



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO  
E O ATIVISMO JUDICIAL

Maiara Almeida da Conceição

Rio de Janeiro  
2019

MAIARA ALMEIDA DA CONCEIÇÃO

A COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO  
E O ATIVISMO JUDICIAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processual Penal da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores: Nelson Tavares e Lucas Tramontano.

Rio de Janeiro  
2019

## A COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Maiara Almeida da Conceição

Graduada em Direito pela Universidade  
Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo** -O presente trabalho se propõe fazer um estudo sobre o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal, tomando como parâmetro o julgamento da Ação Penal 937, que alterou as regras positivadas na Constituição Federal sobre a competência do foro por prerrogativa de função, fazendo-se uma reflexão sobre o protagonismo no cenário nacional do Poder Judiciário, de modo a se avaliar se as decisões judiciais teriam o condão de funcionar como legislador positivo. O presente ensaio, além de abordar a possibilidade de tal prática, diante do modelo de sistema jurídico adotado no Brasil (civil law), adentrará nas discussões doutrinárias sobre se o ativismo judicial vulnera o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Carta Federal, já que existe uma regra positivada que prevê e delimita o foro privilegiado. Para melhor situar o tema, a pesquisa traça um quadro comparativo das legislações estrangeiras que versam sobre o foro por prerrogativa de função, com o escopo de demonstrar que o Brasil deve avançar nessa seara.

**Palavras-chave** -Direito Constitucional. Prerrogativa de Função. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal.

**Sumário** - Introdução. 1.A competência por prerrogativa de função prevista na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. 2.. O Ativismo Judicial a partir do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal – Ação Penal 937. Possível falta de legitimidade democrática. 3.O tratamento dado na legislação estrangeira ao Foro Privilegiado e uma comparação com o modelo brasileiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Para melhor compreensão do trabalho, inicialmente, há que se traçar algumas diretrizes básicas sobre a competência previstas na Constituição Federal, notadamente porque, antes de se falar com propriedade ou até mesmo de se atacar um determinado instituto jurídico, é necessário conhecê-lo na sua origem, por ser o Direito um fenômeno social complexo, dado se tratar de um produto cultural, enquanto prática social que é independentemente de ser um conjunto de significações normativas.

Como seria por demais pretensioso e inadequado o esgotamento das discussões que envolvem a competência constitucional, assunto este tão candente no cenário atual brasileiro, o presente trabalho de pesquisa limitar-se-á ao estudo da competência por prerrogativa de função, nos moldes traçados no texto constitucional vigente, sem se distanciar da análise

interpretativa que o Supremo Tribunal Federal vem fazendo sobre o tema, escorado no fenômeno do ativismo judicial.

A intenção registre-se, não é de esgotar as discussões que permeiam o ativismo judicial e seus limites, mas de se entender criticamente a competência por foro por prerrogativa de função e verificar se as construções das bases jurídicas do instituto estão dissociadas dos princípios constitucionais, principalmente o da isonomia, tudo isso porque, na prática, vem ocorrendo certo desajuste interpretativo da referida competência constitucional, não apenas com o modelo teórico previsto no texto constitucional, mas, também, a forma como vem sendo aplicada pelos nossos Tribunais Superiores.

Não há dúvida que de as discussões sobre a matéria se intensificaram após a decisão proferida na Ação Penal 937, onde o plenário do STF, por maioria de votos, seguindo o voto do Relator, Ministro Luis Roberto Barroso, decidiu que o foro por prerrogativa de função conferida aos deputados federais e senadores só teria incidência aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções parlamentares, surgindo uma necessidade de se vislumbrar as consequências advindas diante da nova interpretação do texto constitucional.

Para tanto, no primeiro capítulo, será apresentada discussões sobre o modelo normatizado no Brasil para a competência por prerrogativa de função, seja na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, trazendo para reflexão as divergências entre os doutrinadores sobre o tema, com a descrição de algumas posições que traduzem um caráter altamente preconceituoso e equivocado sobre o instituto, que caminha no sentido de entender que a competência do foro seria um privilégio, inconcebível, pois, num regime democrático, o que denota um sentimento da maioria de que a competência pela prerrogativa de foro deveria desaparecer do cenário jurídico brasileiro.

