

1

Introdução

1.1

Objetivo da Dissertação.

O propósito deste estudo é estabelecer uma abordagem acerca do foro por prerrogativa de função no âmbito do sistema constitucional brasileiro e dos principais fundamentos que orientaram a sua difusão. Em observância às exigências inerentes ao estudo, procuramos enfatizar o debate dos aspectos mais importantes que estão associados ao tema, para tanto rejeitando os clichês ou os eventuais preconceitos que pudessem incidir sobre o assunto, notadamente, a qualificação da prerrogativa como sinônimo de privilégio às autoridades políticas.

Na confecção deste trabalho, assim, recorreremos a um exame comparativo de algumas Constituições, cabendo advertir, no entanto, que a obra em questão não tem a pretensão de constituir-se num ensaio de direito comparado.

A técnica comparativa de que se lançou mão aqui, na verdade, serve para demonstrar que o foro por prerrogativa de função no constitucionalismo brasileiro adquiriu feições próprias, ainda que parecido com os sistemas normativos dos países Ibéricos, mas, acentuadamente diferente do padrão elaborado pelas famílias jurídicas que tiveram inspiração na *Common Law* e, inclusive, com o modelo constitucional criado na França após a Revolução Francesa.

Evidente, como será alvo de exposição no curso desta dissertação, a impossibilidade de estabelecimento de qualquer traço comparativo da nossa noção de foro por prerrogativa de função com as outras Constituições analisadas, em razão do nosso contexto cultural, o qual rejeitou os padrões normativos estrangeiros quanto ao assunto.

Consta dos objetivos deste trabalho, obrigatoriamente, a busca de um embasamento histórico, no sentido de possibilitar um olhar específico de

privilégios relacionados às pessoas e às estruturas de poder existentes antes e depois do advento da clássica tripartição das funções do Estado na formulação concebida por MONTESQUIEU.

Ademais, procuramos demarcar que a prerrogativa de foro, tal como a viemos conhecer, teve a sua origem firmada no Iluminismo e sob a égide de uma República igualitária, tendo em vista a conversão dos privilégios em prerrogativas, além de seu ingresso nos sistemas constitucionais liberais que se formaram após a Revolução Francesa e de sua rejeição no sistema de origem inglesa e no constitucionalismo americano.

Ao iniciar a obra, é importante enfatizar que dentre os propósitos desta dissertação não se almeja o estabelecimento de questionamentos oriundos do foro por prerrogativa de função no plano processual, embora se possa recorrer a uma ou outra citação concernente à matéria para o enriquecimento e melhor explicitação de alguns itens.

O estudo está submetido, primordialmente, ao exame do contexto constitucional, animada por uma perspectiva federativa, em que a competência normativa do assunto está constitucionalmente repartida entre duas entidades da federação, sobretudo, no intuito de analisar o exercício da autonomia estadual – *capacidade política de auto-organização* – materializada pelo surgimento das Constituições estaduais após a Constituinte de 1988 e a possível intromissão daquelas sobre o no plano da competência privativa em matéria processual conferida à União.

Por isso mesmo, o limite constitucional das competências da União e dos Estados federados em relação ao tema, necessariamente, foi objeto de balizamento, em virtude do minucioso exame dos diversos acórdãos produzidos no Supremo Tribunal Federal após a Carta Política de 1988.

O processo de escolha dos detentores do foro por prerrogativa de função e a possibilidade da sua preservação após o término do mandato ou do exercício da função pública – *perpetuatio jurisdictionis* – são representativos de uma afirmada

judicialização da política reservada ao assunto, o que nos impulsionou a proceder ao exame jurisprudencial das referidas questões e a uma sucinta reflexão sobre as relações de poder e, sobretudo, para a compreensão dos mecanismos que estimulam a sociedade brasileira, ainda hoje, a sublinhar o foro por prerrogativa de função com a noção de privilégio.

O trabalho pretende, deste modo, percorrer o processo histórico que proporcionou os mecanismos para a transformação do privilégio em prerrogativa de função e esta, a seu turno, num tema suscetível de críticas, as quais, no constitucionalismo brasileiro atual, se orientam pela premência da sua revisão, a extinção em determinadas hipóteses e a manutenção do que é absolutamente necessário.

