

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM O MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO**

LUIZA SANT'ANNA MARCELINO

Matrícula: 18948

A COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: “O CASO  
FLÁVIO BOLSONARO”

Rio de Janeiro

2023

# A COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: “O CASO FLÁVIO BOLSONARO”

Luiza Sant’anna Marcelino

Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Residente Jurídica do Ministério Público do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar se as novas tratativas dispensadas à competência por prerrogativa de função no Brasil, por decisão do STF, na Ação Penal nº 937, resolvem as questões controvertidas apontadas pela doutrina pátria em relação à manutenção do foro privilegiado no direito brasileiro. Para tanto, é dado enfoque à controvérsia relativa à conservação do foro especial àquele que, por sucessão, mantém-se em cargo público eletivo, abordando-se o caso que ficou nacionalmente conhecido como “rachadinhas”, envolvendo o Senador da República Flávio Bolsonaro, que teria supostamente praticado os crimes a ele imputados quando da sua atuação como parlamentar estadual. Em um cenário de recrudescimento da corrupção na administração pública, evidencia-se legítima a busca, pelo Poder Judiciário, da limitação à competência especial por prerrogativa de função, regra que, em muitas das vezes, funciona como um incremento para a impunidade, além de afastar o Supremo Tribunal Federal da sua missão precípua – que é a de guardar a Constituição. O desafio do presente trabalho, portanto, está na constatação de que, apesar de ser providencial a restrição do foro dos agentes públicos – dada a sua desproporcional abrangência –, não se pode adotar entendimento que redunde no esvaziamento e na disfuncionalização do mencionado instituto, sob pena de violação aos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Foro Privilegiado. Ação Penal 937. Rachadinhas.

**Sumário:** Introdução. 1. Fundamentos, sentido e alcance do foro por prerrogativa de função. 2. Dos princípios constitucionais. 3. Questão de Ordem na Ação Penal 937 e o caso Flávio Bolsonaro. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a polêmica do caso que ficou vulgarmente conhecido como “rachadinhas”, envolvendo o Senador da República Flávio Bolsonaro, e o novel entendimento do Supremo Tribunal Federal, exarado na Questão de Ordem da Ação Penal 937, acerca da contenção da competência por prerrogativa de função aos crimes cometidos por agentes públicos no exercício do cargo e a este, de alguma forma, ligado.

No âmbito do processo penal, o tema competência sempre foi um dos mais áridos, considerando-se as suas várias peculiaridades, motivo pelo qual vem suscitando, ao longo dos anos, a elaboração de estudos abordando a problemática da competência especial por prerrogativa de função, sobretudo em um período em que a corrupção sistêmica se evidencia dentre aqueles que possuem foro privilegiado.

O tema é importante e ao mesmo tempo controvertido na medida em que provoca no meio jurídico, acadêmico e social diversos debates acerca do processo de responsabilização daqueles que são detentores de complexas funções governamentais e decisórias, de modo que se discute se a prerrogativa de foro, de fato, atende ao seu papel de garantir o livre exercício das funções ou se funciona, na prática, como mecanismo de impunidade, considerando o número de ações em trâmite nos tribunais e o número de processos fulminados pela prescrição, entre outros aspectos.

No primeiro capítulo, serão analisados os fundamentos, o sentido e o alcance do foro especial, buscando-se identificar os sujeitos que os detém, as características do instituto e a sua natureza jurídica. Também será ponderado, no capítulo inaugural, se o foro privativo, na sua extensão atual, contribui para o congestionamento dos tribunais, redundando na ineficiência da prestação jurisdicional, e para o afastamento do papel para o qual a Suprema Corte está vocacionada, que é o de guardar a Constituição.

No segundo capítulo, por sua vez, serão demonstrados alguns dos princípios constitucionais gerais, apontando-se em que medida o foro por prerrogativa de função subverte ou se afasta da ideia por eles traduzida, notadamente a que resulta do princípio da igualdade, que preleciona a responsabilização de todos igualmente perante a lei. Para tanto, serão apresentadas algumas razões pelas quais defende-se a eliminação ou a redução drástica do foro privilegiado, fazendo-se um necessário paralelo com o princípio constitucional da razoável duração do processo.

No terceiro e derradeiro capítulo, serão analisadas as limitações ao foro por prerrogativa de função depois que o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o tema no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937, apontando-se para o polêmico caso em que se viu envolvido o Senador da República Flávio Bolsonaro. Utilizando-se como base o acórdão proferido no mencionado julgamento, serão registradas, ao fim e ao cabo, as novas regras relativas à competência especial por prerrogativa de função e as consequências do novo entendimento do STF no caso do apontado congressista.