Em verdade, não se tem dúvida que a competência por prerrogativa de função, a partir de um estudo mais aprofundado do assunto, que, nem de longe, a hipótese pode ser caracterizada como sendo um benefício, pelo contrário, ao suprimir instâncias recursais do réu, acaba por impossibilitando que a decisão proferida seja reexaminada por uma instância superior, o que traduz, claramente, que a interpretação dada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 937, não poderia ser fruto do ativismo judicial, ante ao *déficit* de legitimidade democrática do Poder Judiciário para se alterar texto expresso contido na Constituição Federal.

No segundo capítulo, será abordado detalhadamente o alcance das decisões da Suprema Corte escoradas no ativismo judicial, mormente sobre a recente interpretação da

competência por prerrogativa de função dos parlamentares federais, fazendo com que a jurisprudência brasileira mudasse de posição quanto ao tema.

Na mesma oportunidade, traremos para reflexão o debate sobre eventual falta de legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, quando atua como legislador positivo, principalmente num sistema de justiça da *civil law* que, em muito, se diferencia do modelo estadunidense da *common law*, em que o ativismo judicial se faz presente intensamente nesse sistema jurídico.

Por fim, buscar comprovar que o ativismo judicial é salutar somente em situações excepcionais e para assegurar direitos individuais, sob pena de trazer insegurança nas relações jurídicas, já que a competência por prerrogativa de função foi prevista pelo Constituinte de 1988 e, por conta disso, qualquer alteração do texto somente deve ser feita por Emenda Constitucional e, não a partir de decisões judiciais.

No terceiro capítulo, procurou-se elaborar uma análise comparativa superficial da competência por prerrogativa de função na legislação estrangeira, a partir das características dos modelos adotados nas normas alienígenas, inclusive, quanto às concretas diferenças contidas no arcabouço normativo dos países mencionados.

Nunca é demais destacar, por derradeiro, que o estudo foi norteado pela pesquisa teórico-analítica bibliográfica, com fontes de livros, artigos científicos, publicações periódicas especializadas sobre o tema, legislações e pesquisas de notícias sobre o assunto nos sítios de internet, consistindo no levantamento de informações presentes em obras que versam sobre o tema, buscando, desse modo, consubstanciar a o trabalho com um estudo de conceituados pesquisadores.

## 1. A COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

De imediato, impõe-se destacar que a Constituição Federal de 1988, trouxe expressamente alguns casos de competência por prerrogativa da função, sob o argumento de poder-se-ia ter um julgamento mais justo, alinhavado com os preceitos de justiça. Para tanto, o constituinte, através de critérios definidores de competência, teve a intenção de atender aos princípios norteadores da jurisdição e das garantias individuais tão caras ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, ao definir a competência de julgamento em virtude do cargo ou função, buscou o legislador esmorecer a influência que o réu poderia lançar sobre o julgador de sua

causa, em virtude do cargo ou função, por ele exercida, de modo que, cargos e funções importantes no cenário político brasileiro fossem julgados por, em tese, órgãos superiores, blindados deste influxo, garantindo-se assim, julgamentos ilibados, afastando-se da pressão hierárquica sobre o julgador natural e, conseqüentemente, balanceando-se os critérios de justiça, garantias individuais e, assegurando-se a eficácia dos princípios norteadores da jurisdição e competência.

Nesta toada, vale a pena trazer o escólio de Oliveira<sup>1</sup>, ao comentar as regras que dispõem sobre foro especial:

tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar foros privativos para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais.

Destaca-se, ainda, que a hipótese se resume a uma regra cogente, vale dizer, imperativa, da qual o agente não pode dela renunciar, por ser uma garantia de natureza constitucional, o que traduz que seus efeitos são produzidos com intensidade da carga que a própria constituição lhe confere, dando-lhe plena eficácia e efetividade.

O professor Lopes Jr ensina que “algumas pessoas por exercerem determinadas funções, têm a prerrogativa (não é um privilégio, mas prerrogativa funcional) de serem julgados originalmente por determinados órgãos. Trata-se de assegurar a independência de quem julga”<sup>2</sup>.