Enfim, é imperioso que se faça a distinção entre privilégio e o foro por prerrogativa de função.

Mais importante, no entanto, é visualizar o momento em que o foro por prerrogativa se convolou numa forma de proteção pessoal do agente político envolvido com fatos dotados de relevância penal, deixando de servir ao modelo Republicano, onde a garantia se presta a preservação do cargo público.

1.2.

Plano de Exposição e Justificação.

Uma vez estabelecidos os propósitos almejados com o estudo, afigura-se-nos relevante à delimitação das fases históricas que integram a exposição do tema – *foro por prerrogativa de função* – e a sua efetiva justificativa.

A abordagem do privilégio e o seu desenvolvimento serão efetuados no *Capítulo I*, seguindo uma ordem cronológica, no intuito de percorrer os mais diversos períodos da história e os variados sistemas constitucionais que versaram sobre o assunto.

O começo desta exposição fixará a observância do privilégio na fase grega (ateniense), a partir da obra de PLATÃO¹ e, ainda, dos aspectos que se acham presentes na República romana, ou seja, o denominado direito público romano, particularmente, demarcando seu ingresso na denominada esfera pública, no caso, já presente nas estruturas políticas existentes à época, *verbi gratia*, para os detentores da função de julgar.

Com referência à Idade Média, alguns apontamentos serão efetuados para que se demonstre a controvérsia existente entre os monarcas e a comunidade senhorial, no sentido de terem a primazia na nomeação dos julgadores e a concessão de privilégios aos exercentes das altas funções públicas que viessem a ser julgados.

Trouxemos à baila, por isso mesmo, o debate e a substancial controvérsia que se estabeleceram nas relações dos monarcas com a Igreja Católica nos séculos XII e XIII, especialmente, a tentativa de predomínio da jurisdição secular, como se infere das Constituições de Clarendon de 1164² editadas na Inglaterra, baseada na autoridade real, substancialmente idêntica aos julgamentos efetuados pela Igreja, isto é, impregnados de casuísmos³.

É indispensável, porém, a pesquisa do processo de afirmação da lei e o seu papel limitador dos privilégios ocorrido na Idade Medieval, em especial na Inglaterra, em virtude da edição de alguns textos que formam a chamada Constituição Britânica, à medida que “*o princípio da primazia da lei, a afirmação de que todo poder político tem de ser legalmente limitado, é a maior contribuição da Idade Média para a história do Constitucionalismo. Contudo, na Idade Média,*

¹PLATÃO. *As leis, ou da legislação ou Epinomis*. Bauru: EDIPRO – Edições Profissionais Ltda., 1999.

²*Conjunto de normas elaboradas pelo Monarca Inglês Henrique II para desautorizar a jurisdição canônica sobre os ocupantes de altas funções no Reinado e para submeter os membros da Igreja à jurisdição secular.*

³*Ver sobre o tema GIRARD, René. A violência e o sagrado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1998, p. 36 ao salientar que: “Como não representa nenhum grupo particular, e como é apenas ela mesma, a autoridade judiciária não depende de ninguém em particular, estando portanto a serviço de todos, e todos se curvam diante de suas decisões. Somente o sistema judiciário não hesita em golpear frontalmente a violência, pois possui um monopólio absoluto sobre a vingança. Graças a este monopólio, ele consegue, normalmente, abafar a vingança ao invés de exasperá-la, ao invés de alastrá-la e de multiplicá-la, o que este tipo de conduta inevitavelmente provocaria em uma sociedade primitiva.”.*

ele foi um simples princípio, muitas vezes pouco eficaz, porque faltava um instituto legítimo que controlasse, baseando-se no direito, o exercício do poder político e garantisse aos cidadãos o respeito à lei por parte dos órgãos de governo.”⁴.

Pertinente, outrossim, a fixação de pequenas considerações quanto ao regramento dos privilégios no Estado Português, o que demanda uma análise detida das Ordenações Portuguesas, a par da sua influência e aplicação na Justiça do Brasil Colonial.

Concomitante à pesquisa das Ordenações Portuguesas, efetivaremos alguns apontamentos acerca da aplicação do privilégio na coletânea normativa espanhola das *Siete Partidas*, expondo, por conseguinte, as eventuais contradições e semelhanças entre ambas.