Sendo assim, com o presente artigo, objetiva-se promover uma breve reflexão acerca do foro por prerrogativa de função, demonstrando-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal

faz respeitar o princípio republicano ao dar interpretação restritiva à prerrogativa de foro. Contudo, conclui-se que, ao não conservar a competência especial àquele que, à época do julgamento, continuaria, por sucessão, ocupando cargo eletivo – ainda que diferente daquele em função do qual cometera o crime –, a Suprema Corte acabaria por esvaziar a natureza do estudado instituto, causando a sua disfuncionalidade. Finalmente, registra-se que a presente pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

## 1. FUNDAMENTOS, SENTIDO E ALCANCE DO FORO ESPECIAL

A criminalidade é um fenômeno social presente em toda e qualquer sociedade, independente da sua cultura e do seu contexto histórico<sup>1</sup>. Dessa forma, ninguém está imune a erros, nem mesmo as mais altas autoridades de um País, de modo que, então, surge a seguinte indagação: por que os ocupantes dos altos cargos na administração pública, quando cometem delitos, recebem tratamento distinto daquele reservado aos demais cidadãos brasileiros?

A Constituição Federal de 1988 estabelece o foro especial por prerrogativa de função a algumas autoridades que, em virtude da importância do cargo que ocupam, por relevância política e/ou jurídica, são processadas e julgadas por órgãos colegiados desde o início. São hipóteses, em matéria penal (crimes comuns e crimes de responsabilidade), caracterizadoras de competência originária *ratione personae* de determinados tribunais (TJ, TRF, STJ, STF)<sup>2</sup>. Fala-se em *ratione personae* quando a competência é fixada em decorrência da qualidade da pessoa, ou seja, a função a que está vinculada um determinado agente público confere-lhe um foro especial, atraindo para o seu julgamento uma jurisdição de maior graduação, caracterizando-se, assim, o foro por prerrogativa de função.

Salienta-se que não pode haver privilégio às pessoas, o que é vedado constitucionalmente, mas tratamento especial em função da relevância e dignidade de determinados cargos e funções públicas. Assim, conforme os ensinamentos de Tourinho Filho<sup>3</sup>:

“Há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado, e, em atenção a esses cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico da nossa Pátria, gozam elas de foro especial, isto é, não serão processadas e julgadas como qualquer

---

<sup>1</sup> DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 67

<sup>2</sup> GARCIA; Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 941-942.

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 135.

do povo, pelos órgãos comuns, mas pelos órgãos superiores, de instância mais elevada.”

Trata-se, portanto, de uma garantia inerente à função, sendo esse o seu fundamento de validade, para o pleno exercício de altas e complexas funções governamentais e decisórias sem amarras ideológicas ou de qualquer outra ordem, as quais poderiam ir contra a satisfação do interesse público. Cessado o exercício da função pública, portanto, não mais subsiste o “privilégio”, nos termos da súmula 451 do STF<sup>4</sup>, valendo consignar que a Suprema Corte, por exemplo, já afastou uma infeliz tentativa do Congresso Nacional de alargar o foro especial, por meio da Lei nº 10.628/2002, para além do prazo correspondente ao exercício da função.

Na lição de Martins Júnior<sup>5</sup>, além disso, o foro por prerrogativa de função é taxativamente estabelecido pela Constituição Federal, de modo que sua interpretação deve ser restrita, sendo uma exceção constitucional à regra do juiz natural, cuja interpretação traduz a ideia de que o ordenamento não tolera a existência de tribunal de exceção. Por essa razão, o foro especial deve ser visto como prerrogativa do cargo, e não da pessoa, o que lhe atribui, também, as características da irrenunciabilidade e da indisponibilidade<sup>6</sup>.

Dessa forma, somente a Carta Magna pode prever casos de foro por prerrogativa de função, havendo, porém, nos artigos 29, inciso X e 125, *caput* e §1º, ambos da CRFB/88<sup>7</sup>, permissivo para que as Constituições Estaduais também fixem hipóteses de foro privilegiado nos Tribunais de Justiça. No entanto, a mencionada benesse não pode se operar de qualquer forma, uma vez que a concessão de foro privativo pelas Constituições Estaduais e pelas Leis Orgânicas dos Municípios somente será válida se respeitar as regras de simetria previstas na Constituição Federal.

O Professor Uadi Lammêgo Bulos<sup>8</sup>, por sua vez, aponta em sua obra duas categorias de pessoas às quais o legislador houve por bem atribuir foro diferenciado para garantir o bom desempenho das funções políticas no exercício de mandato. São elas as seguintes: Deputados e Senadores (artigo 53, § 1º, da CF); Presidente da República (artigo 86, *caput*, da CF) e Vice-Presidente; Ministros de Estado; Procurador-Geral da República; Comandantes da Marinha; do Exército e da Aeronáutica; membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da

---

<sup>4</sup> Súmula 451 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 18 mai. 2023

<sup>5</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Improbidade Administrativa, Agentes Políticos e Foro Privilegiado. Revista Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 232, p. 231-254, abril/jun. 2003. p. 242

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 293-296.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 mai. 2023

<sup>8</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. V. único. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1115.

