constitucional da igualdade, pois é um instituto jurídico elitista que visa proteger indevidamente pessoas que ocupam altos cargos, e que as investigações e ações penais vinculadas originariamente a tribunais, em regra, são ineficientes, gerando impunidade. A metodologia utilizada baseia-se no estudo da legislação nacional, jurisprudência, doutrina e nas experiências profissionais do autor como Policial Federal atuante no combate à corrupção. Nos capítulos dedicados aos resultados, são apontadas dificuldades e prejuízos às investigações de combate à corrupção decorrentes do foro privilegiado, relacionados a: 1) distância entre o local dos crimes e a sede do tribunal competente; 2) reduzida quantidade de desembargadores e ministros de tribunais; 3) dificuldades relacionadas ao início de investigações; 4) investigações de membros do Judiciário e do Ministério Público como atribuição das próprias instituições; 5) forma de escolha de desembargadores e ministros de tribunais vinculando-os ao Presidente da República; 6) declínios de competência durante a tramitação de inquéritos e ações penais. Conclui-se que é necessária a revogação do foro privilegiado por meio de emenda constitucional, a fim de que todas as pessoas sejam julgadas da mesma forma em nosso País, e que a impunidade, inclusive dos crimes de corrupção, seja reduzida.

PALAVRAS-CHAVE: foro privilegiado, poder judiciário, inquérito policial, investigação criminal, corrupção.

ABSTRACT:

This work deals with the difficulties and losses resulting from the privileged forum in police investigations to combat corruption. The privileged forum is the provision in Brazil's Federal Constitution that, in the case of crimes whose perpetrators (or possible perpetrators) are certain public authorities, the investigation and prosecution will be assigned to a specific court and not to first level judges, as is the case with the all other investigated and accused perpetrators. Initially, it is shown that the privileged forum violates the constitutional principle of equality, as it is an elitist legal institute that seeks to unduly protect people in high positions, and that investigations and criminal actions originally attributed to courts are usually inefficient, leading to impunity. The methodology used is based on the study of Brazilian legislation, jurisprudence, doctrine and on the author's professional experience as a Federal Police officer, active in the fight against corruption. In the chapters dedicated to the results, the difficulties and losses arising from the privileged forum are pointed out in investigations to battle corruption, which are related to 1) The distance between the crime scene and the seat of the competent court; 2) The reduced number of judges and court ministers; 3) Difficulties related to the beginning of investigations; 4) Investigations of members of the Judiciary and the Public Prosecutor's Office as a prerogative of the members' institution; 5) The way of choosing judges and court ministers, linking them to the President of the Republic; 6) Declines in jurisdiction during the course of investigations and prosecutions. The conclusion is that

NOTAS DE AUTOR

marcos.maad@pf.gov.br

it is necessary to revoke the privileged forum by means of a constitutional amendment, so that all people are judged in the same way in our country, and that impunity, including that of corruption-related crimes, is reduced.

KEYWORDS: privileged forum, Judicial power, police investigation, criminal investigation, corruption.

RESUMEN:

Este trabajo trata sobre las dificultades y pérdidas derivadas del foro privilegiado de las investigaciones policiales para combatir la corrupción. El fuero privilegiado consiste en lo dispuesto en nuestra Constitución Federal que, tratándose de delitos cuyos autores (o posibles autores) sean autoridades públicas determinadas, la investigación y persecución penal estará vinculada a un tribunal específico y no a los jueces de primer grado, como con los demás investigados y acusados. Inicialmente, se muestra que el fuero privilegiado viola el principio constitucional de igualdad, por ser un instituto jurídico elitista que pretende proteger indebidamente a las personas que ocupan altos cargos, y que las investigaciones y procesos penales originalmente vinculados a los tribunales, por regla general, son ineficaces, generando impunidad. La metodología utilizada se basa en el estudio de la legislación nacional, la jurisprudencia, la doctrina y en las experiencias profesionales del autor como Policía Federal activo en la lucha contra la corrupción. En los capítulos dedicados a los resultados, se señalan las dificultades y pérdidas de las investigaciones anticorrupción derivadas del fuero privilegiado, relacionadas con: 1) distancia entre la escena del crimen y la sede del tribunal competente; 2) reducción del número de jueces y ministros de justicia; 3) dificultades relacionadas con el inicio de investigaciones; 4) investigaciones a miembros del poder judicial y del ministerio público en función de las propias instituciones; 5) la forma de elegir a los jueces y ministros de justicia, vinculándolos al presidente de la república; 6) decadencia de competencia durante la tramitación de investigaciones y procesos penales. Se concluye que es necesario revocar el fuero privilegiado mediante una reforma constitucional, para que todas las personas sean juzgadas de la misma manera en nuestro país, y se reduzca la impunidad, incluso por delitos de corrupción.

PALABRAS CLAVE: foro privilegiado, Poder Judicial, investigación policial, investigación criminal, corrupción.

1. INTRODUÇÃO

O foro privilegiado, também denominado foro por prerrogativa de função, está previsto em diversas normas da Constituição Federal de 1988 (v. g. Art. 102, I, b; 105, I, a; 108, I, a), dispondo que, em casos de crimes cujos autores (ou possíveis autores) sejam determinadas autoridades públicas, a investigação e ação penal estarão vinculadas a algum tribunal específico e não aos juízes de primeiro grau, como ocorre com os demais investigados e acusados. Tais autoridades são, por exemplo: o Presidente da República, ministros de estado, governadores, prefeitos, deputados federais, senadores, juízes de direito, desembargadores, ministros de tribunais, membros do Ministério Público, conselheiros de tribunais de contas e outros, totalizando aproximadamente 55 mil autoridades públicas no Brasil[1].

Verifica-se, portanto, que embora o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, preveja que “todos são iguais perante a lei”, ela própria prevê tratamento diferenciado de julgamento entre determinadas autoridades e os demais cidadãos.

Como observado por Celso Antônio Bandeira de Mello, 2004:

Demais disso, para desate do problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. ...

São de Hans Kelsen as seguintes considerações:

“A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas ... seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.” ...

Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada. (MELLO, 2004, p. 10, 11 e 39).

Portanto, sintetizando ainda mais a conclusão de Celso Antônio Bandeira de Mello, o tratamento desigual pelas normas jurídicas só pode ser aceito se houver necessidade para tanto, como por exemplo ocorre com as

vagas preferenciais e próximas às entradas em estacionamentos para pessoas especiais e idosos, os quais têm mais dificuldade para se deslocar.

Considerando que o foro privilegiado foi previsto no texto original da Constituição Federal de 1988, não há que se questionar sua constitucionalidade frente ao princípio da igualdade, contudo é relevante verificar a compatibilidade entre tais institutos de forma que, caso haja violação a tal princípio, teremos uma ilegitimidade do foro privilegiado, justificando sua revogação por meio de emenda constitucional.