Importante, ainda, destacar as palavras de Távora e Alencar<sup>3</sup>:

determinadas pessoas, em razão da alta relevância da função que desempenham, têm direito ao julgamento por órgão de maior graduação. Permite-se, assim, enaltecer a função desempenhada, e evitar as pressões indiretas que poderiam ocorrer se as diversas autoridades fossem julgadas pelos juízes de primeiro grau. Para proteger o exercício do cargo ou da função que tenha relevância constitucional estatal, contra investidas de toda a ordem, para assegurar ao acusado detentor de prerrogativa de função um julgamento com menor suscetibilidade a pressões externas (porque colegiado), bem como para proteger o julgamento contra ameaças de pressões do próprio acusado, prevê o ordenamento jurídico a prerrogativa de função. Nesse sentido se diz que o foro por prerrogativa de função é uma garantia dúplice, bilateral, que, de um lado, tem um caráter favorável ao acusado (outorga a ele o direito de ser julgado por órgão coletivo, que tem menor chance de ser objeto de constrangimentos por terceiros que o juízo singular) e, de outro, manifesta-se contra o réu (eis que também é menor o risco de coação efetuada pelo próprio réu relativamente a um órgão judicial coletivo, que a um órgão singular).

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.179.

<sup>2</sup> LOPES JR. Aury. *Introdução Crítica*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.159.

<sup>3</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10.ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.377.

Vê-se, pois, que a competência por prerrogativa de função está disposta na Constituição Federal e também em legislações infraconstitucionais (por exemplo, no Código de Processo Penal, nas Constituições dos Estados, nos Códigos de Organização Judiciária dos Estados), sendo certo que, num primeiro momento poder-se-ia cogitar a existência de uma grave violação ao princípio da igualdade, entretanto, essa premissa não se traduz verdadeira, pelo simples fato de que não se procura diferenciar pessoas iguais, mas sim diferenciar cargos e funções.

Não foi à toa que o constituinte fez expressa previsão no art. 102, I, “b” e “c”<sup>4</sup>, da Constituição Federal, a competência do Supremo Tribunal Federal, para processo e julgamento de infrações penais comuns praticados pelos agentes políticos lá elencados. Da mesma forma, o fez para a competência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se deflui da regra contida no art. 105, I, “a”<sup>5</sup>, da Constituição Federal, sendo certo que mais adiante, o constituinte delimitou a jurisdição dos Tribunais Regionais Federal, conforme disposto no art. 108, I, “a”<sup>6</sup>, da Carta Federal.

O grande detalhe do dispositivo constitucional em comento é a expressão “da área de sua jurisdição”, onde o ilustre Tourinho Filho<sup>7</sup> sintetiza:

---

<sup>4</sup>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

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. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23abr.2019.

<sup>5</sup>Idem. Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, 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 Regionais 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. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 abr.2019.

<sup>6</sup>Idem. Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, 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; BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 abr.2019.

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.129.

a expressão “da área de sua jurisdição”, contida no art. 108, I, “a”, da CF, significa que o Tribunal Regional Federal julga, apenas, os Juízes Federais, os Juízes Auditores da Justiça Militar da União, os Juízes do Trabalho e os membros do Ministério Público que exerçam suas funções dentro no seu território jurisdicional, pouco importando onde tenham cometido a infração. São cinco os Tribunais Regionais Federais: o 1º, com sede em Brasília e jurisdição no Distrito Federal, Bahia, Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso, Rondônia, Acre, Roraima, Amapá, Amazonas, Pará, Tocantins, Piauí e Maranhão; o 2º, com sede no Rio de Janeiro e jurisdição nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo; o 3º, com sede em São Paulo e jurisdição nos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul; o 4º, com sede em Porto Alegre e jurisdição nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná; e, finalmente, o 5º, com sede em Recife e jurisdição em Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Ceará. Assim, se um Juiz Federal do Paraná cometer qualquer infração penal, pouco importando o lugar onde o fez, será processado e julgado pelo TRF da 4ª Região, porquanto estão sob sua jurisdição os Juízes Federais das Seções do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

Por fim, destaca-se a competência constitucional dos Tribunais de Justiça, que está prevista no art. 96, III<sup>8</sup>, e no art. 29, X<sup>9</sup> da Constituição Federal, cabendo aqui, por ser pertinente, fazer algumas observações: a primeira é que a constituição expressamente usa a palavra “crimes”, excluindo daqui as contravenções penais. Outra observação é, novamente, a distinção entre “crimes comuns” e “crimes de responsabilidade, já explorada anteriormente.