União; e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (artigo 102, alíneas “b” e “c” do inciso I da Constituição Federal de 1988).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por outro lado, é o Tribunal de Superposição que, nos crimes comuns, detém a competência para processar e julgar, originariamente, os Governadores de Estados e do Distrito Federal (artigo 105, I, a, da CF), e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

Em relação à competência dos Tribunais Regionais Federais e à dos Tribunais de Justiça dos Estados, a competência *ratione personae* está distribuída da seguinte forma em relação aos titulares de foro por prerrogativa de função.

Consoante dispõe o artigo 108, I, “a” da CRFB/88, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, os juízes federais da área de sua atribuição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Também compete aos TRF’s o julgamento de Prefeitos e de outras autoridades estaduais com foro por prerrogativa de função previsto nas Constituições Estaduais, quando cometerem crimes da esfera federal<sup>9</sup>.

Aos Tribunais de Justiça dos Estados, porém, compete, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, o processo e julgamento dos juízes estaduais e do Distrito Federal, assim como dos membros do Ministério Público dos Estados, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (artigo 96, III, da CF). Merece registro, ainda, o fato de que a competência do TJ para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau, nos termos do enunciado da súmula 702 do STF<sup>10</sup>.

Por outro lado, da excepcionalidade característica do foro especial, exsurge a proibição de foro privilegiado, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, para os Defensores Públicos e os Delegados de Polícia, assim como para os Procuradores do Estado e da Assembleia

---

<sup>9</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. V. único. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

<sup>10</sup> Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br) . Acesso em: 18 mai. 2023

Legislativa, porquanto não há simetria, na Constituição da República, para os agentes públicos que exercem funções similares na esfera federal, a exemplo dos membros da Defensoria Pública da União. É essa lógica da simetria que explica, aliás, a outorga de foro privilegiado aos Secretários de Estado perante o Tribunal de Justiça, já que existe, no plano Constitucional, o foro por prerrogativa de função a Ministros de Estado.

Existe, pois, uma gama de sujeitos que possuem, em virtude de suas funções, foro especial, sendo possível concluir, portanto, que a apontada regra constitucional, no ordenamento jurídico pátrio, é extremamente ampliada, alcançando, aproximadamente, cerca de 55 mil agentes públicos<sup>11</sup>, tanto na Constituição Federal quanto nas Constituições Estaduais, conforme balanço publicado, em abril de 2017, pelo Senado Federal.

Exatamente por isso que, nos últimos tempos, discute-se se a garantia do foro especial, na sua extensão atual, não seria uma causa de congestionamento processual, com consequências indesejáveis para a efetividade da prestação jurisdicional e, ainda, para o interesse público.

Dessa forma, aqueles que defendem a limitação do foro por prerrogativa de função (ou até mesmo a sua extinção) indicam que esse benefício contribui, na prática, para a ineficiência e a morosidade da Justiça<sup>12</sup>. No entanto, há vozes que entendem que a manutenção do foro privativo confere higidez às relevantes funções ocupadas por certos agentes públicos, além de garantir a liberdade das instituições no nosso combalido Estado Democrático de Direito, sendo certo que violaria o estado de inocência do indivíduo a presunção de que o agente estaria se valendo do foro especial para, com o cometimento de delitos, alcançar sua impunidade.

## **2. A PRERROGATIVA DA FUNÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Por estar relacionado ao agir do agente político para o atendimento do interesse público, é mister que as regras relativas à competência especial estejam em consonância com os valores vigentes e com os princípios constitucionais, que são fontes de interpretação de todas as outras normas jurídicas. E, apesar da maior abstração e menor grau de aplicabilidade imediata dos

---

<sup>11</sup>CAVALCANTE FILHO, J. T.; LIMA, F. R. *Foro, prerrogativa e privilégio* (Parte 1): quais e quantas autoridades têm foro no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado Federal, 2017. (Texto para discussão; n. 233). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/532811>. Acesso em: 18 mai 2023.

<sup>12</sup>AGUIAR, Júlio César de; OLIVEIRA, João Paulo Lacerda. O fim do foro especial por prerrogativa de função. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 115-134, jan./mar. 2018. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p115](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p115). Acesso em: 18 mai. 2023.

princípios, quando comparados às regras, a sua violação é muito mais grave, porque violar um princípio significa violar todo o ordenamento jurídico<sup>13</sup>.

Assim, quando o assunto é a competência especial por prerrogativa de função, sempre surge o debate em torno do princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB/88, que preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. A igualdade, porém, não pode ser vista unicamente sob seu aspecto formal (perante a lei), devendo-se destacar, ainda, a sua acepção material, que impõe tratamento diferenciado àqueles que, por alguma razão, são desiguais.