Um estudo realizado por equipe da Fundação Getúlio Vargas levantou os números relacionados aos inquéritos e ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal. Conforme tal estudo (FALCÃO et al., 2017, p. 21, 22, 58 e 61):

- quanto à média, em dias, até o trânsito em julgado das ações penais no Supremo Tribunal Federal, em 2016, a tramitação média durava 1.377 dias;
- quanto às ações penais, entre 2011 e março de 2016, 63,6% das decisões foram de declínio de competência, significando a impossibilidade de o Supremo analisar o mérito da acusação. Em 4,7% das decisões isso também ocorreu, mas por motivo de prescrição; 17,6% das decisões são de absolvição, enquanto apenas 0,7% das decisões são de condenação ou condenação parcial. Isso significa que há cerca de 25 vezes mais decisões favoráveis à defesa do que decisões favoráveis à acusação;
- quanto aos inquéritos, entre 2012 e 2016, em levantamento abrangendo todas as decisões, no total de 991, a parcela mais significativa foi a de não recebimento de denúncia ou arquivamentos (46%). Verificou-se uma grande quantidade de decisões sob sigilo de justiça (13%). O total de decisões de recebimento da denúncia foi de 5%. As decisões de declínio de competência totalizaram 23%. A declaração de prescrição corresponde a 2,5% das decisões. Cerca de 8% das decisões correspondem a recursos internos.

A análise destes números, ainda segundo o estudo da FGV, mostra que:

...o Supremo Tribunal Federal, quando atua como corte originária com relação aos crimes cometidos por agentes com foro especial por prerrogativa de função (foro privilegiado), normalmente não consegue analisar o mérito das investigações ou acusações apresentadas pela PGR.

Além disso – e talvez exista uma relação, a morosidade fica caracterizada em várias fases. O prazo de publicação de acórdão não costuma ser respeitado pelo Supremo. O tempo entre a autuação e o trânsito em julgado está aumentando nas ações penais. O tempo entre a primeira decisão colegiada e o trânsito também está aumentando.

...

Os dados desse levantamento mostram em detalhes as características do desperdício no processamento do foro privilegiado no Supremo, especialmente o efeito das mudanças de competência constantes com a perda ou mudança de mandatos e cargos públicos, o que gera, segundo o Ministro Barroso, uma ‘disfuncionalidade prática’ do instituto. Apenas 5,94% das ações penais começam e terminam no Supremo. Muito além do Supremo, da PGR e mesmo das partes, o sistema claramente precisa ser revisto. Quando o Direito processual é contra a produção de justiça, o Estado Democrático de Direito perde. (FALCÃO et al., 2017, p. 82 e 83).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso apresenta as seguintes conclusões e constatações sobre o foro privilegiado:

O foro por prerrogativa de função, apelidado de foro privilegiado, é um mal para o Supremo Tribunal Federal e para o país. É preciso acabar com ele ou reservá-lo a um número mínimo de autoridades, como os chefes de Poder. Há três ordens de razões que justificam sua eliminação ou redução drástica:

Razões filosóficas: trata-se de uma reminiscência aristocrática, não republicana, que dá privilégio a alguns, sem um fundamento razoável;

Razões estruturais: Cortes constitucionais, como o STF, não foram concebidas para funcionarem como júris criminais de 1º grau, nem têm estrutura para isso. O julgamento da AP 470 ocupou o tribunal por um ano e meio, em 69 sessões;

Razões de justiça: o foro por prerrogativa é causa frequente de impunidade, porque é demorado e permite a manipulação da jurisdição do Tribunal. Exemplo: um governador de Estado está sob investigação. O foro competente para julgá-lo é o Superior Tribunal de Justiça. No curso da investigação, ele se desincompatibiliza para candidatar-se a deputado federal. Como não é mais governador, o inquérito baixa para a 1ª instância. Se ele se elege deputado, a competência sobe para o STF. Dois anos depois, ele se afasta para se candidatar a prefeito e a competência deixa de ser do STF. No limite, às vésperas do julgamento pelo STF, ele renuncia. Aí, a competência volta para o 1º grau. O sistema é feito para não funcionar.

Alguns dados estatísticos sobre o foro privilegiado (os dados foram fornecidos pela Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal):

- (i) tramitam no STF, atualmente, 369 inquéritos e 102 ações penais contra parlamentares;
- (ii) o prazo médio para recebimento de uma denúncia pelo STF é de 617 dias (um juiz de 1º grau recebe, como regra, em menos de uma semana, porque o procedimento é muito mais simples). No caso específico da denúncia contra o presidente da Câmara dos Deputados, único investigado da "lava jato" cuja competência é do Plenário, as datas foram as seguintes: denúncia apresentada em 20.08.2015 e aditada em 14.10.2015. Foi recebida em 3.03.2016. Se contarmos da data do aditamento, passaram-se cerca de seis meses; e
- (iii) desde que o STF começou a julgar efetivamente ações penais (a partir da EC 35/2001, que deixou de condicionar ações contra parlamentares à autorização da casa legislativa), já ocorreram 59 casos de prescrição, entre inquéritos e ações penais (BARROSO, 2016).

Tanto o estudo da FGV como o artigo do Ministro Luís Roberto Barroso demonstram que, em regra, há extrema ineficiência do Supremo Tribunal Federal nos inquéritos e ações penais decorrentes das regras de foro privilegiado, indicando que não cumpre seu papel de fazer justiça, pois gera impunidade.

Embora a ineficiência seja a regra, é preciso ressaltar que há investigações realizadas adequadamente junto aos tribunais, nas quais os ministros, desembargadores e seus auxiliares se esforçam para que tenham o máximo de qualidade.

Contudo, diante das dificuldades que serão tratadas, dos potenciais prejuízos e da falta de justificativa para sua existência, entendemos que o fim do foro privilegiado é necessário.

Ao nos referirmos à corrupção, o fazemos em sentido amplo, ou seja, não apenas ao crime específico[2], mas aos crimes em geral cometidos contra o erário, como peculato, fraudes em licitações, lavagem de dinheiro deles decorrentes, etc.

Além da legislação, jurisprudência e doutrina, este artigo se baseia em nossas experiências profissionais como Policial Federal atuante no combate à corrupção.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Mesmo diante de motivo prático para a revogação do foro privilegiado (ineficiência), é preciso analisar quais seriam as justificativas da necessidade de tal instituto.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, o foro privilegiado é necessário para evitar pressões de autoridades sobre órgãos jurisdicionais inferiores e a subversão da hierarquia (em seu entender as autoridades com foro privilegiado teriam algum tipo de superioridade hierárquica sobre os juízes de primeiro grau):

É verdade que a Lei Maior, no art. 5º, caput, estabelece que 'todos são iguais perante a lei'. Sendo como efetivamente são, esse direito concedido a tais pessoas não conflitaria com referida igualdade? Obviamente não. Não se trata (conforme dissemos) de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, p. ex., a subversão de hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores.

...

Não se conceberia que o Presidente da República, o Chefe Supremo da Nação, que ocupa o mais alto cargo existente em nossa Pátria, caso viesse a cometer infração penal, fosse processado e julgado por um Juiz de Direito.