No tocante ao Prefeito Municipal, vale o anotado por Nucci<sup>10</sup>:

note-se que o Prefeito deve ser julgado pelo Tribunal de Justiça, de acordo com o art. 29, X, da Constituição Federal. Por isso, deveria ser competência do Pleno ou do Órgão Especial, como ocorre com os juízes e promotores. Entretanto, assim não tem ocorrido e os Prefeitos são julgados pelas Câmaras. Deve-se tal situação ao excessivo número de processos contra os chefes do Executivo Municipal que, se fossem julgados pelo Pleno, iriam congestionar a pauta. Por outro lado, quando o Prefeito cometer crime federal, deve ser julgado pelo Tribunal Regional Federal; quando cometer crime eleitoral, pelo Tribunal Regional Eleitoral. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal: Súmula 702: “A competência do Tribunal de Justiça 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”; Súmula 703: “A extinção do mandato do prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1.º do Decreto-lei 201/67.

<sup>8</sup>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 96. Compete privativamente:

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23abr.2019.

<sup>9</sup>Idem. Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça; BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23abr.2019.

<sup>10</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.195.



Ora, como visto no início deste capítulo, a competência por prerrogativa de função está disciplinada tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional. Nesta segunda parte, o foco será a legislação infraconstitucional, mais precisamente o Código de Processo Penal, que disciplina a matéria em seu Capítulo VII, do Livro V, que possui quatro artigos<sup>11</sup>.

Do que se pode extrair dos citados artigos da legislação processual penal, constata-se que a intenção foi seguir a linha prevista no ordenamento constitucional, não existindo nenhuma novidade, salvo a mencionada nas lições de Nucci, que em relação aos crimes de responsabilidade, entende que elas são infrações penais político-administrativas.

Em verdade, o citado doutrinador descreve, ainda, que as ditas infrações vêm descritas na Constituição Federal, art. 85, como no caso do Presidente da República e no Decreto-Lei nº 201/67, quando a hipótese é do Prefeito, sendo certo que aqui, a competência acaba sendo a da Câmara dos Vereadores para julgamento do Chefe do Executivo Municipal.

Por fim, o citado professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo ainda destaca que a Sumula 722 do STF firmou entendimento de que é de competência legislativa da União a definição de crime de responsabilidade, assim, como o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento, ainda que as autoridades com foro sejam de outros entes federativos que não a União Federal.

Assim, não obstante reconhecer que são inúmeros aqueles contrários ao foro especial pro prerrogativa de função no Brasil, ou, pelo menos, contrários à maneira como este está instituído no ordenamento jurídico pátrio, principalmente pela previsão contida na Constituição Federal, não há como deixar de se reconhecer que essa linha de raciocínio parte de uma premissa equivocada, quando defende que trata-se de um instituto que representa um privilégio pessoal, o que seria vedado pela Constituição Federal, criando-se, a partir daí um paradoxo a ser superado.

Isto porque, nem mesmo a grande quantidade de números de brasileiros contemplados com o foro especial, no Executivo, no Legislativo e no Judiciário seria uma justificativa plausível para extinção dessa modalidade de fixação de competência, até porque essa situação

---

<sup>11</sup>Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 23abr.2019.

seria facilmente resolvida se ocorresse uma alteração constitucional diminuindo aquelas pessoas alcançadas pelo foro.

Percebe-se que a referida proposta de diminuição dos contemplados com o foro privilegiado, além de não aniquilar o instituto, afastaria a corriqueira argumentação de que a hipótese transmite uma translúcida sensação de impunidade, diante da disparidade entre a quantidade de ações tramitadas nos Tribunais Superiores.

Destaca-se, pois, que o instituto do foro especial não é um privilégio pessoal (o que terminantemente é vedado pela Constituição Federal), e sim de uma garantia processual, com o escopo de obter decisões mais acertadas, uma vez que serão prolatadas por órgãos colegiados e julgadores de maior experiência profissional e conhecimento jurídico, ou seja, autoridades de alto escalão sendo julgadas por órgãos de maior hierarquia.

