



## Ilan Presser: Limites do foro privilegiado de acordo com o Supremo

Na semana passada, o Supremo Tribunal Federal reiterou a tese remansosa e iterativa, no sentido da impossibilidade de membros do Ministério Público exercerem cargos no Poder Executivo, ao julgar a nomeação do procurador Wellington Lima e Silva para ministro da Justiça, na ADPF 388.

Naquele caso, a derrota para o governo se desenhava como uma tragédia anunciada. Isso porque todos os precedentes da corte convergiam no sentido de que o membro do Ministério Público não pode se afastar de suas funções para exercer cargo fora da estrutura do órgão, salvo o Magistério. A orientação estava firmada nos seguintes julgados: ADI 2.084/sp, rel. Min. Ilmar Galvão – ADI 2.836/RJ, rel. Min. Eros Grau – ADI 3.298/ES, rel. Min. Gilmar Mendes – ADI 3.838-mc/DF, rel. Min. Carlos Britto – ADI 3.839-mc/MT, rel. Min. Carlos Britto – MS 26.325-mc/df, rel. Min. Gilmar Mendes.

A importância da análise de precedentes se dá pois há uma função pedagógica nas decisões do Poder Judiciário: a sinalização à sociedade, e para os que exercem o Poder, de como se deve atuar prospectivamente. Nessa linha, os juízes, quando decidem, visam a evitar conflitos futuros, e ficam atentos aos efeitos colaterais de suas decisões, em uma perspectiva consequencialista.

Com a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o governo parece determinado a buscar mais duas derrotas, ambas em matéria de foro por prerrogativa de função. São reverses que já podem ser de antemão conhecidos.

A primeira tentativa vem da proposta de um projeto de lei para dar foro privilegiado a ex-presidentes da República, ventilada recentemente no Parlamento. A segunda é a nomeação de uma ex-autoridade para ocupar o cargo de ministro de Estado, com o inescandível objetivo de obtenção do foro privilegiado.

Começemos pelo primeiro ponto.

Há cerca de uma década, o STF interpretou a Constituição no sentido de que o foro por prerrogativa de função só pode existir durante o exercício do mandato. Assim, o Pleno do STF, por 7 votos a 3, na ADI 2.797, entendeu inconstitucional a Lei 10.628/02, que estendeu para ex-autoridades o foro privilegiado.

Entenderam os ministros que o fundamento a legitimar a existência do foro diferenciado, é a proteção do cargo, ou seja, do interesse público. E jamais da pessoa que o ocupa temporariamente. Do contrário haveria a prevalência de um interesse meramente privado.

Na ocasião, o relator das ações, ministro Sepúlveda Pertence, asseverou que o Congresso praticou abuso do poder de legislar, ao tentar restabelecer por lei o foro especial de ex-autoridades, que o STF já tinha derrubado em 1999.



Uma das razões à busca da extensão do foro para ex-autoridades foi a notícia da prisão, à época, do ex-presidente argentino Carlos Menem, por decisão do juiz federal Jorge Urso, após o fim de seu mandato, em 2001.

Assim, a lei foi aprovada, e sancionada pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, no apagar das luzes de seu mandato.

Além da prisão do ex-presidente argentino, por um juiz de primeiro grau, o STF tinha cancelado a súmula 394. Esta dispunha que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”

O verbete fora editado em 3 de abril de 1964, não por acaso dois dias após a deflagração do golpe militar de 1964, em uma quadra histórica superada com a Constituição Cidadã. Com a nova ordem constitucional, o enunciado foi cancelado, com o julgamento de questões de ordem entre os anos de 1999 e 2001 (Inq 687, (DJ de 9/11/2001), na AP 315 (DJ de 31/10/2001), na AP 319 (DJ de 31/10/2001), no Inq 656 (DJ de 31/10/2001), no Inq 881 (DJ de 31/10/2001) e na AP 313 (DJ de 12/11/1999)).

Naquele momento o Supremo Tribunal Federal deu o recado de que, em uma República democrática, o foro só se legitima em bases excepcionais. E nunca para fins de favorecimento pessoal do inquilino que detém momentaneamente o exercício do Poder, que pertence ao povo.

Por essa razão, no mesmo julgado, e na mesma linha de raciocínio, o STF entendeu inconstitucional o foro especial nas ações por improbidade administrativa, com a mesma interpretação restritiva para o instituto de excepcional deslocamento da competência. Tal entendimento foi reafirmado em precedentes como AI 556727 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, DJe 26/04/2012; ARE 700359/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 06/08/2012, DJe 10/08/2012; AC 3170/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 29/06/2012, DJe 1º/08/2012; RE 664350/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 27/06/2012, DJe 02/08/2012; RE 540712 AgR-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 27/11/2012, DJe 13/12/2012.

Voltando ao foro privilegiado, em matéria criminal, para ex-autoridades, sempre houve tentativas de mitigar a orientação estabelecida. Ocorre que, os Tribunais Superiores repisaram, ao longo dos anos, de maneira uníssona e remansosa o evidente: autoridades que se aposentam, ou encerram o mandato, perdem a prerrogativa de foro. Com esses julgados, parecia colocada uma pá de cal sobre a polêmica. Como exemplos podem ser citados a Pet 3421 AgR/MA, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2009, DJe 04/06/2010, HC 106871/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 11/04/2012; Rcl 4213/ES, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 08/08/2012, DJe 15/08/2012, Rcl 8.055/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 1º/08/2012, DJe 09/08/2012 e AgRg no AREsp 111.378/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/09/2012, DJe 24/09/2012).