Essa ideia, na linha do que ensina o professor e jurista alemão Robert Alexy<sup>14</sup>, pode ser expressa da seguinte forma: “se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório”. Nesse sentido, advoga-se constitucional a existência do foro especial, uma vez que existe uma razão (impessoal) suficiente que justifica a diferença no formato de julgamento dos já mencionados agentes públicos, qual seja: a relevância das suas funções públicas.

Outro princípio que também merece destaque, quando se fala de foro privilegiado, é o do juiz natural, insculpido no art. 5º, XXXVII e LIII da CRFB/88. Esse princípio constitui verdadeira garantia individual estabelecida em favor daquele que venha ser processado em ação penal, “impedindo, assim, o julgamento da causa por juiz ou tribunal cuja competência não esteja, previamente ao cometimento do fato, definida na Constituição”<sup>15</sup>.

As raízes do princípio do juiz natural estão na vedação do juízo ou tribunal de exceção, pois exige que o órgão jurisdicional seja identificado antes do cometimento do crime, “e, ainda, na regra do juiz constitucionalmente competente, instituído em razão da prerrogativa de função”<sup>16</sup>.

O foro especial, portanto, é um corolário lógico da garantia do juiz natural, com ela coexistindo harmonicamente, significando dizer que o detentor desses cargos deve se submeter a investigação, processo e julgamento por órgão judicial previamente designado, que não é o mesmo para as pessoas em geral.

Mas não é só. No contexto em que se somam argumentos favoráveis e contrários à manutenção do foro privativo, o princípio da razoável duração do processo também é debatido. Previsto no art. 5º, LXXVII, da CRFB/88, o apontado princípio indica que a prestação

---

<sup>13</sup> MELLO apud SANDIM, Émerson Edilom. O Devido Processo Legal na Administração Pública com enfoques previdenciários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.31.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 410

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 204.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 205.

jurisdicional deve ser entregue de maneira eficaz e tempestiva, independentemente do seu resultado, se favorável ou contrário às pretensões das partes.

Com efeito, aqueles que defendem o fim do foro por prerrogativa de função, além de outros argumentos, afirmam que a benesse acaba por contribuir para o incremento do volume de processos em andamento nos Tribunais originariamente competentes para julgar as autoridades com foro especial.

Por isso, do ponto de vista da razoável duração do processo, a prestação jurisdicional, fatalmente, estaria prejudicada com a infinidade de causas pendentes de julgamento, muitas das quais dizem respeito a inquéritos e ações penais de autoridades que se sujeitam a essa garantia.

Ainda, é importante mencionar que, no Brasil, diferentemente do que se vê no Direito Comparado, milhares de autoridades gozam do foro por prerrogativa de função<sup>17</sup>. Essa circunstância – que nos particulariza no cenário mundial – explica porque, na maior parte das vezes, o foro especial acaba sendo causa de impunidade, distanciando-se da sua verdadeira função, já que muitos processos são fulminados pela prescrição, estatística que, na visão do Ministro Barroso, traz constrangimento e desprestígio para o STF.

Por esse motivo, o citado Ministro defende que o foro por prerrogativa de função, apelidado de foro privilegiado, deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para ele, o foro especial “é um mal para o Supremo Tribunal Federal e para o país”<sup>18</sup>.

Nada obstante, um outro dado também dá conta dos indesejáveis efeitos que o foro por prerrogativa de função acarreta para a Justiça. A título de exemplo, vale apontar que o prazo médio para recebimento de uma denúncia pelo STF é de 581 dias, sendo que um juiz de 1º grau recebe, como regra, em menos de uma semana, porque o procedimento é muito mais simples. Ademais, calcula-se que a média de tempo transcorrido desde a autuação de ações penais no STF até o seu trânsito em julgado seja de 1.377 dias<sup>19</sup>.

O cenário retratado evidencia que o foro privativo, na sua extensão atual, distancia-se do mandamento constitucional da razoável duração do processo, tornando lenta a tramitação dos feitos e raras as condenações.

---

<sup>17</sup> DIZER O DIREITO. Foro por prerrogativa de função: panorama atual. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/foro-por-prerrogativa-de-funcao.html>. Acesso em: 18 mai. 2023;

<sup>18</sup> CONSULTOR JURÍDICO. Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes. Disponível em: ConJur - Roberto Barroso: Foro por prerrogativa de função deve ser extinto. Acesso em: 18 mai. 2023

<sup>19</sup> CONSULTOR JURÍDICO. Questão de ordem na Ação Penal 937 Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-foro-especial.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2023.

Por essa razão, o benefício deve ser limitado, como o foi na Ação Penal 937, e devidamente aperfeiçoado, para corrigir eventuais distorções e reduzir a impunidade.

Por falar em impunidade, um outro dado, infelizmente, merece ser destacado neste trabalho, qual seja, o da corrupção.