## 2. O ATIVISMO JUDICIAL DO NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO PENAL 937

Nunca é demais destacar, que o ativismo judicial trouxe uma postura de protagonista do Supremo Tribunal Federal em diversos julgamentos, gerando, por consequência, acirrados debates jurídicos no âmbito do direito constitucional, notadamente sobre se a postura positiva do poder judiciário nas decisões estaria ou não em consonância com a divisão dos poderes previstos no art. 2<sup>o</sup><sup>12</sup> da Constituição Federal.

Em verdade, o termo ativismo judicial foi citado pela primeira vez nos Estados Unidos, país adepto do sistema jurídico denominado *Common Law*, no qual a jurisprudência, na forma de precedentes, constitui a principal fonte de criação da norma jurídica, permitindo uma atuação dos magistrados condutas mais interpretativas, de forma criativa e vanguardista, com o escopo de adaptar o direito à realidade que hoje se vivencia.

Todavia, não obstante ser cediço que tais atitudes, também, vêm sendo adotada nos países de sistema jurídico da *Civil Law*, como o Brasil, não há como deixar de se reconhecer que o ativismo deve ser contido, até porque não conseguimos identificar uma vantagem inerente a proteção de direitos a partir de uma decisão judicial, já que existe um sistema político amplamente democrático com o direito e o processo adequados.

---

<sup>12</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 abr.2019.

Para exemplificar o ativismo judicial brasileiro, pede-se vênia para trazer a colação julgado do STF:

Agravo interno no Recurso Extraordinário com Agravo. Administrativo. Ação Civil Pública. Reforma em escola. Implementação de políticas públicas pelo poder judiciário. Possibilidade. Violação ao princípio da separação de poderes. Inocorrência. Precedentes. Omissão estatal. Situação de risco. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da súmula 279 do STF Agravo interno desprovido<sup>13</sup>.

Vê-se, pois, que a interpretação do princípio constitucional da separação de poderes decorre de uma luta por poder entre os Poderes constituídos, notadamente, porque tal princípio deve ser investigado segundo a realidade nacional, em que se pode observar períodos extremamente ativistas e outros, ao contrário, bastante retraídos, refletindo, pois, a postura que a sociedade espera que seja tomada frente às situações que surjam, sendo certo que no cenário atual o Judiciário vem ganhando um protagonismo exacerbado decorrente de decisões como a acima descrita.

Dáí que advêm as críticas de boa parte da doutrina sobre a mais nova interpretação do texto constitucional firmada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup>, quando a maioria dos Ministros, decidiu pela aplicação do foro por prerrogativa de função apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

O instituto do foro por prerrogativa de função tem o objetivo de proteger cargos públicos, eletivos ou não, não sendo, nem de longe, um privilégio, mas sim, uma prerrogativa inerente a diversos cargos públicos, sendo imperioso destacar que o objetivo do Estado é sim de proteger a atividade exercida, não a pessoa que ocupa aquela função.

Em verdade, apesar das discussões sobre as vantagens e desvantagens do foro por prerrogativa, fato é que a interpretação restritiva conferida a esse instituto por meio de “mutação constitucional”<sup>15</sup> caracteriza um problemático ativismo judicial, já que o STF desprezou a competência privativa do Parlamento para realizar mudanças formais na Constituição Federal, através de processo legislativo diferenciado de Emendas Constitucionais ou Revisões.

<sup>13</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1071070 AGR*, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/11/2017, Proc. Elet. DJe-285 Div. 11-12-2017 Pub. 12-12-2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313464249&ext=.pdf>>. Acesso em: 23abr.2019.

<sup>14</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Penal 937*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>>. Acesso em: 23abr.2019.

<sup>15</sup>Fenômeno pelo qual os textos constitucionais são alterados sem revisões ou emendas.

A propósito, nunca é demais trazer para debate que foi aprovada em 2017 no Senado a Proposta de Emenda à Constituição PEC nº. 333<sup>16</sup>, o que não deixa de ser uma demonstração de que houve a decisão da Suprema Corte na Ação Penal 937 foi equivocada, por ter um alcance não autorizado pelo constituinte.