Não se conceberia que um Desembargador, p. ex., pudesse ser processado e julgado por um Juiz de Direito. Primeiro, em face da subversão da hierarquia – o Desembargador faz parte de um órgão superior que reexamina as decisões dos Juízes de Direito, que toma parte ativa nas suas promoções e, enfim, integra um órgão que exerce fiscalização sobre a conduta dos Magistrados. Segundo, para preservar a própria Justiça, evitando, assim, a possibilidade de um Juiz propender 'por su modesta jerarquia, a congraciarse com el superior'. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 315 e 317).

Em seu voto, na Questão de Ordem na Ação Penal n.º 937, julgada em 03/05/2018 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes expôs um histórico sobre a justificativa para o foro privilegiado na visão do STF[3]:

Quanto à compatibilidade da interpretação com a Constituição, o STF compreendia a prerrogativa de foro como uma forma de assegurar um julgamento justo e livre de influências políticas. É conhecida a afirmação de Victor Nunes Leal de que a prerrogativa de foro é uma "garantia contra e a favor do acusado", sendo presumível que "os tribunais de maior categoria

tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele” (Rcl 473, RTJ 22/50). ...

Mais recentemente, afirmou-se que a “jurisdição especial” tem como “matriz o interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam” certos cargos públicos “possam exercê-los em sua plenitude, com alto grau de autonomia e independência, a partir da convicção de que seus atos, se eventualmente questionados, serão julgados de forma imparcial” (ADI 2.587, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgada em 1º.12.2004).

Portanto, sempre se viu um aspecto dúplice na prerrogativa de foro. Por um lado, seria uma garantia do ocupante da função pública contra perseguições penais frívolas. Por outro lado, uma garantia da própria jurisdição contra pressões externas.

Uma confluência de fatores redundou em desarrumação desse sistema, que tornou o foro privilegiado insustentável, do ponto de vista prático. A Emenda Constitucional 35/2001 modificou o art. 53 da Constituição, dispensando autorização para processo dos parlamentares, a grande clientela da prerrogativa de foro no STF. Paralelamente, as perseguições penais contra autoridades se multiplicaram, tendo em vista uma série de novos delitos e de novos meios de prova que permitiram revelar crimes praticados por membros das classes políticas.

Essa nova realidade assoberbou os tribunais. O julgamento do Mensalão paralisou o STF por meses. Somente o julgamento da ação penal tomou 53 (cinquenta e três) sessões, ao longo de quatro meses e meio. No total, foram 69 (sessenta e nove) sessões de julgamento.

Por outro lado, Guilherme de Souza Nucci^[4] demonstra que tal fundamentação não tem respaldo em nosso ordenamento jurídico, pois os juízes de primeiro grau têm garantias para atuar de forma imparcial e independente de qualquer tipo de pressão de quem quer que seja, permitindo que decidam com base em seu próprio convencimento, até mesmo se os investigados ou acusados forem desembargadores do tribunal ao qual estão vinculados, deixando claro que o foro privilegiado configura uma vantagem elitista, indevidamente prevista em nossa Constituição Federal, que favorece a impunidade e estimula crimes, tais como a corrupção:

A doutrina, de maneira geral, justifica a existência do foro privilegiado como maneira de dar especial relevo ao cargo ocupado pelo agente do delito e jamais pensando em estabelecer desigualdades entre os cidadãos. Entretanto, não estamos convencidos disso. Se todos são iguais perante a lei, seria preciso uma particular e relevante razão para afastar o criminoso do seu juiz natural, entendido este como o competente para julgar todos os casos semelhantes ao que foi praticado.

Não vemos motivo suficiente para que o Prefeito seja julgado na Capital do Estado, nem para que o juiz somente possa sê-lo pelo Tribunal de Justiça ou o desembargador pelo Superior Tribunal de Justiça e assim por diante. Se à Justiça Cível todos prestam contas igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a Justiça Criminal. O fato de se dizer que não teria cabimento um juiz de primeiro grau julgar um Ministro de Estado que cometa um delito, pois seria uma ‘subversão de hierarquia’ não é convincente, visto que os magistrados são todos independentes e, no exercício de suas funções jurisdicionais, não se submetem a ninguém, nem há hierarquia para controlar o mérito de suas decisões. Logo, julgar um Ministro de Estado ou um cidadão qualquer exige do juiz a mesma imparcialidade e dedicação, devendo-se clamar pelo mesmo foro, levando em conta o lugar do crime e não a função do réu.

... Quanto à pretensa proteção que se busca, não vemos base para tanto. O juiz de 2º grau está tão exposto quanto o de 1º grau em julgamentos dominados pela política ou pela mídia. Por outro lado, caso o magistrado de 1º grau, julgando um Governador, por exemplo, sofresse algum tipo de pressão, poderia denunciar o caso, o que somente seria prejudicial a quem buscou influenciar o julgador. E mais, caso deixe-se levar pela pressão e decida erroneamente, existe o recurso para sanar qualquer injustiça.

Enfim, a autoridade julgada pelo magistrado de 1º grau sempre pode recorrer, havendo ou não equívoco na decisão, motivo pelo qual é incompreensível que o foro privilegiado mantenha-se no Brasil. Por que não haveria sentido, como muitos afirmam, que um juiz julgasse um Ministro do Supremo Tribunal Federal? Não está julgando o cargo, mas sim a pessoa que cometeu um delito. Garantir que haja o foro especial é conduzir justamente o julgamento para o contexto do cargo e não do autor da infração penal. Por acaso teria o Judiciário maior zelo para condenar um Presidente da República do que um brasileiro comum? Pensamos que jamais deveria agir com tal postura discriminatória, o que justifica deverem todos ser julgados pelo magistrado do lugar da infração ou do domicílio do réu, excetuados apenas os casos de matérias específicas.

Nesse prisma, sustenta MARCELO SEMER que ‘o foro privilegiado para julgamentos criminais de autoridades é outra desigualdade que ainda permanece. Reproduzimos, com pequenas variações, a regra antiga de que fidalgos de grandes estados e poder somente seriam presos por mandados especiais do Rei. É um típico caso em que se outorga maior valor à noção de autoridade do que ao princípio da isonomia, com a diferença de que hoje a igualdade é um dos pilares da Constituição. (...) Competência processual não se deve medir por uma ótica militar ou por estrato social. Autoridades que cometem crimes devem ser julgadas como quaisquer pessoas, pois deixam de se revestir do cargo quando praticam atos irregulares. (...) O foro privilegiado, tal qual a prisão especial, é herança de uma legislação elitista, que muito se compatibilizou com regimes baseados na força e no prestígio da autoridade’ (A síndrome dos desiguais, p. 11-12). (NUCCI, 2016, p. 227 a 229).

Portanto, constata-se que na verdade o foro privilegiado é um instituto jurídico elitista que visa proteger indevidamente pessoas que ocupam altos cargos. Tanto é assim que, do ponto de vista cível, salvo poucas exceções[5], os atos praticados por essas autoridades são impugnados na Justiça de primeiro grau, como é o caso de uma ação civil pública ou ação popular que esteja impugnando um contrato da mais alta relevância para o País, celebrado pelo Presidente da República. Tal exemplo mostra que o foro privilegiado foi criado para proteger pessoas que detêm considerável parcela de poder estatal de sofrerem medidas criminais, como de serem investigadas pela polícia e de serem presas, pois os atos praticados pela mesma autoridade serão impugnados no cível sem foro privilegiado, podendo uma licitação bilionária homologada pelo Presidente da República ser anulada por decisão de juiz de primeiro grau.

