



INSTITUTOS DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL



PARECER

INDICAÇÃO Nº: 011/2017

INTERESSADO: Dr. Fernando Drummond

RELATOR: Dr. Emerson Affonso da Costa Moura

*Aprovado
05-07-2017
J. Res. Uru*

EMENTA: Direito Constitucional. Foro de prerrogativa de função. Critérios propostos no julgamento da ação penal nº 937 pelo Supremo Tribunal Federal. Aplicação para crimes cometidos durante e em razão do exercício do cargo. Origem aristocrática como privilégio de classe. Fundamento liberal na proteção do interesse público. Malversação diante do patrimonialismo brasileiro. Necessidade de adequação da prerrogativa com o princípio da igualdade e o princípio republicano. Vinculação ao exercício da função. Possibilidade de interpretação restritiva do artigo 102 da Constituição Federal. Voto pelo encaminhamento ao Congresso Nacional para instrução de proposta de Emenda Constitucional 10 de 2013 que visa extinguir o foro especial por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns.

1. RELATÓRIO

Trata-se de designação feita pelo ilmo consorte Dr. Fernando Drummond acerca de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da AP nº 937 ao qual se pretende restringir a prerrogativa constitucional de foro privilegiado a determinadas autoridades públicas, apenas para casos relacionados a acusações por crimes cometidos durante e em razão do exercício do cargo.

Na proposta sustenta o Ministro Luís Roberto Barroso que há uma disfuncionalidade prática do foro por prerrogativa de função, que sendo uma reminiscência aristocrática que dá privilégios sem fundamentos razoáveis, frustra a realização da justiça com as sucessivas declinações de competência, além de sobrecarregar a corte constitucional com um excesso de processos, que dificulta o julgamento.



**INSTITUTOS DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**



Trata-se, de um típico *hard case* uma vez que não se pode considerar que o tipo constitucional¹ encerra o sentido da norma em uma mera interpretação literal, mas ao revés, buscar o intérprete a partir do papel da hermenêutica constitucional na coerência e unidade que deve ser dada à ordem jurídico-constitucional, um sentido que permita a concretização dos bens e valores essenciais da comunidade.

Neste viés, deve-se indagar qual o *telos* que originou o tipo constitucional, de forma a fazer um cotejo com a realidade social subjacente e os princípios que permeiam o sistema constitucional, de forma a aduzir uma interpretação, que permita extrair a norma do tipo de acordo não apenas com os fins perquirido, mas de forma coerente com o sistema constitucional.

O tema será tratado a seguir.

2. DO MÉRITO

2.1. Da origem aristocrática dos privilégios no Estado Antigo à tentativa de legitimação da prerrogativa de função no Estado Moderno

Embora na língua latina possa-se discernir o vocábulo *privilēgium* enquanto uma lei ou medida tomada em favor de um particular da expressão *praerogativa* tal qual a ação de votar em primeiro lugar dos centúrias romanos², inegável que privilégio e prerrogativa assumem na sua formação uma acepção sinônima, já que constituíam uma vantagem excepcional dada em razão da função³.

¹ BRASIL, Constituição da República Federativa de 05 de Outubro de 1988. "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

² FARIA, Ernesto. **Dicionário Latino-Português**. 3 ed. Brasília: DNE, 1962. p. 796 e p. 785 respectivamente.

³ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 32. "Proclamada a república, o elemento plebeu foi conquistando vantagens e prerrogativas tais, que os Comícios centuriados só por mera formalidade pediam a *autoritas patrum*, de forma que, respeitando a tradição, mas, invertendo a ordem do processo legislativo, a *Lex Publilia*, provavelmente do ano 282 da fundação do Roma, ordenou que a *autoritas patrum* deveria ser outorgada antes do projeto ser submetido ao voto dos Comícios. Com alternativas, de grande e pequeno poder, o Senado foi, pouco a pouco, excluindo o povo das funções legislativas,



**INSTITUTOS DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**



Na antiguidade clássica, tanto na experiência grega quanto romana já se observava a concessão de certos privilégios à determinados cidadãos, que participassem da administração da justiça e do governo⁴, cuja estratificação naquelas sociedades não apenas restringiam determinadas classes ao exercício de certas autonomias, mas a ocupação das tarefas públicas⁵, o que já apontava a natureza eminentemente aristocracia das prerrogativas.