Dessa feita, não fica difícil concluir que na decisão da Suprema Corte brasileira, ocorreu um excesso nos limites do órgão julgador, já que o Poder Legislativo é que tem a competência de criar e alterar as leis no nosso país, não sendo crível e sequer razoável que esta função seja exercida pelo Poder Judiciário, ante ao déficit democrático deste último.

Nesse sentido, vale a pena trazer o escólio de Atahualpa Fernandez<sup>17</sup>:

[...] estou firmemente convencido de que o “ativismo judicial inovador” não deve (o que pressupõe que não pode) ser admitido baixo nenhuma circunstância. Se é certo que a legislação atual tende a ocasionalidade e a confusão, não menos certa é a constatação de que isso não nos permite deduzir que as sociedades modernas pretendam remeter aos magistrados os problemas últimos de seu livre – e por vezes defeituoso – ajuste social.

Frise-se que nem mesmo o eventual argumento de que o Parlamento está afastado das demandas da sociedade, por conta de uma atuação extremamente lenta, em virtude do detalhamento dos procedimentos de alteração e criação de textos legais, não justifica decisões como a ora comentada que alterou o texto expresso da Constituição Federal, sem a observância de um processo legislativo próprio, o que torna cristalina a posição de que entre a atuação legislativa do constituinte e a atuação do Judiciário em reescrever a Carta Federal, deve prevalecer à primeira, em respeito à soberania popular e ao princípio democrático.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal – STF, ao concluir que a prerrogativa de foro dos deputados federais e senadores somente se aplicam aos crimes cometidos durante o exercício do cargo, considerando-se como início a data da diplomação, trouxe um cenário jurídico de insegurança e um grave problema que poderá afetar a imparcialidade dos julgados, diante das pressões, constrangimentos, favorecimentos e perseguições políticas, que irão existir quando os juízes de 1º grau julgar os parlamentares do Poder Legislativo Federal, vale dizer, deputados e senadores.

<sup>16</sup>Altera os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns, e revoga o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal. BRASIL. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2140446>>. Acesso em: 23 abr.2019.

<sup>17</sup> FERNANDEZ, Atahualpa. Ativismo judicial. *Jus Vigilantibus*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/40388/2>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

Mas não é só, pois ao se debruçar sobre o conteúdo da posição firmada pelo STF, constata-se que os ministros entenderam que a prerrogativa somente se aplica aos crimes praticados durante o exercício do cargo e relacionados às funções, o que resultará em diversas interpretações, resultando possíveis ilegalidades, abusos e injustiças, a depender do interprete.

Impende registrar sobre a necessidade de aprofundar a discussão da competência do foro por prerrogativa de função, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento acima citado, não pontuou sobre as demais prerrogativas previstas na Carta Magna de 1988, nem tampouco sobre as Constituições Estaduais, o que denota que a recente decisão ativista da Suprema Corte ao invés de dar uma “eficiência” no andamento das ações penais poderá trazer inúmeras discussões jurídicas para as demandas, resultando uma maior dificuldade para o seu termo, transformando-as em processos intermináveis.

Vê-se, portanto, que não há razão para crer que os direitos sejam mais bem protegidos quando o judiciário atua, notadamente por ser inapropriado que uma tomada de decisão final, seja feita sem a participação efetiva de representantes eleitos por uma sociedade livre, o que equivale dizer que o ativismo judicial não é um quadro incondicional, uma vez que para sua implementação depende de várias condições, principalmente, quando há uma disfunção grave das instituições a justificar uma intervenção do Poder Judiciário.

Nunca é demais repisar, que numa sociedade livre e democrática, as legislaturas eleitas não devem operar sob a supervisão de juízes não eleitos, não se justificando o protagonismo do Poder Judiciário no cenário atual brasileiro, nem mesmo estando caracterizada à inércia do poder legislativo e do executivo nas demandas sociais, até porque, na prática, não há como deixar de se reconhecer que nem sempre os ministros do STF proferem julgados escorados na Constituição Federal, mas sim em convicções subjetivas pessoais, o que leva boa parte dos juristas a afirmarem que esse quadro torna as decisões ilegítimas.