Segundo os números do Índice de Percepção de Corrupção (IPC), divulgados pela Transparência Internacional, no início do ano de 2023, o Brasil não avançou no combate à corrupção, sendo o país, nesse particular, com a maior média global e da América Latina<sup>20</sup>.

Segundo os dados levantados pelo jornal digital “Poder360”, o IPC adota uma escala que vai de 0 (país percebido como muito corrupto) a 100 (muito íntegro). Notas abaixo de 50 indicam níveis graves de corrupção. A nota do Brasil (38) ficou abaixo da média da América Latina (43) e distante da média dos países do G20 (53) e da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) (66)<sup>21</sup>.

Sem dúvidas, os números registrados são tristes e indicam, sobretudo, a necessidade de se promover, no Brasil, reformas que ataquem o germe da corrupção e que permitam a integral responsabilização daqueles que se utilizam da máquina pública para causar prejuízos imensuráveis à sociedade, os quais acabam se repercutindo na má prestação de serviços públicos essenciais, como a saúde e a educação.

A limitação do foro por prerrogativa de função, nesse desiderato, é um antídoto idôneo e capaz de fortalecer a agenda anticorrupção das instituições democráticas, sobretudo ao reaproximar o STF da sua missão constitucional, que é a de guardar a constituição, e não a de ser um tribunal de primeiro grau, instância que, diga-se de passagem, possui melhores condições de julgar as causas que atualmente estão abarcadas pela prerrogativa de foro, sobretudo se se levar em consideração a estrutura, o aparelhamento e a proximidade do juízo com os fatos e provas, circunstâncias que, indubitavelmente, privilegiam a celeridade e a efetividade do sistema de justiça.

Ressalva-se que, pelos motivos já expostos, não se está aqui defendendo o fim do foro especial, mas, sim – na linha do que decidiu o STF –, a sua limitação. Também não se olvida que o tribunal colegiado imprime maior imparcialidade ao julgamento dessas causas, notadamente porque está distante das paixões populares<sup>22</sup>. A bem da verdade, não existe

---

<sup>20</sup> Índice de Percepção da Corrupção. Disponível em: Retrospectiva Brasil 2022 (transparenciainternacional.org.br). Acesso em: 18 mai. 2023.

<sup>21</sup> Ibid

<sup>22</sup> AGUIAR, Júlio César de; OLIVEIRA, João Paulo Lacerda. O fim do foro especial por prerrogativa de função. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p115.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p115.pdf). Acesso em: 18 mai. 2023

problema no instituto em si, isso porque subsiste, no juízo de piso, a possibilidade de interposição de recursos de apelação, fato que apenas mudaria de endereço os problemas enfrentados pelo Supremo.

O princípio do duplo grau de jurisdição, por fim, também se encontra ligado ao foro por prerrogativa de função. Apesar de não estar expressamente previsto na CRFB/88, o indigitado princípio pode ser implicitamente extraído do comando trazido pelo art. 5º, LV, da Carta Magna, sendo considerado um direito fundamental das partes no processo penal, em deferência aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal<sup>23</sup>.

A garantia do duplo grau de jurisdição, dessa forma, confere ao jurisdicionado o direito de ser julgado por, pelo menos, duas instâncias, o que possibilita a revisão da decisão proferida por um outro juízo<sup>24</sup>. Apesar disso, é importante registrar que as autoridades sujeitas ao foro especial no STF somente são julgadas por uma única instância, sendo afastada, portanto, a garantia do duplo grau de jurisdição, na medida em que o Supremo Tribunal Federal é a instância máxima do sistema de justiça, não havendo – contra as suas decisões – recurso cabível para outro tribunal.

### **3. AÇÃO PENAL N.º 937 E O CASO FLÁVIO BOLSONARO**

O Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem no julgamento da Ação Penal nº 937, decidiu restringir o alcance do foro por prerrogativa de função dos Congressistas.

Antes, como se viu, o cenário era bem diferente do atual, considerando que o foro privilegiado alcançava todos os crimes de que eram acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, 'b' e 'c' da CRFB/88, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardavam qualquer relação como seu exercício.

Atualmente, contudo, não se pode mais interpretar as regras do foro especial com a mesma abrangência de outrora.

Com efeito, a Suprema Corte decidiu que o foro privativo somente terá incidência em relação aos delitos que forem praticados durante o mandato parlamentar e que estejam relacionados ao seu exercício (*propter officium*).

---

<sup>23</sup> LIMA, Carolina Alves de Souza. O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Barueri: Manole, 2004, p. 5.

<sup>24</sup> DIZER O DIREITO. Foro por prerrogativa de função: panorama atual. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/foro-por-prerrogativa-de-funcao.html>. Acesso em: 18 mai. 2023

A partir de então, caso algum crime seja cometido por autoridade que tenha foro especial e este não guardar relação com o exercício do atual mandato ou cargo público, tanto a investigação como o processo serão conduzidos perante o juízo de primeiro grau, estadual ou federal, conforme a competência estabelecida em relação à matéria<sup>25</sup>.