Já na idade média, há a incorporação do modelo antigo com a distribuição das tarefas públicas entre as classes favorecidas, bem como, as prerrogativas atribuídas aos referidos cargos onde se destaca no século XIII, a chamada “Corte dos Pares” que tratava-se de tribunal especial que era constituído somente para o julgamento dos semelhantes⁶ ou “Pares Franciae” onde o senhor aplicava a justiça com assistência dos seus vassalos.⁷

Embora com a ascensão da idade moderna e as revoluções liberais tenha se buscado combater toda sorte de privilégios reais e monárquicos⁸ formam-se os Estados Modernos com um regime liberal na ordem econômica, mas autoritário na ordem política⁹ com a disciplina estatal baseada na noção de poder público ou *puissance publique* que transveste os privilégios estamentais em prerrogativas públicas.

Isto é considerado como uma das profunda contradição advinda do Antigo Regime, a tentativa de proteção e garantia dos direitos do indivíduo, mas com uma sólida tradição de centralização e autoritarismo¹⁰, que se exterioriza com a criação e reforço da autoridade

utilizando-se para isso da interpretado, até chegar a decretar, por si mesmo, regras novas de Direito, que tinham aplicação imediata”

⁴ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga: Estudos sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Editora das Américas S.A., 1961, p. 216 “Restava-lhes o sacerdócio. Heródoto descreve suas prerrogativas: “Se a cidade oferece um sacrifício, eles têm o primeiro lugar no banquete sagrado, onde são servidos por primeiro, recebendo porção dupla. São também os primeiros a fazer a libação, e a pele das vítimas lhes pertence”

⁵ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga...** Op. cit, p. 204 “Até aqui ainda não falamos das classes inferiores, nem tínhamos o que falar, porque se tratava de descrever o organismo primitivo da cidade, e as classes inferiores não tinham importância nenhuma em sua estrutura, A cidade constituía-se como se essas classes não existissem”

⁶ GIORDANI, Mário Curtis. **História do Mundo Feudal**. vol. II. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 279-280.

⁷ GIORDANI, Mário Curtis. **História...** Op. cit. p. 385-386.

⁸ MANFRED, Alfred. **A Grande Revolução Francesa**. São Paulo: Coner, 1995. p. 90-91: “Para despojar a nobreza das suas últimas prerrogativas jurídicas e assegurar a igualdade formal de todos os cidadãos, era preciso abolir a nobreza hereditária e todos os títulos a elas relacionados. Proclamou, então, a Assembléia, em 19 de junho de 1790, um decreto nesse sentido: os títulos nobiliárquicos e uso de braços foram proibidos. Os cidadãos não podiam mais tomar outro nome que não o do chefe da família.”

⁹ RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3 ed. Paris: Dalloz, 1965. p.23

¹⁰ WEIL, Prosper. **Direito Administrativo**. Tradução de Maria da Gloria Ferreira Pinto. Coimbra: Almedia, 1977. p. 23.



INSTITUTOS DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL



pública com privilégios corporativo ou locais¹¹ sob a justificativa de necessidade realização do bem comum ou interesse público¹².

Embora usualmente isto seja assimilado pela literatura jurídica brasileira¹³, não há justificativa específica para considerar que as funções públicas demandem um poder além daquele oriundo da própria sociedade e, portanto, a concessão de prerrogativas ou *potestades* para os seus agentes que se fundamentem na idéia de uma *puissance publique*¹⁴, o que inclusive não ocorre em estados filiados à família Anglo-Saxão.¹⁵

Neste sentido, as chamadas prerrogativas públicas, ao qual se inclui, o foro de prerrogativa por função, são frutos de um contexto histórico e político que não mais se subsiste, de forma que não pode se operar da mesma forma, em um sistema constitucional e democrático atual, onde busca-se a centralidade do cidadão e a promoção e defesa de seus direitos perante o próprio Estado.¹⁶

Porém, considerar que a prerrogativa de função por si só encontra fundamento na realização do bem comum ou do interesse público, seria ignorar a própria realidade das instituições político-administrativas brasileiras onde persiste a utilização do *munus publico* não como forma de satisfação das necessidades coletivas, mas a busca pela realização de interesses individuais.

O tema será tratado a seguir.

¹¹ VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**. vol 1. Paris: Presses Univiersitaires de France, 1992. p. 87.