Estudo técnico realizado em 2016 pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados analisou o foro privilegiado em outros países:

Nos Estados Unidos, as ações que tenham por parte embaixadores, outros ministros e cônsules, e aquelas em que se achar envolvido um Estado, têm foro originário perante a Suprema Corte (Constituição americana, Art. III, Seção 2). O impeachment do Presidente e Vice-Presidente da República, assim como de todos os agentes públicos civis dos Estados Unidos, é julgado pelo Senado americano, mediante admissão da acusação pela Câmara dos Representantes (Art. I, Seções 2 e 3; Art. II, Seção 4). ...

Na França, a Constituição de 1958 dá ao Parlamento, convertido em Alta Corte, a competência de destituir o Presidente da República, em caso de descumprimento de seus deveres manifestamente incompatível com o exercício de seu mandato (art. 68). No exercício do mesmo, o Presidente da República não está sujeito a ação, ato de instrução ou ato persecutório perante nenhuma jurisdição ou autoridade administrativa francesa (art. 67). ...

Na Alemanha, o art. 61 da Constituição de 1949 outorga à Corte Constitucional a competência para julgar o impeachment do Presidente federal, em caso de deliberada violação da Lei Fundamental ou de qualquer outra lei federal alemã, mediante moção do Bundestag e do Bundesrat. ...

Vê-se, portanto, que a lógica que preside a atribuição de um foro especial por prerrogativa de função é semelhante em todos os países: o reconhecimento da especial relevância de uma função exercida por uma autoridade pública, e a designação de um órgão mais elevado na hierarquia institucional do Estado para processá-lo e julgá-lo. Na prática, entretanto, essa lógica levou às mais diferentes configurações concretas, não existindo uma sistemática homogênea – cada país escolheu um sistema que lhe é peculiar. Nenhum país estudado, entretanto, previu tantas hipóteses de foro privilegiado como a Constituição brasileira de 1988. (TAVARES FILHO, 2016, p. 9 a 13).

Portanto, países desenvolvidos restringem o foro privilegiado, enquanto no Brasil, ele é bastante amplo. A extinção ou restrição do foro privilegiado é objeto de propostas de emenda à Constituição Federal:

Existem na Câmara dos Deputados, atualmente, pelo menos 14 propostas de alteração das regras do foro privilegiado. As alterações vão desde abolir o foro a saídas menos arrojadas, como reter no Supremo a competência para decidir sobre a denúncia, passando a competência para a primeira instância caso o processo seja instaurado. Existem também propostas que afastam o foro no caso de crime que não esteja relacionado ao exercício da função – uma delas inclusive pronta para votação pelo plenário da Câmara. Dentre as Propostas de Emenda à Constituição (PEC) no Senado, a que está em estágio mais avançado também extingue o foro no Supremo para crimes comuns. (FALCÃO et al., 2017, p. 14).

O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello já se pronunciou a favor da extinção do foro privilegiado:

O Ministro Celso de Mello, a seu turno, manifestou-se a favor da ‘supressão pura e simples de todas as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal. Mas, para efeito de debate, poderia até concordar com a subsistência de foro em favor do presidente da República, nos casos em que ele pode ser responsabilizado penalmente, e dos presidentes do Senado, da Câmara e do Supremo. E a ninguém mais. Eu sinto que todas as autoridades públicas hão de ser submetidas a julgamento, nas causas penais, perante os magistrados de primeiro grau. Ao contrário do STF, que é um tribunal com 11 juízes, você tem um número muito elevado de varas criminais [na primeira instância], e pelo Estado inteiro. Com essa pluralização, a agilidade de inquéritos policiais, dos procedimentos penais é muito maior. Acho importante nós considerarmos a nossa experiência histórica. Entre 25 de março de 1824, data da primeira carta política do Brasil, e 30 de outubro de 1969, quando foi imposta uma nova carta pelo triunvirato militar, pela ditadura, portanto um período de 145 anos, os deputados e os senadores não tiveram prerrogativa de foro. Mas nem por isso foram menos independentes ou perderam a sua liberdade para legislar até mesmo contra o sistema em vigor. A Constituição de 1988, pretendendo

ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática, porque ampliou de modo excessivo as hipóteses de competência penal originária'. Folha de São Paulo. 'Ministro do STF defende fim do foro privilegiado'. 26/02/2012, Caderno especial 'Transparência', p. 8. (TAVARES FILHO, 2016, p. 17 e 18).

Constata-se, portanto, que não há necessidade do foro privilegiado, devendo todos, em respeito ao princípio da igualdade, serem investigados e julgados perante a justiça de 1º grau.

Mais um argumento que, a nosso ver, demonstra a total desnecessidade do foro privilegiado é o julgamento da Ação Penal n.º 937 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 03/05/2018, que limitou o foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Isso porque, se o Supremo determinou que há crimes em que a autoridade com foro privilegiado será julgada pelo juiz de primeiro grau, é porque não há necessidade de ser julgada por um tribunal. Se pode ser julgada por um juiz em alguns crimes, consequentemente, pode ser julgada por ele em qualquer crime.

A diferenciação entre os crimes praticados no cargo e os praticados fora dele foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal para reduzir a quantidade de inquéritos e ações penais originárias junto aos tribunais, pois não há qualquer explicação para que os primeiros sejam julgados por um tribunal e os demais por um juiz de primeiro grau.

3. RESULTADOS

Demonstramos a impunidade gerada pela ineficiência que geralmente ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal nos inquéritos e ações penais decorrentes das regras de foro privilegiado, assim como sua prescindibilidade, por respeito ao princípio da igualdade, justificando a revogação de tal instituto.

Na sequência, trataremos das dificuldades e prejuízos decorrentes do foro privilegiado para os inquéritos e ações penais originárias que tramitam nos tribunais, tratando-se também de justificativa para sua revogação.

3.1 Distância entre o local dos fatos e a sede do tribunal competente

A primeira questão a ser tratada é a distância entre a sede do tribunal e o local dos fatos. É certo que há crimes que ocorrem no mesmo local da sede do tribunal, mas uma grande parte ocorre em outra localidade.

Por exemplo, um crime cometido por um Governador de Estado no exercício de suas funções em sua respectiva capital está submetido, para investigação e julgamento, ao Superior Tribunal de Justiça (Art. 105, I, a, da Constituição Federal).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que, em inquéritos envolvendo autoridade detentora de foro privilegiado, a condução das investigações cabe ao desembargador/ministro relator:

Com efeito, na linha dos precedentes desta Corte, no sentido de que, no exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, b, c/c Lei n.º 8.038/1990, art. 2º), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações (isto é, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis), outra não poderia ser a decisão senão anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado e à míngua de elementos suficientes a embasar a persecução criminal, o próprio arquivamento dos autos. (Trecho de decisão monocrática no Inq 2963 AgR, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em 21/11/2011).