Com a "lava jato", o pêndulo da história oscila novamente para reações ao trabalho desempenhado em



---

primeira instância, pelas instituições envolvidas.

Esse não é o único diploma legislativo com o escopo reativo de tentar barrar o trabalho dos órgãos de persecução criminal. Pode ser citada também, entre outras, a Medida Provisória 703/2010, referente aos acordos de leniência.

Na Itália, a operação mãos limpas, também gerou reações legislativas retrógradas, como demonstrado no artigo *Mãos Limpas* (Matias Spektor, Folha de São Paulo, 10/3/2016). Com efeito, após a bem-sucedida operação, Berlusconi, e Matteo Renzi, deram o troco: aprovaram leis para solapar a autonomia do Poder Judiciário e do Ministério Público. Ainda, conseguiram descriminalizar o caixa dois.

Como já se sabe que o projeto de lei é inconstitucional e natimorto, porquanto não se pode cogitar do foro privilegiado a antigas autoridades, almeja-se agora nomear o ex-presidente Lula, alvo de investigações, como ministro. O propósito é tão somente lhe garantir o foro por prerrogativa da função que passaria a exercer. Ocorre que, a Suprema Corte, também tem precedentes que indicam com segurança a inadmissibilidade da manobra para fins de deslocamento do órgão julgador.

A hipótese da nomeação só para buscar a competência da Suprema Corte não encontra precedentes na nossa história. Mas já há julgados sobre duas situações inversas, porém idênticas se observada a finalidade pretendida. Naqueles dois casos, houve a renúncia de dois parlamentares para escapar de uma condenação definitiva, e a pena privativa da liberdade dela decorrente.

A motivação visou a uma fraude processual. Por isso, se deu com desvio de finalidade. O presidente da República detém a competência outorgada, que é administrar e gerir o bem público. O limite é o respeito à sua finalidade: o atendimento aos anseios da coletividade representada. Assim como não se pode desapropriar o imóvel de um inimigo, imbuído do mero espírito mesquinho de inimizade, não é possível nomear um ministro para fins de afastamento do juiz competente. Aquele que tem o poder-dever de analisar um caso concreto. Entendimento contrário feriria de morte a independência do Poder Judiciário. Nessa linha, o desembargador Vladimir Passos de Freitas, [em artigo publicado na ConJur](#), em 13/03/2016, intitulado *Nomeação para dar foro privilegiado a réu é ato administrativo nulo* assevera com precisão o desvio de finalidade. A posição deste artigo vai ao encontro de dois precedentes recentes do guardião da Constituição.

No primeiro caso, o Pleno do STF, começou o julgamento do então deputado Júlio Cezar Gomes dos Santos. Um ministro pediu vista dos autos e, imediatamente, o parlamentar renunciou. O propósito era que o processo fosse encaminhado ao primeiro grau. Apesar disso, a Corte entendeu a renúncia ineficaz pois “uma vez iniciado o julgamento do Parlamentar nesta Suprema Corte, a superveniência do término do mandato eletivo não desloca a competência para outra instância” (Inq 2295, r. Min Menezes Direito, j. 23 /10 /2008).



A censura do Pretório Excelso se deu pois o objetivo inescandível do ato era o de retirar os juizes naturais do seu processo. Ou seja, o ato de renúncia foi praticado com atalhamento constitucional, para impedir ou dificultar a legítima persecução penal do Estado. Aceitar esse motivo para modificar o juízo seria enfraquecer a força normativa da Constituição, ao transformar o processo em um terreno de astúcias e conveniências.

No segundo caso, imbuído do mesmo espírito inconstitucional, o Deputado Federal Natan Donadon — que, nesse processo, viria a se tornar o primeiro parlamentar preso no exercício do mandato, desde a redemocratização — tinha renunciado ao mandato um dia antes da data de seu julgamento.

O STF entendeu que houve abuso de direito e fraude processual, pois a renúncia visava, novamente, a retirar os juizes naturais de seu processo, conforme a divisão constitucional estabelecida de competências. Aceitar a modificação pretendida, dos magistrados a analisarem o caso, teria o condão de enfraquecer o princípio da supremacia da Constituição.

Nesse eito, a razão de decidir foi de que o ato de renúncia só é legítimo, se não tiver a finalidade desviada. Ao revés, há nulidade se a renúncia for manejada com o fim de impedir ou atrasar um julgamento, ou uma ordem restritiva da liberdade. A ementa do julgado estatuiu que “(...) Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. 2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal. (...) STF. Plenário. AP 396/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 28/10/2010.”

Agora, o pêndulo do jogo político oscila para a nomeação do ex-presidente Lula, para o cargo de ministro de Estado, com a finalidade de não ser julgado pelo juiz natural da demanda. Ocorre que, a Constituição existe justamente para limitar o político pelo jurídico; em outras palavras, permitir apenas o exercício do Poder desde que constitucionalmente adequado e amparado.

Por isso, como a investigação já foi iniciada, e a assunção de um ministério dar-se-ia tão somente para escapar do juiz de primeira instância, em uma fraude processual evidente, tal como se deu nos dois precedentes citados.

Em suma, se mantidos os fundamentos que inspiraram os julgados retratados acima, verifica-se que, tanto o projeto de lei, para a atribuição de foro a ex-presidentes, quanto a pretendida nomeação de ex-presidente, para o cargo de ministro, não serão aptos a gerar o foro privilegiado. Como no caso julgado semana passada, o epílogo já é de antemão conhecido.

#### **Date Created**

16/03/2016