¹² Já tivermos a oportunidade de discutir a questão, que o bem comum ou interesse público acaba sendo utilizado como elemento ideológico de legitimação da ação estatal e, inclusive, fundou a doutrina da segurança nacional e a restrição dos direitos fundamentais durante a ditadura militar. Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Um Fundamento do Regime Administrativo: O Princípio da Prossecução do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Em especial itens 2.4 e 3.4.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **O direito administrativo brasileiro sob a influência dos sistemas de base romanística e da common law**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, nov/dez 2006, Salvador, Bahia. p. 2. “Em primeiro lugar, releva notar o fato de que o direito administrativo surgiu em pleno período do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico. A grande preocupação era a de proteger as liberdades do cidadão; daí a elaboração do princípio da legalidade. No entanto, paradoxalmente, o direito administrativo nasceu sob o signo do autoritarismo, já que reconheceu uma série de prerrogativas (*potestades públicas*) à Administração Pública. Daí a afirmação de que o regime jurídico administrativo compreende o binômio: liberdade e autoridade. A liberdade é garantida por princípios como os da legalidade, isonomia, separação de poderes. A autoridade é protegida por prerrogativas públicas que garantam a supremacia do poder público sobre o particular”

¹⁴ ROUSSET, Michel. **L'Idée de Puissance Publique em Droit Administratif**. Paris: Librairie Dalloz, 1960. p. 3-4.

¹⁵ PUGET, Henry. **Les Institutions Administratives Étrangères**. Paris: Dalloz, 1969. p. 39.

¹⁶ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana **El Interés General como Categoría Central de la Actuación de Las Administraciones Públicas**, Actualidad Administrativa, Editorial La Ley, n. 8 abr/2010. p. 48-49.



INSTITUTOS DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL



2.2. Do patrimonialismo no uso do cargo público e a prerrogativa de função nas instituições político-administrativas brasileiras

Ainda que se reconheça que o foro de prerrogativa de função pode assumir como finalidade a proteção do agente estatal na prossecução pelo *munus publico* não se pode desconsiderar a realidade subjacente, como aponta o Ministro Luís Roberto Barroso, em que acaba sendo utilizado como forma odiosa de perversão da justiça, de maneira à frustrar a realização da justiça, bem como, eventual condenação pelo Estado.

O processo de colonização Europeia se processou no Brasil mais do que em qualquer parte da América, em um modelo aristocrático, patriarcal, e escravocrata onde tudo se deixou à iniciativa particular: os gastos de instalação, os encargos de defesa e os privilégios de mandos sobre a Colônia, foram deixados ao “português que fez-se aqui senhor de terras mais vastas, dono de homens mais numerosos que qualquer outro colonizador da América”.¹⁷

Isso torna claro na adoção do modelo de organização de sistema de capitanias que dividia o território em grandes faixas de terra doadas de forma individual, intransferível e transmissível por herança a membros da nobreza de Portugal, que exerciam o papel de colono e de governador, de exploração econômica e gestão pública, administrando as mesmas terras como fazenda e província, usando ora privilégios de comerciante e ora competências públicas.

Além disto, a função pública assumia papel de “instrumento regalista da classe dominante”¹⁸ sendo os cargos “obtidos e vendidos como a mais vulgar mercadoria” e para agravar com “métodos aceitos e reconhecidos” e o peculato, o suborno e todas as demais formas de corrupção administrativa eram práticas gerais e universalizadas que já passara para a “essência da Administração Colonial”¹⁹.

A gestão pública representava assunto de interesse particular se relacionando as funções, aos empregos, aos benefícios e aos interesses pessoais do agente, do que a interesses objetivo do que os próprios cidadãos²⁰, de forma que apenas excepcionalmente houve naquela

¹⁷ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48 ed. Recife: Fundação Gilberto Freyre, 2003. p. 158-159 e 187.

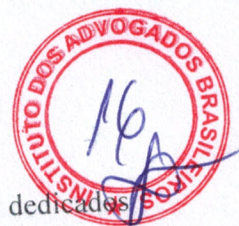
¹⁸ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3 ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001. p. 203-205.

¹⁹ PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil...** Op cit. p. 356-357.

²⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. prefácio de Antônio Cândido. 17. ed. Rio de Janeiro: Olympio. 1984. p. 145-146.