Tal posicionamento do Supremo Tribunal Federal (investigação a cargo do Judiciário) é criticado, pois contraria o sistema acusatório de separação de funções e, também, por ser a legislação (salvo exceções como o caso de investigações contra magistrados e membros do Ministério Público, as quais são conduzidas pela própria instituição à qual pertence o investigado) lacunosa a respeito da condução das investigações, conforme expõe Leonardo Marcondes Machado:

Sabe-se que o foro por prerrogativa de função encontra-se, em geral, estabelecido na ordem constitucional (federal e/ou estadual), inclusive com indicação expressa do tribunal competente para o processo e julgamento do caso penal (por exemplo: artigo 102, I, “b” e “c”; artigo 105, I, “a”; artigo 108, I, “a”; todos da CRFB). Ocorre, entretanto, que inexistente na Constituição qualquer referência à fase de investigação preliminar nessas situações de foro especial. O que, de pronto, suscita alguns questionamentos basilares: a competência originária pela prerrogativa de função se estende à fase de investigação preliminar? Em se aplicando à investigação, implicaria apenas na supervisão externa da investigação ao tribunal competente em vez do juiz de primeiro grau ou teria o condão de transformar o órgão judiciário em investigador direto com a presidência dessa atividade persecutória? Esse é o núcleo das polêmicas em torno da investigação criminal envolvendo imputados com foro especial.

A dificuldade avança porque as leis que instituem normas procedimentais aos casos penais de competência originária dos tribunais pouco tratam da investigação preliminar. Vide as leis 8.038/90 (aplicável no âmbito do STF e STJ) e 8.658/93 (normativa estendida aos TJs e TRFs nas ações penais originárias). Alguma orientação a esse respeito pode ser encontrada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (artigos 230-A – 232), em particular depois das modificações promovidas em 2011, contudo ainda de forma insuficiente. O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (artigos 217–219), por sua vez, é ainda mais lacunoso. Nos tribunais de Justiça, a situação não é diferente. O que há, de fato, é um flagrante vácuo normativo, diante do qual são construídos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais bastante controversos. ...

Por óbvio, esse contexto de juízes (ou ministros) investigadores com posterior competência para julgamento do caso penal coloca em xeque a estrutura processual penal acusatória e a própria ideia de separação das funções como mecanismo de controle do poder no Estado de Direito.

Não são poucas as críticas ao modelo judicial de investigação no Direito brasileiro. Mesmo porque a insistência na legitimidade da autoridade judiciária em relação à fase de investigação preliminar significaria, de certo modo, vinculação ao sistema dos juizados de instrução, o que é vedado pela Constituição Republicana de 1988. (MACHADO, 2018).

Contudo é usual que o desembargador/ministro relator delegue a realização das investigações à polícia:

Aduzem, mais, que o Ministro Relator do inquérito no STJ, exarou decisões no sentido de revogar o segredo de justiça do procedimento, ratificar as provas ilícitamente produzidas em inquéritos, que inicialmente foram instaurados pelo Delegado de Polícia Federal de Governador Valadares/MG e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, bem com delegar o prosseguimento das investigações e a oitiva dos investigados com foro de prerrogativa de função para a autoridade policial. (STF, trecho de decisão monocrática no HC 96928, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 19/10/2010).

No âmbito da Polícia Federal, geralmente as investigações vinculadas ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça são realizadas por equipes policiais em Brasília, contudo, podem também ser distribuídas a equipes lotadas nas circunscrições onde os fatos criminosos ocorreram.

Retomando a situação objeto de exame, ou seja, a distância espacial entre a sede do tribunal competente e o local do crime (como no exemplo de crime cometido por Governador em seu respectivo Estado membro), em regra as investigações serão realizadas em Brasília.

Podem ocorrer também que as investigações sejam realizadas por equipe no próprio local dos fatos, como por exemplo a designação de unidade da Polícia Federal no respectivo Estado membro para realizar as investigações.

Ambas as situações acarretam prejuízos às investigações:

1) Quando as investigações são realizadas por equipe lotada em local diverso do lugar dos fatos, a distância entre os investigadores e o local do crime provocará diversas dificuldades, tais como:

- o investigador conhecer o local e o contexto do crime (p. ex.: para deslocamento ao local do crime, pouco contato com o local, etc.);
- coleta de provas como inquirições (p. ex.: necessidade de inquirições à distância ou por carta precatória) e perícias (p. ex.: necessidade de deslocamento de peritos até o local dos fatos ou contato a distância com peritos locais);
- acompanhar situações flagranciais ou ações controladas (p. ex. acompanhar uma entrega de propina);
- desconhecimento pelo investigador sobre peculiaridades locais e fatos antigos, como *modus operandi* de organizações criminosas locais (p. ex.: formas de lavar dinheiro obtido criminosamente), vínculos entre

investigados/suspeitos, costumes locais que podem ter relação com os crimes e fatos antigos que possam ser relevantes.

2) Quando os investigadores se encontram lotados no local dos fatos, mas o tribunal está em localidade diferente: a maior dificuldade está relacionada a medidas cautelares, tais como interceptações telefônicas/telemáticas, afastamentos de sigilo bancário e fiscal, expedição de mandados de busca e apreensão, decretação de prisões, etc., pois diante da distância entre os investigadores e o desembargador/relator, a comunicação pessoal resta inviabilizada (ou dificultada pela necessidade de deslocamento até a sede do tribunal).

Considerando que investigações de combate à corrupção geralmente dependem de grande quantidade de medidas judiciais, como seguidas interceptações, afastamentos de sigilos, buscas, ações controladas, etc., em investigações complexas, que demandam celeridade, cujas representações geram grande quantidade de páginas para serem expostas adequadamente, a impossibilidade/dificuldade de comunicação verbal pessoal entre os investigadores e o desembargador/ministro relator dificulta severamente o adequado prosseguimento das investigações.

A comunicação verbal com o magistrado é de reconhecida importância pela legislação, tanto que, por exemplo, os julgamentos do Júri são realizados em audiência presencial (Art. 453 do Código de Processo Penal), é reconhecido às partes o direito à sustentação oral em recursos (v. g. Art. 610, parágrafo único, do Código de Processo Penal), e uma boa parte dos julgamentos colegiados dos tribunais é realizada em sessão na qual cada desembargador/ministro apresenta seu voto oralmente, demonstrando a grande relevância de tal espécie de contato para as decisões judiciais.

Conseqüentemente, a distância entre os investigadores e o tribunal é fator de redução da eficiência e celeridade das investigações.

3.2 Reduzida quantidade de desembargadores e ministros de tribunais

Sabemos que a quantidade de juízes de primeiro grau é muito maior do que de desembargadores e ministros de tribunais superiores.

Essa reduzida quantidade de magistrados em tribunais pode refletir na eficiência e celeridade das investigações envolvendo autoridades detentoras de foro privilegiado.