O Tribunal, portanto, por maioria de votos, e nos termos do voto do relator, o Min. Luís Roberto Barroso, resolveu a questão de ordem suscitada no sentido de fixar as seguintes teses: (i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo; (iii) Este entendimento se aplica a todos os processos pendentes no Supremo Tribunal Federal, por se tratar de uma regra fixadora de competência; e (iv) A decisão abrange apenas parlamentares federais: deputados federais e senadores<sup>26</sup>.

Nada obstante, em 2019, o STF novamente precisou se debruçar sobre a temática do foro por prerrogativa de função.

Dessa vez, o caso envolveu o Senador da República Flávio Bolsonaro, circunstância que trouxe, conseqüentemente, grande repercussão midiática para o julgamento da Reclamação nº 32.989, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

No caso em tela, o senador Flávio Bolsonaro é apontado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro como sendo o chefe de uma organização criminosa que atuou em seu gabinete no período em que foi deputado da Assembleia Legislativa do Estado (Alerj), ou seja, entre 2003 e 2018.

Segundo o *Parquet* Fluminense, funcionários do então deputado devolviam parte do salário que recebiam na Alerj, em um esquema apelidado de “rachadinha”, que revelou, inclusive, movimentações bancárias suspeitas por parte de seu ex-assessor, o ex-policiaI militar Fabrício Queiroz.

Ainda segundo o Ministério Público, o dinheiro era lavado com aplicação em imóveis e em uma loja de chocolates no Rio de Janeiro, da qual o Senador é sócio.

---

<sup>25</sup> MOREIRA, R. de A. O novo entendimento do STF sobre a competência por prerrogativa de função. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/269829/o-novo-entendimento-do-stf-sobre-a->. Acesso em: 18 mai. 2023.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 937 QO/RJ. Relator Ministro Roberto Barroso. Plenário, Sessão de 3.5.2018, p 1207. Diário da Justiça Eletrônico. 11/12/2018 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 18 mai. 2023

Dessa forma, Flávio Bolsonaro solicitou que as investigações em curso no Ministério Público fossem imediatamente paralisadas, remetendo-se os autos ao Supremo Tribunal Federal, órgão perante o qual afirma ter prerrogativa de foro, uma vez eleito Senador. Por esse motivo, a defesa do congressista argumenta, ainda, que seriam nulas as provas produzidas pelo MP, uma vez que teria havido usurpação da competência do STF.

Porém, na decisão da Reclamação, o Ministro Marco Aurélio – na linha do que foi decidido na Ação Penal 937 –, asseverou que o reclamante desempenhava, à época dos fatos objetos da investigação ministerial, o cargo de Deputado Estadual, tendo sido diplomado Senador da República em 18 de dezembro de 2018, o que afasta a competência do Supremo para julgar o caso, que deve ficar na primeira instância do Poder Judiciário.

Data máxima vênia, com a decisão proferida no bojo da referida Reclamação, o Supremo Tribunal Federal não parece ter agido com acerto, assim como não está livre de críticas o decidido na Ação Penal nº 937. Cumpre destacar, nesse particular, que a restrição do foro privilegiado somente a deputados federais e senadores criou distinção injustificada entre agentes públicos que, igualmente, exercem relevantíssimas funções na República, fato que, inevitavelmente, resultou em quebra da igualdade.

Por simetria, a limitação ao foro especial deveria se estender aos demais cargos, não só do Poder Executivo e Judiciário, mas também ao Ministério Público. Ocorre que, na atual quadra, se um Promotor de Justiça, a título de exemplo, cometer um crime comum sem relação funcional com o seu cargo, subsiste o foro por prerrogativa de função no respectivo Tribunal de Justiça estadual, nos termos do art. 96, III, da CRFB/88. Foi nesse sentido que o STJ decidiu o Conflito de Competência nº 177100/CE, entendimento que está referenciado no Informativo nº 708 do Tribunal da Cidadania.

Por outro lado, se um Senador da República, durante o mandato, cometer, hipoteticamente, um crime que não tenha ligação com suas funções enquanto parlamentar, o julgamento do caso será da competência da primeira instância.

No julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 878/DF, porém, o STJ também reconheceu sua competência para julgar Desembargadores acusados da prática de crimes com ou sem relação ao cargo, não identificando, portanto, simetria com o precedente do STF.

Em sentido diametralmente oposto ao que foi decidido no caso de crimes praticados por Desembargadores, a Corte Especial do STJ, seguindo o mesmo raciocínio do STF, decidiu que a restrição do foro também deve alcançar Governadores e Conselheiros dos Tribunais de Contas Estaduais (AP 857/DF, Relatoria Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 20/06/2018).