INSTITUTOS DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL



época no Brasil “sistemas administrativos e um corpo de funcionários “puramente” dedicados a interesses objetivos e fundados nesses”.²¹

Não se ignora as reformas estatais trazidas desde então, inclusive, naquele período, porém, que a Administração de Pombal com seu despotismo esclarecido²², pretendeu racionalizar a coisa pública e formar um corpo burocrático²³, mas a tentativa de formação de um corpo de agentes estatais alheio às pressões e influências, ignora um aspecto típico da estrutura institucional no Brasil.

Há uma interpenetração entre os agentes públicos e as relações sociais de parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno²⁴, de modo que as estruturas absolutistas do Estado Colonial, não se emanciparam sequer com a independência política do Brasil permanecendo a mesma máquina administrativa, com os mesmos “processos, privilégios e parasitas”; “costumes” e a “freguesia financeira”²⁵.

O patrimonialismo permanece atuante por “debaixo”, “encoberto” por uma ordem burocrática-racional e se desenvolvendo no quadro estatal como resquício do caráter político assumido pela economia colonial²⁶, de forma que há o predomínio de um senso privado nas coisas públicas no Brasil, que decorre em larga medida da presença dessas estruturas coloniais – e feudais – em nossa história social²⁷.

Por efeito, não cabe sustentar apenas do ponto de vista teórico que a prerrogativa de função tem por razão de ser a realização de um interesse público ignorando na *práxis* como o cargo público é utilizado para a satisfação de interesses privados e acaba convertendo tal prerrogativa como “privilégio odioso, com consequências altamente danosas ao erário, ao interesse público e à cidadania em geral”²⁸.

²¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Op. cit. p. 136.

²² SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 58.

²³ AVELLAR, Hélio de Alcântara. **História Administrativa do Brasil**. Vol. 5. Brasília: DASP, 1970. p. 98.

²⁴ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 251.

²⁵ BOMFIM, Manoel. **A América Latina: Males de Origem**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 179.

²⁶ FAORO, Raymundo. **A Aventura Liberal numa Ordem Patrimonialista** in: Revista da USP. São Paulo, n. 17, p. 16, mar/abr/mai 1993. p. 17.

²⁷ SALDANHA, Nelson Nogueira. **O Jardim e a Praça: Ensaio sobre o lado “privado” e o lado “público” da vida social e histórica**. Ci & Tróp, Recife, n. 11, p. 119, jan/jun, 1983.

²⁸ DALLARI, Adilson Abreu. **Foro por prerrogativa de função — na prática, a teoria é outra**. Revista Consultor Jurídico, 16 de março de 2017. p. 1.



**INSTITUTOS DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**



Sob tal viés, o que seria uma prerrogativa da função acaba sendo uma especial proteção do agente, que se valeu do mandato ou cargo para auferir indevida vantagem pessoal e resulta em uma inimizabilidade diante da impossibilidade concreta de que o Supremo Tribunal Federal possa julgar um grande número de feitos resultando em dano ao erário, a coletividade e a cidadania.²⁹

Nesta perspectiva, erige-se a necessidade de delimitação da respectiva prerrogativa de forma a preservar o texto constitucional, porém, garantir que a sua aplicação decorra para garantir a proteção do interesse público, mediante a preservação da autoridade estatal no exercício do *munus publico* e não como instrumento de sua impunidade diante de morosidade no trâmite judicial.

O tema será tratado a seguir.

2.3. Do foro de prerrogativa de função e a Constituição Federal de 1988: a adoção de uma hermenêutica que se adéque à principiologia constitucional

Consagrado desde a Constituição Imperial Brasileira de 1824³⁰, o foro de prerrogativa de função foi veiculado pela Constituição Federal de 1988 como atribuição de competência originária para o Supremo Tribunal Federal no processamento e julgamento em infrações penais comuns e crimes de responsabilidade de determinada categoria de agentes públicos – os chamados agentes políticos – inclusive, com a delimitação de algumas autoridades.³¹

Sob tal viés, a corte constitucional tradicionalmente concedia uma interpretação ampla para abranger todas as modalidades de infrações penais cometidas pelas autoridades públicas sob a sua competência – inclusive delitos eleitorais e contravenções penais³², bem como, a

²⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Foro por...** Op. cit. p. 4.

³⁰ BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil de 25 de Março de 1824. Art. 179 XVII. “A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.”

³¹ BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil de 25 de Março de 1824. Art. 102 inciso I “a” e “b”.