O fato de desembargadores e ministros possuírem uma equipe que lhes presta apoio não é suficiente para afastar o potencial prejuízo às investigações, pois caberá a tais magistrados (que são em número reduzido) deferir ou indeferir cada questão levantada nas investigações.

Além disso, considerando o fato de que a quantidade de juízes é muito maior do que de desembargadores e ministros, conseqüentemente há uma maior concentração de julgamentos relevantes a cargo dos magistrados de tribunais. Assim, os juízes possuem melhores condições de prestar uma maior dedicação a investigações e julgamentos de crimes de alto potencial lesivo vinculados a altas autoridades. Ou seja, como os desembargadores e ministros de tribunais possuem uma maior concentração de processos/procedimentos de alto potencial lesivo, têm menor disponibilidade para uma maior dedicação a investigações e julgamentos relevantes envolvendo altas autoridades.

Conforme já foi citado, investigações de crimes de corrupção geram grande quantidade de demandas ao desembargador/ministro relator, como seguidas interceptações, afastamentos de sigilos, buscas, ações controladas, etc. Destarte, diante de uma menor disponibilidade dele, tais investigações podem perder em eficiência e celeridade.

Na medida em que a quantidade de desembargadores/ministros é reduzida, seus auxiliares ficam responsáveis pela prática de diversas atividades, gerando o distanciamento entre as investigações e o relator que, muitas vezes, não tem contato direto, mas sim conforme os dados que lhe são passados por seus auxiliares. Em que pese tais auxiliares serem pessoas altamente capacitadas, considerando que as decisões cabem ao

magistrado, o citado distanciamento entre ele e as investigações gera a possibilidade de prejuízo à eficiência e celeridade.

3.3 Dificuldades relacionadas ao início das investigações

Em regra, a partir do conhecimento, pela polícia, da ocorrência de crimes, já é possível o imediato início das investigações.

Contudo, quando temos um crime envolvendo foro privilegiado (salvo exceções como o caso de flagrante delito), a polícia não pode dar início às investigações:

Diante do exposto e na linha dos precedentes arrolados, concedo habeas corpus de ofício para determinar o trancamento deste inquérito, seja porque, no exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, “b” c/c Lei no 8.038/1990, art. 2º), a abertura do inquérito não pode ser feita sem requisição do Procurador-Geral da República e controle de relator deste Supremo Tribunal Federal ... (STF, trecho de decisão monocrática no Inq 2963, Relator Min. GILMAR MENDES, julgado em 04/06/2010).

Portanto o início das investigações passa a depender de autorização do tribunal competente, possivelmente retardando seu início, levando em conta inclusive a possível distância entre o local do crime e o tribunal, a reduzida quantidade de desembargadores/ministros etc., podendo inclusive ocorrer a perda de oportunidade de coletas de provas como, por exemplo, não acompanhamento de uma reunião realizada pela organização criminosa que era fundamental para as investigações.

Outro ponto altamente relevante é o de que, conforme já exposto, o foro privilegiado significa uma espécie de diferenciação em favor de determinadas pessoas. Tal tratamento diferenciador pela lei tem potencial de agravar as exigências mínimas para o início das investigações.

Assim, por exemplo, quando a polícia recebe uma comunicação anônima de crime, ou mesmo uma comunicação de origem informada, mas sem dados concretos da materialidade, é possível a realização de diligências buscando a confirmação da veracidade, permitindo a instauração de investigação formal. Já em casos envolvendo foro privilegiado, a previsão legal do foro privilegiado poderá influenciar na decisão do magistrado, ou seja, se a própria lei confere tratamento privilegiado à autoridade, a justa causa para o início das apurações poderá ser enrijecida gerando entendimento de que os atos de uma autoridade não podem ser objeto de diligências investigatórias com base em comunicação anônima ou sem dados concretos mínimos a respeito do suposto crime.

Em resumo, o favorecimento à autoridade previsto na Constituição Federal tem potencial de induzir o magistrado ao entendimento de que tal pessoa não pode ser tratada como cidadão normal e que deve ser mais rígido (como por exemplo exigir elementos concretos da prática de crime) para autorizar o início de investigação em relação à autoridade.

3.4 Investigações de membros do Judiciário e do Ministério Público como atribuição das próprias instituições

Em casos de crimes envolvendo membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, a legislação prevê que, além de deterem foro privilegiado, as investigações ficam a cargo das respectivas instituições:

Art. 33 – Parágrafo único – 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 (Lei Complementar nº 35/1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN).

Art. 41 – Parágrafo único – 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 (Lei nº 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LONMP).

Considerando que tais instituições (salvo o caso de criação de setores especializados em investigações no âmbito dos Ministérios Públicos, como o GAECO – Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado), em regra, não possuem estrutura (como equipamentos para interceptações telefônicas e setores periciais criminais) e capacitação de seus quadros para a realização de investigações, trata-se de determinações legais injustificadas. Configuram formas de privilégio que contrariam o princípio da igualdade, na medida em que, ao serem investigados por seus próprios colegas de trabalho, corre-se risco de receberem proteção para que as investigações não demonstrem os crimes ocorridos[6].

Uma situação ainda mais grave é o caso de crime imputado a Ministro do Supremo Tribunal Federal, pois a investigação ficará a cargo de um Ministro do próprio Supremo (Art. 102, I, b, da Constituição Federal). Ou seja, um Ministro investigará um outro com o qual mantém, no mínimo, constante relação de trabalho. Nesse caso, considerando os vínculos profissionais e/ou pessoais entre investigado e investigador, as chances de que as apurações nem mesmo se iniciem ou que não sejam realizadas de forma adequada são muito altas.

Portanto, em resumo, deixar a cargo do próprio Poder Judiciário e do Ministério Público a realização de investigações criminais que envolvam seus membros:

- viola o princípio da igualdade por falta de justificativa para tal diferenciação;
- trata-se de órgãos que, em regra, não possuem estrutura nem capacitação para tal atividade, gerando alto risco de ineficiência;
- a presidência de investigações por colegas de trabalho poderá resultar em proteção indevida.

Durante o julgamento da Ação Penal n.º 937, no qual o Supremo Tribunal Federal restringiu o foro privilegiado a crimes cometidos no exercício do mandato do parlamentar, o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se pela inconstitucionalidade de diferenciações estabelecidas para membros das carreiras jurídicas (Questão de Ordem na AP 937, julgamento em 03/05/2018 - fls. 1179 e 1180 dos autos):

Por fim, há privilégios processuais que são específicos das carreiras jurídicas e que não sobrevivem à onda da igualdade formal.

A Lei Orgânica da Magistratura confere várias prerrogativas na investigação e no processo penal. Os magistrados (i) são investigados não pela polícia, mas pelo Tribunal competente para o processo (art. 33, parágrafo único, Lei Complementar 35/79); (ii) só podem ser presos em flagrante de crime inafiançável ou por ordem do Tribunal (art. 33, II); e (iii) são recolhidos a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeitos a prisão antes do julgamento final (art. 33, III).