Ora, balizas constitucionais são essenciais para qualquer órgão, independentemente do Poder ou instância hierárquica a que esteja vinculado, sob pena de se prestigiar a quebra da divisão de Poderes, prevista no artigo 2º da carta constitucional, até porque o Supremo Tribunal Federal - STF é um órgão de proteção e fiscalização do respeito à Constituição, devendo observar fielmente o texto daquele documento estruturante do Estado, o que significa dizer que, para manter-se dentro dos limites de uma atuação legítima, deve, logicamente, não afrontar preceitos previstos no ordenamento constitucional, sendo isso, o mínimo que se pode esperar de um órgão com essas atribuições.

### 3. O TRATAMENTO DADO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA AO FORO PRIVILEGIADO E UMA COMPARAÇÃO COM O MODELO BRASILEIRO

O tema da ação penal originária nos Tribunais é um dos assuntos mais interessantes na esfera do direito processual penal constitucional e que levanta debates importantes, já que garante a determinadas autoridades detentoras desse direito, serem julgadas por um órgão colegiado, levantando-se discussões sobre eventuais violações ao direito fundamental à igualdade e do juiz natural.

Há que se reconhecer que existem críticas a respeito da eficiência do foro privilegiado no Brasil, sob o argumento de que tal circunstância repercutiria como sendo um “privilégio” que afronta diretamente o artigo 5º da Constituição Federal<sup>18</sup>.

No entanto, o intuito do foro privilegiado é proteger a atividade do cargo público (a chamada “coisa pública”) ocupado pela pessoa sob acusação penal, e não a pessoa em si. Por isso, é ainda hoje utilizado nos ordenamentos jurídicos de vários países de tradição romano-germânica, especialmente no Direito brasileiro.

A utilização da função ou do cargo para determinar o foro de julgamento como forma de substituir os privilégios pessoais, isto é, aqueles conferidos a pessoas em virtude da classe na qual nasceram, apareceu pela primeira vez na Constituição Americana<sup>19</sup>, no instituto do “*impeachment*”, funcionando apenas para os casos de responsabilidade política. Essa técnica foi muito ampliada pela Constituição Espanhola<sup>20</sup> e a Portuguesa<sup>21</sup>, sendo certo que as constituições posteriores desses países mantiveram esse instituto, até os dias atuais.

Em Portugal, o foro por prerrogativa de função está definido de modo lacônico no artigo 130<sup>22</sup> da Constituição portuguesa, após as revisões do texto constitucional. Ao contrário

<sup>18</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23abr.2019.

<sup>19</sup> Constituição dos Estados Unidos da América, assinada em 17/09/1787, ratificada em 21/06/1788. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181796>>. Acesso em: 23abr.2019.

<sup>20</sup> Constituição de Cádiz, conhecida como Constituição Espanhola de 18/03/1812. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril\\_v50\\_n198\\_p89.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p89.pdf)>. Acesso em: 23 abr.2019.

<sup>21</sup> Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 23/09/1822. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/174472>>. Acesso em: 23 abr.2019.

<sup>22</sup> Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1974. Art.130. Responsabilidade Criminal

1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça.
2. A iniciativa do processo cabe à Assembléia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções.
3. A condenação implica a destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição.

do caso brasileiro, a Carta portuguesa não esgota a matéria, o que fica a cargo do Código de Processo Penal<sup>23</sup>. Além disso, é muito menor o uso do instituto em citado país ibérico, podendo citar, como exemplo, que os membros do Poder Legislativo português não gozam de foro por prerrogativa de função, ao contrário do presidente desse mesmo poder.

Ressoa-se, pois, que na legislação estrangeira, muito é deixado para a legislação infraconstitucional a prerrogativa de foro; onde é delimitado a competência originária dos tribunais superiores (o Tribunal Supremo e os Tribunais Superiores de Justiça, um em cada comunidade autônoma) sendo definida de modo muito próximo àquela do Direito brasileiro. Destaca-se, para tanto, um grande rol de autoridades sujeitas a esse modo de definição da competência penal. Entretanto, a experiência espanhola apresenta suas peculiaridades, muito em face do Reino de Espanha não ser organizado de modo federativo.

Observa-se que no mundo não existe um sistema processual penal que estabeleça a prerrogativa de foro por exercício da função de forma tão ampla e indiscriminada, cobrindo sob o seu manto tantas autoridades públicas como no Brasil.