Diante do quadro normativo existente na Península Ibérica e da forte presença da Santa Inquisição na Idade Média e Moderna, entendemos conveniente a efetivação de um curto detalhamento quanto às benesses conferidas na sua vigência, a fim de permitir uma abordagem completa do tema.

No período contemporâneo, por conseguinte, vamos nos debruçar sobre as Constituições que desempenharam papel restritivo ao poder real e à nobreza, cuja materialização tomou formas definitivas no século XVIII, durante o ciclo constitucional americano e francês, a despeito do período constitucionalista inglês iniciado com a *Magna Cartha Libertatum* de 1215 e o *Habeas Corpus Act* de 1679.

A limitação ou a rejeição dos privilégios constituídos em favor de determinadas ordens ou classes sociais não pode prescindir de uma análise da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, se considerarmos que “*a lei*

⁴CERQUEIRA, Marcello. *Cartas Constitucionais: Império, República & Autoritarismo: ensaio crítica documentação*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 13.

deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer castigue”⁵ e da Constituição Americana, uma vez que os citados documentos, inspirados pelas proposições Iluministas, de fato contribuíram para a derrocada dos privilégios.

Faz parte do presente trabalho, ademais, uma visão sobre a assimilação dos ideais Iluministas, republicanos e do primado da igualdade no direito espanhol e português com o surgimento das Constituições Liberais Ibéricas de 1812 e 1822, bem como, a influência desencadeada pelas mesmas na elaboração da nossa Constituição do Império de 1824, que, em contrapartida, serviu de matriz à Portuguesa de 1826⁶.

Encerro a construção histórica desta dissertação com o exame descritivo, no particular, das Constituições brasileiras produzidas após a proclamação da República, a fim de que seja possível a compreensão de todo o processo que pontuou o disciplinamento do foro por prerrogativa de função em nosso sistema político e jurídico.

No *Capítulo II*, em posse dos elementos anteriormente expostos, objetivo a análise dos traços comparativos acerca da amplitude ou das limitações quanto à escolha dos agentes públicos detentores do foro por prerrogativa de função nas Constituições vigentes e que fazem parte desta pesquisa, no caso realçando o balizamento de modelos constitucionais pertencentes a sistemas ou famílias jurídicas diferentes.

A intenção, como se espera demonstrar, é a de acentuar as tendências de cada uma delas, descrevendo suas incompatibilidades e as similitudes, com o escopo de viabilizar a apresentação de um conceito e, portanto, a definição da sua natureza jurídica da prerrogativa de função.

Esta análise comparativa ficará circunscrita ao constitucionalismo inglês, americano, português, espanhol, francês e alemão, cujas tendências podem ser

⁵CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. 2ª ed. São Paulo: EDIJUR, 2003, p. 142.

⁶Vide CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, volume 1, 1987, pp. 507-508.

reputadas como similares no seu âmbito, mas antagônicas com a estrutura constitucional conferida no Brasil ao foro por prerrogativa de função.

Quanto ao *Capítulo III*, o mesmo está reservado ao estudo do desenvolvimento do assunto no plano constitucional brasileiro de 1988, o qual será efetuado em três seções.

Impõe-se, primeiramente, a investigação do foro por prerrogativa à luz da competência privativa da União e dos limites traçados aos Estados Federados por força da sua capacidade política de auto-organização (artigo 125, §1º da Constituição de 1988).

As restrições e os critérios para o exercício do foro por prerrogativa de função no plano da autonomia estadual fazem parte dos itens a serem pesquisados, com a finalidade de que se reconheçam as variáveis propiciadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos.

Cabe, portanto, buscar a perfeita distinção entre os limites da competência privativa da União e da autonomia dos Estados-membros, posicionando, as tendências jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, que experimentaram mudanças significativas acerca do tema, em especial:

a) - desde a concessão de uma total amplitude aos autores da Constituição Estadual (artigo 11, *caput*, do ADCT da CF/88), no processo de escolha das autoridades estaduais que receberiam o foro por prerrogativa de função;

b) – pesquisando o conceito de que a delimitação do foro por prerrogativa estadual estaria atrelada a um sistema de total parametricidade, mediante a escolha e a sua concessão aos agentes públicos análogos daqueles indicados na Carta Política de 1988 – uma reprodução condicionada –; e,

c) a explícita restrição quanto à concessão do foro por prerrogativa de função para determinados agentes públicos, levando-se em conta a natureza do ofício ou do *munus* desempenhado.