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 511, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 9-2-1995, Plenário, DJ de 15-9-1995; Inquérito 1.872, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-10-2006, Plenário, DJ de 20-4-2007



INSTITUTOS DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL



própria competência do júri para crimes dolosos contra a vida, em razão de uma especialidade da referida normal³³.

Isto porque reconhecia-se tratar-se-ia de prerrogativa de proteção do exercício da função pelo agente público, tendo em vista a peculiaridade e importância de suas atividades no sistema democrático, de forma que não é determinada em razão do interesse pessoal do ocupante do cargo público, mas no interesse público do bom exercício de suas funções, o que enseja a sua concessão para as respectivas autoridades.³⁴

Ademais, uma vez concedidas à dados agentes públicos responsáveis pelo governo, tal prerrogativa teria como finalidade preservar o livre exercício da função política não como privilégios pessoais, mas como garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções decisórias, sob os quais ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão ante o temor de responsabilização por culpa civil e erro técnico.³⁵

É válida a advertência já antiga que o *thelos* do tipo constitucional tem por mérito tentar proteger a autoridade pública de eventual perseguições ou julgamentos por outros atores políticos que viessem a ser efetivados pelos juízes singulares, no caso, eventualmente suscetíveis às influências políticas que o julgamento realizado junto aos Tribunais que no caso não propicia.³⁶

Porém, há de se determinar em que medida deve haver não apenas a proteção da autoridade pública pelo foro privilegiado, mas igualmente em qual grau, pode-se atribuir à corte constitucional tal atribuição atípica exteriorizada para o processamento e julgamento em competência originária de matéria de índole penal, inclusive, com as suas repercussões no que tange a aplicação do processo subjetivo e na sua produção de prova.

Por um lado, o foro de prerrogativa de função corresponde ao menos um restrição a aplicação da cláusula geral do devido processo legal substancial como, por exemplo, no que tange a garantia do duplo grau de jurisdição, já que a competência originária da corte

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 333, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 5-12-2007, Plenário, DJE de 11-4-2008.

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 473, julgamento em 31-1-1962

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 76.

³⁶ PIMENTA BUENO, José Antônio. **Apontamentos sobre as formalidades do processo civil**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1911, p. 45.



INSTITUTOS DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL



constitucional subtrairá a possibilidade de interposição de recursos à outra instância judicial para revisão do mérito³⁷.

Neste viés, há de se vislumbrar que a deflagração do foro privilegiado para a autoridade pública não deve ocorrer em casos desvinculados ao exercício da função, pois além de faltar a adequação com o *thelos* que fundamenta a incidência de uma jurisdição excepcional importaria em restrição às garantias constitucionais processuais do agente enquanto cidadão e não uma cautelosa garantia.

Em outro vértice, inegável que o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da constituição e corte constitucional envolve precipuamente a proteção dos valores, bens, programas e direitos veiculados pela lei fundamental contra eminentemente atos e omissões de poderes públicos ou de sujeitos particulares, de forma a resguardar a preservação da hierarquia formal e axiológica de suas regras e princípios.

Por efeito, se excepcional, já se demonstra a sua atuação em processo subjetivo, parece inadequado a atribuição de uma competência em matéria penal, ao qual, não apenas falta institucionalmente aparelho para atuar na produção e avaliação de provas, mas subtraem tempo e energia escassos dos magistrados da Corte, que os empregariam melhor no desempenho da função principal de jurisdição constitucional³⁸.

Neste sentido, propõe o Ministro Luís Roberto Barroso a necessidade de alteração via de emenda constitucional do foro por prerrogativa de função de forma a reduzi-lo para um número mínimos de autoridades públicas, porém, diante da redução atual, haja a busca por uma interpretação que conduza à aplicação do foro especial apenas para acusações por crimes cometidos no cargo e em razão do mesmo.

Sob tal viés, de fato, parece que a incidência da prerrogativa de função no que tange aos crimes comuns deve buscar uma interpretação que se adéque ao princípio da igualdade, já que produz um fator de discriminação desprovido de correlação lógica ou racionalidade

³⁷ **BRASIL**, Constituição da República Federativa de 05 de Outubro de 1988, Art. 5. LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

³⁸ SARMENTO, Daniel. **Foro Privilegiado, República e Interpretação Constitucional**, JOTA, Constituição e Sociedade, 03 de Novembro de 2014. p. 4.