Nesse sentido, o país precisa repensar conceitual, filosófica e historicamente a que se propunha teologicamente o instituto quando da sua criação, estabelecer medidas objetivas de restrição da prerrogativa de foro por exercício da função, protegendo os cargos públicos mais essenciais, pois tais medidas certamente irão “desinchar” os tribunais responsáveis pelo processo e julgamento dessas ações penais.

Não obstante, deve ser dada solução mais imediatista aos processos em curso, seja através de alteração da lei, promovendo o deslocamento da competência de boa parte desses processos para o 1º grau ou de reformas estruturais nos tribunais, com varas especializadas que promovam celeridade no trânsito em julgado dessas ações, punindo os agentes públicos criminosos, promovendo a justiça e consequentemente combatendo a impunidade que tanto impulsiona a corrupção no país.

## CONCLUSÃO

---

4. Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt> > Documents > CRPVIIrevisao> .Acesso em 23 abr.2019.

<sup>23</sup> Decreto-Lei n. 78/87. Código de Processo Penal. Art.12, número 3, letra “a” do CPP português. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)>. Acesso em: 23 abr.2019.

Com o presente artigo, buscou-se fazer uma investigação sobre a influência do fenômeno do ativismo judicial, na decisão do Supremo Tribunal Federal que deu nova interpretação a competência do foro por prerrogativa de função. Para tanto, diante do contexto até então delineado, pode-se defluir que o Poder Judiciário vem crescentemente ganhando protagonismo, sobretudo em razão da desídia, abuso e retração dos Poderes Executivo e Legislativo na efetivação de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

É bem verdade, que essa conduta proativa faz com que o Poder Judiciário assumira um papel relevante na transformação do ideário constitucional, já que os resultados concretos de suas decisões, não se limita a mera aplicação estrita da lei, o que nesse contexto, acabar trazendo munição para alguns críticos dessa postura, ante a falta de legitimidade democrática dos membros do Poder Judiciário.

Frise-se, que durante o ensaio se abordou fundamentos preciosos sobre eventual vício do ativismo judicial, mas que ao longo da pesquisa foram sendo afastados pelos argumentos que levaram uma postura mais ativa do Supremo Tribunal Federal no caso da competência do foro por prerrogativa de função, notadamente porque não se pode confundir interpretação proativa com discricionária substituição das escolhas realizadas pelo legislador constituinte, estando o julgador adstrito aos princípios e fins constitucionais, o que pode ser controlado através das exigências de fundamentação e publicidade das decisões judiciais.

Nunca é demais lembrar que a própria Constituição Federal confere ao Poder Judiciário a tarefa de guardar a Carta Federal e interpretá-la, não merecendo qualquer amparo o argumento falacioso de que as decisões ativas carecem de legitimidade democrática, pois diante de omissões legislativas, não se admite que os julgadores se eximam de responsabilidade, quando mais importa é a concretização dos direitos fundamentais e sociais.

No caso trazido a debate, constata-se que o fundamento que se escorou a interpretação do texto constitucional firmada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal 937, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, quando a maioria dos Ministros, decidiu pela aplicação do foro por prerrogativa de função apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas, se fundamenta, claramente, numa função normativa, de caráter supletivo, no exercício de sua típica função jurisdicional de se dar efetividade as normas constitucionais, não padecendo, pois, de qualquer violação a ordem constitucional.

Ademais, o ativismo judicial muitas vezes é uma necessidade, não sendo plausível e sequer razoável que se exija do cidadão o aguardo da atividade legislativa para a realização de



seu direito. Nesse sentido, constata-se que se trata de um mecanismo a favor da democracia, na medida em que proporciona a efetivação de direitos renegados pelo legislador.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (promulgada em 05 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

FERNANDEZ, Atahualpa. *Ativismo judicial. Jus Vigilantibus*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/40388/2>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

LOPES JR. Aury. *Introdução Crítica*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13.ed. rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo em Recurso Extraordinário - ARE 1071070 AgR*, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/11/2017, Proc. Elet. DJe-285 Div. 11-12-2017 Pub. 12-12-2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313464249&ext=.pdf>>. Acesso em: 23abr.2019.

\_\_\_\_\_. *Questão de Ordem na Ação Penal 937*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>>. Acesso em: 23 abr.2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10.ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.