Procuramos, num segundo momento, discutir a extensão da prerrogativa em relação aos novos cargos públicos federais, o início e término da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal e a inepta tentativa de retorno da *perpetuatio jurisdictionis* com a Lei n.º: 10.628, de 24/12/2002, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida.

Encerraremos o *Capítulo III*, mediante o exame das questões de difícil equacionamento, as quais carecem de disciplinamento pelo legislador brasileiro, no que diz respeito à extensão do foro por prerrogativa de função às demandas relativas à improbidade administrativa (Lei n.º: 8.429, de 02/06/1992).

Os tópicos escolhidos no *Capítulo III*, desta forma, possibilitarão um exame mais dinâmico do foro por prerrogativa de função, tendo em vista o confronto da jurisprudência formulada pelo Supremo Tribunal Federal e outros Tribunais, objetivando traçar uma perspectiva própria ao assunto, considerando os lados reunidos nos Capítulos anteriores.

E, finalmente, procederemos à elaboração das conclusões referente à dissertação, por exemplo, chamando a atenção para a tentativa do Poder Legislativo impor um processo de ampliação da prerrogativa de função às ações de improbidade, a crítica ao modelo adotado nas Constituições Estaduais e o perigo de que as mudanças realizadas pelo Legislativo descaracterizem o instituto, tomando-se como paradigma os padrões republicanos que influenciaram na formação do modelo atual.

1.3

Método

O tema em apreço reclama uma variedade de procedimentos analíticos. Esta abordagem diferenciada, portanto, induz a realização de uma pesquisa composta dos seguintes gêneros: métodos que conduzem a uma incursão histórica, comparativa, teórica e, ainda, análise jurisprudencial concernente ao tema no Brasil.

A investigação histórica é primordial nesta tese e remonta à Antiguidade – civilização grego-romana –, na idade média (Inglaterra), o período iluminista e ao início da vida constitucional americana e europeia, como também às primeiras constituições brasileiras e o comportamento constitucional atual.

A avaliação histórica consistirá numa apreciação crítica do processo histórico, o que demanda uma pesquisa comparativa, no intuito de confrontar os diversos sistemas constitucionais, com isso, permitindo a formulação de quadros de referência e o estudo teórico dos mesmos até o início da vida republicana brasileira, no intuito de permitir a compreensão do tema quanto às suas origens e uma mensuração da realidade social.

O confronto das “famílias de direito” – o sistema romano-germânico e a *common law* – é de extrema relevância para fornecer um critério didático de apoio ao estudo histórico e comparativo, principalmente, no intuito de demonstrar os rumos tomados pelo foro por prerrogativa de função no Constitucionalismo ibérico e os fundamentos da sua rejeição no Constitucionalismo americano e inglês.

Empreendeu-se, ainda, uma pesquisa acerca do foro por prerrogativa de função no constitucionalismo francês e na visão formulada pela *Cour de Justice de la Republique* quanto ao tema (vide nota de rodapé número 217), à medida que a incorporação *privilège de juridiction* ao contexto constitucional para a responsabilização penal dos membros do Governo ocorreu em passado recente, especificamente, no ano de 1993.

Necessário, assim, a obtenção de dados quanto ao pensamento judicial francês relativo ao *privilège de juridiction* na *Cour de Cassation* francesa, cujo discurso de criação da *Cour de Justice de la Republique* em fevereiro de 1994 contribui, realmente, para o conhecimento do foro por prerrogativa na esfera judicial francesa.

O exame da jurisprudência elaborada pelo Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Estaduais pautou o estudo do foro por prerrogativa de função no constitucionalismo brasileiro e, com isso, ajudou no conhecimento da interpretação judicial sobre a instituição da prerrogativa de foro nas ações civis e da sua ampliação na órbita do constitucional brasileira.