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei Orgânica do Ministério Público da União são ainda mais generosas. A legislação prevê que, surgindo indícios contra membro do Ministério Público, o inquérito será remetido ao Procurador-Geral do respectivo ramo ministerial, que o conduzirá (art. 41, parágrafo único, Lei Orgânica Nacional), ou designará membro para fazê-lo (art. 18, parágrafo único, da Lei Orgânica do MPU).

O membro do Ministério Público não pode ser indiciado (art. 41, II, da Lei Orgânica Nacional; art. 18, II, “f”, da Lei Orgânica do MPU). A prisão em flagrante só pode ocorrer em crime inafiançável, devendo ser comunicada ao Procurador-Geral do respectivo ramo (art. 40, III, Lei Orgânica Nacional, art. 18, “f”, Lei Orgânica do MPU). A prisão preventiva pode ser decretada por ordem escrita do Tribunal competente para a ação penal. Em qualquer caso de prisão processual, o membro é recolhido em “prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior” (art. 40, V, da Lei Orgânica Nacional) ou “prisão especial ou à sala especial de Estado Maior, com direito a privacidade” (art. 18, II, “e”, da Lei Orgânica Nacional).

Dessa forma, caso acolhida a questão de ordem, proponho a pronúncia da inconstitucionalidade de todas essas prerrogativas e inviolabilidades.

3.5 A forma de escolha de desembargadores e ministros de tribunais vinculando-os ao presidente da república

A Constituição Federal prevê o seguinte em relação à escolha de desembargadores dos Tribunais Regionais Federais e ministros do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação. ...

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. ...

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94. ...

Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira;

II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antigüidade e merecimento, alternadamente.

Verifica-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais sofrem influência muito forte do Presidente da República, na medida em que ele possui uma ampla liberdade de escolha de seus membros principalmente em relação aos dois primeiros.

Considerando que o Poder Judiciário detém uma significativa parcela do Poder Estatal, a escolha dos membros de tais tribunais poderá ser influenciada por critérios pessoais do Presidente da República, como a afinidade, resultando em redução da independência entre os poderes.

Se por um lado haverá ministros e desembargadores que atuarão de forma justa, outros poderão preferir atuar em favor dos interesses de políticos que os colocaram no cargo, gerando favorecimentos indevidos a autoridades investigadas e processadas.

Destarte, a tramitação das investigações e processos criminais perante o juízo de 1º grau prestigia a independência do Poder Judiciário.

3.6 Declínios de competência durante a tramitação de inquéritos e ações penais

O Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que, com o fim do mandato/cargo, cessa também o foro por prerrogativa de função, procedendo-se ao declínio de competência ao juízo de 1º grau:

1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados

após a cessação daquele exercício". 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988 ... a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. ... 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou. (Inq 687 QO, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/1999).

Estudo realizado pela FGV (tratado acima) demonstrou que uma grande parte dos inquéritos e ações penais que tramitaram junto ao Supremo Tribunal Federal tiveram a competência declinada (FALCÃO et al., 2017, p. 58 e 61): quanto aos inquéritos, entre 2012 e 2016, as decisões de tal espécie totalizaram 23% e, quanto às ações penais entre 2011 e março de 2016, 63,6% das decisões foram de declínio.

Tais deslocamentos de competência dos tribunais para a Justiça de 1º grau provocam perda de tempo considerável na tramitação dos inquéritos e processos criminais, porquanto os trâmites burocráticos envolvidos e a necessidade de que outro magistrado e seus assistentes tomem conhecimento dos autos demandará tempo significativo, atrasando seu prosseguimento.

Da mesma forma, em caso de investigação em andamento perante a Justiça de 1º grau na qual são obtidos elementos concretos do possível envolvimento de autoridade detentora de foro privilegiado, o deslocamento de competência para o respectivo tribunal resultará em perda de tempo considerável, inclusive com risco de perda da oportunidade se, por exemplo, estiver em andamento interceptação telefônica ou telemática que necessite de prorrogação.

Portanto, os declínios de competência decorrentes das regras de foro privilegiado provocam perda da celeridade dos inquéritos e processos criminais, com alto risco de perda da oportunidade de atos de investigação.

4. CONCLUSÕES

Considerando o exposto, podemos concluir que:

1) As regras constitucionais de foro privilegiado violam o princípio da igualdade, na medida em que não há justificativa para tal diferenciação, de forma que todos os cidadãos, independentemente do cargo que ocupam, deveriam ser julgados da mesma forma.

2) Os inquéritos e processos criminais que tramitam junto a tribunais têm geralmente baixa eficiência e baixa celeridade (tal conclusão se baseia em análise de dados do STF).

3) A tramitação de inquéritos e processos criminais junto a tribunais causa várias dificuldades e prejuízos às investigações de combate à corrupção, resultando em perda de eficiência e de celeridade, tais como:

- Quando o local do crime está distante da sede do tribunal e as investigações são realizadas por equipe lotada em local diverso do lugar dos fatos, a distância entre os investigadores e o local do crime provocará diversas dificuldades, entre elas (i) o investigador conhecer o local e o contexto do crime; (ii) coleta de provas como inquirições e perícias; (iii) acompanhamento de situações flagranciais ou ações controladas; (iv) desconhecimento pelo investigador sobre peculiaridades locais e fatos antigos, como *modus operandi* de organizações criminosas locais, vínculos entre investigados/suspeitos, costumes locais que podem ter relação com os crimes e fatos antigos que podem ter relevância;

- Quando os investigadores se encontram lotados no local dos fatos, mas o tribunal está em localidade diferente: considerando que investigações de combate à corrupção geralmente dependem de grande quantidade de medidas judiciais, como seguidas interceptações, afastamentos de sigilos, buscas, ações controladas etc., em investigações complexas, que demandam celeridade, cujas representações geram grande quantidade de páginas para serem expostas adequadamente, a impossibilidade/dificuldade de comunicação

verbal pessoal entre os investigadores e o desembargador/ministro relator dificulta severamente o adequado prosseguimento das investigações.

- A reduzida quantidade de magistrados em tribunais pode refletir na eficiência e celeridade das investigações envolvendo autoridades detentoras de foro privilegiado.

- Por serem menos numerosos do que os juízes de 1º grau, os desembargadores e ministros de tribunais possuem uma maior concentração de processos/procedimentos de alto potencial lesivo e, conseqüentemente, têm menor disponibilidade para uma maior dedicação a investigações e julgamentos relevantes envolvendo altas autoridades.

- Na medida em que a quantidade de desembargadores/ministros é reduzida, seus auxiliares ficam responsáveis pela prática de diversas atividades, gerando o distanciamento entre as investigações e o relator, que muitas vezes não tem contato direto, mas sim conforme os dados que lhe são passados por seus auxiliares. Em que pese tais auxiliares serem pessoas altamente capacitadas, considerando que as decisões cabem ao magistrado, o citado distanciamento entre ele e as investigações pode gerar prejuízo à eficiência e celeridade.

- Com o foro privilegiado, o início das investigações passa a depender de autorização do tribunal competente, possivelmente retardando seu início, levando em conta inclusive a possível distância entre o local do crime e o tribunal, a reduzida quantidade de desembargadores/ministros etc., podendo inclusive ocorrer a perda de oportunidade de coletas de provas como, por exemplo, não acompanhamento de uma reunião realizada pela organização criminosa que era fundamental para as investigações.