Essa postura, diga-se de passagem, evidentemente contraditória, não merece ser incentivada, porquanto funciona como um incremento à impunidade, uma vez que se criam, ao arrepio da moralidade, barreiras à correta punição de criminosos travestidos de funcionários públicos.

Pelos exemplos supracitados, além disso, pode-se concluir que a limitação ao foro por prerrogativa de função, na parte que criou distinção irrazoável entre autoridades, além de violar a igualdade, resultou em inegável insegurança jurídica, já que, casuisticamente, o Judiciário Brasileiro ora se afasta da orientação do STF (mantendo-se o foro privativo para agentes públicos que cometeram crimes divorciados da sua função pública), ora aplica a restrição estabelecida pelo Supremo, remetendo-se os autos à primeira instância e não reconhecendo a incidência do foro especial para determinados cargos, como o de Governador.

A despeito do exposto, e afastando-se do entendimento do Supremo, em junho de 2020, no julgamento do HC nº 0011759-58.2020.8.19.000031, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acertadamente concluiu que Flávio Bolsonaro tem foro privilegiado na investigação sobre as “rachadinhas”, uma vez que, à época dos fatos, o investigado era deputado estadual, tendo sido os delitos supostamente praticados durante o exercício do cargo e em função dele.

No entanto, a solução dessa controvérsia – que seria discutida pelo Órgão Especial do TJ/RJ –, ficou para depois.

Isso porque, após o ajuizamento da Reclamação nº 41.910, proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, o Ministro Gilmar Mendes determinou que o Tribunal Fluminense não julgasse a demanda até que o Supremo decida qual é o foro competente para julgar o feito.

A bem da verdade, é preciso assentar que ainda existem outras controvérsias envolvendo foro especial que precisam ser dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal, já que não abarcadas pelas teses fixadas na Ação Penal nº 937.

Uma dessas controvérsias diz respeito à continuidade de mandatos legislativos, bem como à sucessão de cargos públicos, hipótese em que, segundo o STF, não subsistirá o foro privativo.

Ora, se ontologicamente a ideia do foro por prerrogativa de função é proteger a dignidade do cargo público, garantindo ao agente político a necessária liberdade de que precisa para prestar um bom serviço à comunidade, não parece razoável, em primeiro lugar, estabelecer distinções entre autoridades e, em segundo lugar, não conservar foro especial àquele que, à época do julgamento, continua, por sucessão, ocupando cargo eletivo – ainda que diferente daquele em função do qual cometera o crime.

Assim, sem adentrar ao mérito das investigações em desfavor do Senador Flávio Bolsonaro, parece justo e constitucionalmente adequado o seu pleito de ser submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, por necessidade de se resguardar a função pública, a independência e o livre exercício do cargo que ocupa.

Aliás, como cediço, o foro especial não é privilégio pessoal, pertencente a uma ou outra pessoa específica, mas, ao revés, é a proteção para o gozo de funções de especial importância.

Sem a pretensão de esgotar a matéria e tratar de todos os pormenores envolvendo o foro especial, é preciso reforçar que a decisão do Supremo Tribunal Federal fez respeitar o princípio republicano ao dar interpretação restritiva à prerrogativa de foro, entendimento que se espera de um Tribunal vocacionado, sobretudo, a guardar a Constituição.

Contudo, as teses fixadas na Ação Penal nº 937 não deram conta de solucionar todas as controvérsias, em especial a do caso do Senador Flávio Bolsonaro, que, por sucessão, manteve-se em função pública que possui foro privilegiado, motivo pelo qual seu processo deveria ser encaminhado ao STF, que é o Tribunal competente para, por crimes comuns – e relacionados à função –, julgar Senadores da República.

Apesar das conclusões apontadas na Ação Penal nº 937, merece destaque o fato de que, recentemente, mais especificamente na Sessão do dia 30 de novembro de 2021, a Segunda Turma do STF negou, por 3 votos a 1, o recurso do MPRJ, decidindo que a competência para processar e julgar parlamentares federais na hipótese de mandatos cruzados, isto é, quando um deputado federal é eleito senador ou vice-versa, subsiste a competência do Supremo.

Dessa forma, com o resultado do julgamento no STF, continua valendo a decisão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) que entendeu que, por ter emendado os mandatos de deputado estadual e de senador, Flávio Bolsonaro não deixou de ser parlamentar, justificando o foro privilegiado no tribunal estadual.

Com isso, a investigação foi retirada do juiz de primeira instância Flávio Itabaiana, da 27ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, e todas as suas decisões foram anuladas.

## **CONCLUSÃO**

Como visto, de acordo com as novas regras do foro privilegiado, os processos de parlamentares começam na primeira instância quando o suposto crime não foi cometido em razão do cargo ou em função dele.

O foro especial, portanto, só vale para o mandato em andamento e, em tese, não alcança supostos crimes cometidos em mandatos anteriores, notadamente no “mandato continuado”, ou seja, quando o político sai de um cargo diretamente para o outro.