**INSTITUTOS DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**



suficiente com as consequências jurídicas que gera, justificáveis para alcançar as finalidades constitucionais pretendidas.³⁹

Não se demonstra justificável sob matérias que não guardam um liame ou nexo de relação com a função pública, que seja atribuída uma jurisdição excepcional à autoridade sob a alegação de uma maior proteção, quando não apenas ao magistrado são atribuídas todas as prerrogativas e sanções quem ensejam imparcialidade, mas são impostas garantias processuais penais, que permitirão os recursos e direitos de defesa, inclusive, a outras instâncias.⁴⁰

Ademais, há de se considerar que o regime de exceção imposto pela ditadura militar produziu um repúdio ao passado histórico de autoritarismo político e de exclusão social consubstanciando na Constituição Federal de 1988, com um núcleo republicano, traduz-se em um projeto de superação das desigualdades, a efetivação dos direitos fundamentais e a consolidação da democracia.⁴¹

Sob tal viés, o princípio republicano não se limita à eleição dos representantes do povo e a renovação periódica dos seus mandatos, mas antes a busca por igualdade, superação das causas de pobreza e de marginalização e, em especial, à supressão dos privilégios de todo o gênero⁴², ao qual deve-se reconhecer as prerrogativas públicas que coloquem os políticos em posição de desigualdade em relação aos igualmente cidadãos.

Desta sorte, não há impeditivo, para no âmbito da hermenêutica constitucional, haja aplicação de uma interpretação restritiva no que tange as regras que definem competências da corte constitucional, de forma a ajustá-la não apenas às finalidades almejadas com a prerrogativa de função, mas igualmente, com os princípios já expostos e outros que compõem o ordenamento jurídico-constitucional.⁴³

Notícia-se, porém, que há um projeto de emenda constitucional de nº 10 de 2013, que já teve aprovação no Senado Federal, que tem por finalidade alterar os artigos. 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função nos

³⁹ BIZON, Caio Affonso. **O foro especial por prerrogativa de função em face do princípio da igualdade.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 18 – jul./dez. 2011, p. 331.

⁴⁰ BIZON, Caio Affonso. **O foro especial por prerrogativa de função...** Op. cit. p. 334.

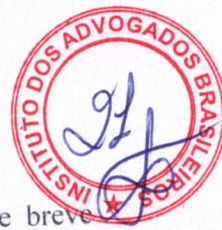
⁴¹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Reflexões em torno do princípio republicano.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, jan/dez 2005, p. 197.

⁴² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Reflexões em torno do princípio republicano...** Op. cit. p. 198

⁴³ SARMENTO, Daniel. **Foro Privilegiado, República e Interpretação Constitucional.** JOTA, Constituição e Sociedade, 03 de Novembro de 2014. p. 6.



**INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**



casos de crimes comuns⁴⁴, o que se adéqua a presente proposta apresentada neste breve parecer.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, verificou-se que o foro por prerrogativa de função tem origem aristocrática como privilégio de classe, que embora encontre fundamento liberal na proteção do interesse público acaba sendo malversado diante dos resquícios de patrimonialismo nas instituições político-administrativas brasileiras, o que demanda uma necessidade de sua interpretação, que permita adequá-lo com a ordem jurídico-constitucional.

Sob tal viés, não há impeditivo para que no âmbito da hermenêutica constitucional seja dada uma interpretação restritiva do artigo 102 inciso I alíneas “b” e “c” da Constituição Federal, que permita uma adequação com o princípio da igualdade e o princípio republicano, de modo a excluir do tipo constitucional que veicula o foro especial a aplicação da prerrogativa de função nos casos de crimes não cometidos no cargo e em razão do mesmo.

Isto posto, confiando na aprovação deste parecer, ora submetido à douta apreciação do plenário, opino pelo encaminhamento do presente ao Congresso Nacional para instrução da proposta de Emenda Constitucional nº 10 de 2013 que altera os artigos 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal que visa extinguir o foro especial por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns.

Rio de Janeiro, 21 de Junho de 2017.

Dr. Emerson Affonso da Costa Moura

Membro da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Professor de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito da Adm. Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

Líder e pesquisador do grupo CNPQ “Teorias Constitucionais Contemporâneas” da Universidade Federal Fluminense (UFF).

⁴⁴ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574> Acesso em 21.06.2017.