- Como o foro privilegiado significa uma espécie de diferenciação em favor de determinadas pessoas, tal tratamento diferenciador pela lei tem potencial de agravar as exigências mínimas para que o tribunal autorize o início das investigações, gerando arquivamento de notícias crime que poderiam render investigações formais caso não envolvessem autoridade com foro privilegiado.

- Deixar a cargo do próprio Poder Judiciário e do Ministério Público a realização de investigações criminais que envolvam seus membros: viola o princípio da igualdade por falta de justificativa para tal diferenciação. Neste caso trata-se de órgãos que, em regra, não possuem estrutura nem capacitação para tal atividade, gerando alto risco de ineficiência, e a presidência de investigações por colegas de trabalho poderá resultar em proteção indevida.

- Considerando que o Presidente da República possui uma ampla liberdade de escolha dos membros de tribunais, principalmente do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, tal escolha poderá ser influenciada por critérios pessoais de afinidade, resultando em redução da independência do Poder Judiciário, refletindo na possibilidade de favorecimentos indevidos a autoridades investigadas e processadas.

- Considerando a burocracia envolvida nos declínios de competência (tanto do tribunal para o 1º grau, como do 1º grau para tribunais) e o tempo necessário para que o magistrado e sua equipe tomem conhecimento do conteúdo dos autos, tais declínios provocam perda de tempo considerável na tramitação dos inquéritos e processos criminais, inclusive com risco de perda da oportunidade se, por exemplo, estiver em andamento interceptação telefônica ou telemática que necessite de prorrogação.

4) Com base em tais fundamentos, entendemos estar demonstrado que o foro privilegiado foi criado para proteger pessoas que detêm considerável parcela de poder estatal de sofrerem medidas criminais, sendo necessária a revogação de suas regras por meio de emenda constitucional, a fim de que todas as pessoas sejam julgadas da mesma forma em nosso País, e que a impunidade, inclusive dos crimes de corrupção, seja reduzida.

As notícias na imprensa demonstram que muitas investigações são realizadas com eficiência junto aos tribunais, como, por exemplo, diversas deflagrações de operações policiais determinadas por ministros e desembargadores. Contudo, muitas outras são prejudicadas por dificuldades decorrentes do foro privilegiado.

Assim, entendemos que devem ser realizadas perante a Justiça de primeiro grau, seja por falta de justificativa para o foro privilegiado, seja pelas possíveis dificuldades e prejuízos que ele pode gerar.

Finalizando, citamos as lições de Guilherme de Souza Nucci que bem retrata as raízes da corrupção e da impunidade em nosso País, onde os benefícios mútuos indevidos entre poderosos são uma antiga tradição que

perdura nos dias de hoje, com a utilização do Poder Público para atender aos interesses pessoais de poucos, com desprezo ao interesse público:

Ponto relevante é o desprezo pela meritocracia, desde o Brasil-colônia, substituída pela troca de favores e conchavos palacianos, uma vez que o ofício público era considerado como pertencente ao rei. A própria Coroa chegou a vender cargos. Daí se nota o descalabro pelo qual a história brasileira da corrupção passou, registrando, infelizmente até hoje, quase o mesmo sistema. Muitas nomeações políticas a cargos importantes advêm de trocas de favores, subserviência palaciana, esperteza nos relacionamentos as sempre conhecidas amizades de mão dupla. ...

A grande sacrificada pelo volume da corrupção gerada no Brasil é a camada mais pobre. Afinal, o desvio de dinheiro público afeta justamente a infraestrutura indispensável a quem não possui recursos financeiros, tais como alimentação, ensino, saúde, lazer, moradia etc. (NUCCI, 2015, p. 9 a 14).

O fim do foro por prerrogativa de função é medida necessária em proveito do combate à impunidade e, conseqüentemente, à corrupção.

BIOGRAFIA DO AUTOR

Marcos André Araújo Damato

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2003). Atualmente é Delegado de Polícia Federal, Chefe da Delegacia de Repressão a Corrupção e Crimes Financeiros na Superintendência Regional da Polícia Federal no Mato Grosso do Sul.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes. *Revista Consultor Jurídico*. Mai. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-23/roberto-barroso-foro-privilegia-do-acabar-reduzir-impunidade>. Acesso em: 09.02.2020.
- CALEGARI, Luiza. Quem são as 55 mil pessoas que têm foro privilegiado no Brasil. *Exame*, mai. 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/quem-sao-as-55-mil-pessoas-que-tem-foro-privilegiado-no-brasil/>. Acesso em 21.06.2019.
- FALCÃO, Joaquim et al. *V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado*. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 2017. Disponível em <https://diretorio.fgv.br/publicacoes/v-relatorio-supremo-em-numeros-o-foro-privilegiado-e-o-supremo>. Acesso em 08.06.2019.
- MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação de autoridade com foro não pode ser dirigida por juízes ou ministros. *Revista Consultor Jurídico*. jul, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jul-24/academia-policial-investigacao-autoridade-foro-nao-cabe-juizes-ou-ministros#_ftnref4. Acesso em 09.02.2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PONTUAL, Jorge. *Políticos não têm foro privilegiado nos EUA*. G1, 08.12.2009. Disponível em: <http://g1.globo.com/bomdiabrazil/0,MUL1407032-16020,00-POLITICOS+NAO+TEM+FORO+PRIVILEGIADO+NOS+EUA.html>. Acesso em 20.06.2019.
- TAVARES FILHO, Newton. *Foro privilegiado: pontos positivos e negativos*. Câmara dos Deputados, 2016, disponível em https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema6/2016_10290_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos. Acesso em 08.06.2019.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa; *Manual de Processo Penal*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

NOTAS

- [1] CALEGARI, Luiza. Quem são as 55 mil pessoas que têm foro privilegiado no Brasil. Exame, 31 de maio de 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/quem-sao-as-55-mil-pessoas-que-tem-foro-privilegiado-no-brasil/>. Acesso em 21.06.2019.
- [2] Corrupção Passiva - 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. Art. 317 do Código Penal.
- [3] Folhas 1148 e 1149 dos autos, conforme o inteiro teor disponibilizado no site do STF (www.stf.jus.br), acessado em 29/06/2019.
- [4] Conforme a Wikipedia (https://pt.wikipedia.org/wiki/Guilherme_Nucci), Guilherme de Souza Nucci ingressou na magistratura paulista como juiz de direito em 1988 e foi promovido a desembargador do TJSP em 2014. Tratando-se, portanto, de um profundo conhecedor da atuação da justiça de 1º grau.
- [5] Como, por exemplo, mandados de segurança contra atos do Presidente da República são de competência originária do Supremo Tribunal Federal (Art. 102, I, d, da Constituição Federal).
- [6] A realização de investigações por colegas de trabalho é questionada inclusive quando órgãos policiais apuram crimes imputados a policiais. Nesses casos uma solução juridicamente possível é que o Ministério Público assuma a investigação ou a acompanhe de forma próxima.