O que se defende no presente artigo, porém, é a necessidade de se adotar uma regra mais justa do foro especial, já que, no julgamento da questão de ordem na Ação Penal 937, o Supremo Tribunal Federal não equacionou a questão sobre a possibilidade de se manter o foro diferenciado quando houver continuidade de mandato, sem lapso interruptivo, como é o caso do Senador Flávio Bolsonaro, que não deixou de ter foro, uma vez que passou de deputado estadual para senador, sem intervalo entre os cargos.

Ademais, critica-se neste singelo trabalho o fato de que o novel entendimento da Suprema Corte, muito embora tenha – acertadamente – dado interpretação restritiva ao foro privativo, desprestigiou o Princípio da Igualdade ao conferir, casuisticamente, foro por prerrogativa de função a determinadas autoridades em detrimento de outras, mesmo quando os crimes por aquelas cometidos não tenham nenhuma relação com o cargo ocupado, a exemplo do Desembargador, cujo foro permanece no Superior Tribunal de Justiça.

Importante destacar que, dentro de um Estado Democrático de Direito, além da igualdade, é necessário se preservar a segurança jurídica e a relação harmônica entre os poderes da República.

Desse modo, não parece absurda ou irrazoável a tese da defesa do Senador Flávio Bolsonaro no sentido de que, apesar da restrição do foro por parte do STF, não faz sentido retirar o benefício de políticos que trocam o mandato de deputado estadual por de senador – ou vice-versa, mesmo porque as sucessivas diplomações não acarretam prejuízo à efetividade da aplicação da Justiça criminal.

A propósito, foi nesse sentido que, decidiu a 5ª Tuma do STJ no recente julgamento do RHC 135.206, que acolheu os argumentos da defesa do Senador Flávio Bolsonaro e anulou todas as decisões e provas contra o indigitado parlamentar no caso das “rachadinhas”, uma vez que, na linha do que decidiu o STF na Pet. 9.189, julgada em 14 de maio de 2021, o foro por prerrogativa de função subsiste na hipótese de “mandados cruzados”, como é o caso em tela.

Portanto, respeitando-se os princípios da igualdade, da segurança jurídica e da razoável duração do processo, deve-se resgatar a funcionalidade do foro por prerrogativa de função, protegendo-se, no plano dos fatos, o exercício da função pública por aqueles que possuem complexas responsabilidades no ordenamento pátrio. Para tanto, defende-se a ausência de interpretação, por parte dos Tribunais, que seja abrangente a ponto de banalizar o estudado

instituto, bem como a necessidade de que haja entendimento restritivo pelo Judiciário sem que isso importe em regras desiguais àqueles que estejam em situação de igualdade.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Júlio César de; OLIVEIRA, João Paulo Lacerda. *O fim do foro especial por prerrogativa de função*. Disponível em [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p115.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p115.pdf). Acesso em: 31 mar. 2021.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 18 mai. 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. V. único. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTE FILHO, J. T.; LIMA, F. R. *Foro, prerrogativa e privilégio* (Parte 1): quais e quantas autoridades têm foro no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado Federal, 2017. (Texto para discussão; n. 233). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/532811>. Acesso em: 18 mai. 2023.

*Questão de ordem na Ação Penal nº 937 Rio de Janeiro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-foro-especial.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2023.

DIZER O DIREITO. *Foro por prerrogativa de função: panorama atual*. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/foro-por-prerrogativa-de-funcao.html>. Acesso em: 18 mai. 2023.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTADÃO CONTEÚDO. *Barroso: mais de 200 processos contra foro privilegiado já prescreveram no STF*. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/mais-de-200-processos-contr-foro-privilegiado-ja-prescreveram-no-stf-revela-ministro/>. Acesso em: 18 mai. 2021.

GARCIA; Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri:Manole, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. V. único. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Improbidade Administrativa, Agentes Políticos e Foro Privilegiado. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 232, p. 231-254, abril/jun. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de apud SANDIM, Émerson Edilom. *O Devido Processo Legal na Administração Pública com enfoques previdenciários*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

MOREIRA, R. de A. *O novo entendimento do STF sobre a competência por prerrogativa de função*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/269829/o-novo-entendimento->. Acesso em: 18 mai. 2023.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PODER360. *Brasil está estagnado em índice de corrupção global, diz ONG*. Disponível em: [Brasil está estagnado em índice de corrupção global, diz ONG \(poder360.com.br\)](https://poder360.com.br) . Acesso em: 18 mai. 2023.

CONSULTOR JURÍDICO. *O ponto cego na Ação Penal 937*. Disponível em: [ConJur - Rômulo Moreira: Sobre o ponto cego na Ação Penal 937](https://conjur.com.br) . Acesso em: 18 mai. 2023.