



**Emenda à PEC 333/2017 que
pretende manter o **foro
especial** por prerrogativa de
função em relação à
decretação de **medidas
cautelares penais****

Nota Técnica n.º 09/2019 AJUFE¹

A **ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE**, entidade de classe de âmbito nacional representativa dos Magistrados Federais, em cumprimento de seu dever institucional de colaborar com o processo legislativo, apresenta a Vossa Excelência **Nota Técnica**, relacionada à manifestação do Deputado Federal Luiz Flávio Gomes (PSB/SP) no sentido de apresentar uma emenda à PEC 333/2017, cujo escopo, em síntese, é manter o foro especial por prerrogativa de função em relação à decretação de medidas cautelares penais.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tramita na Câmara dos Deputados Proposta de Emenda à Constituição (PEC n.º 333/2017) que pretende extinguir o foro especial por prerrogativa de função em relação aos crimes comuns, excetuando-se apenas o Presidente e o Vice-Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, autoridades que, nos termos da Proposta, permanecerão com foro especial na Corte Suprema.

Contudo, recentemente circulou em diversos noticiários que o eminent Deputado Federal Luiz Flávio Gomes teria manifestado sua intenção em apresentar uma emenda à Proposta, com o escopo de manter as prerrogativas de foro no que diz respeito à decretação de medidas cautelares.² Em outras palavras, nos termos da proposição do Parlamentar, os Juízes de Primeira Instância não teriam competência para decretar medidas cautelares contra as autoridades que atualmente possuem foro especial, ainda que competentes para o processamento e o respectivo julgamento da causa.

Dessa forma, haveria mais de uma instância incumbida de processar os feitos criminais contra essas autoridades. Ao Juiz de Primeiro Grau caberia a prática de todos os atos processuais, inclusive a prolação da sentença, com exceção, todavia, das medidas cautelares, cuja aplicação caberia ao órgão que é competente nos termos do

¹ Material desenvolvido em conjunto com a assessoria jurídica Malta Valle Advogados.

²<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/09/18/proposta-no-congresso-pode-impedir-juiz-de-1a- instancia-de-decretar-medidas-cautelares-contra-politicos.ghtml>.

texto constitucional atualmente vigente. Nota-se, portanto, que a emenda sugerida pelo ilustre Deputado tem por fim a mitigação das regras contempladas na PEC 333/2017.

II. IGUALDADE E REPUBLICANISMO

É natural que a Constituição Republicana de 1988 guarde algumas incongruências — e até contradições — entre seus preceitos, sobretudo em vista da conjuntura histórica em que inserido seu processo de elaboração e promulgação. Embora permeada de participação popular e impulsionada por forças democráticas, a promulgação da Carta Política sucedeu um longo período de exceção, de modo que ainda se fizeram presentes, no texto constitucional, alguns resquícios aristocráticos que caracterizavam o regime antecedente. Um exemplo desses resquícios é a amplitude do foro especial por prerrogativa de função.

De todo modo, a Carta da República, mais do que um documento pronto e acabado, é um projeto em constante aperfeiçoamento. É o que revela, *exempli gratia*, a Emenda Constitucional n.º 35/2001, que, entre outras modificações, promoveu a revogação da regra que condicionava o processamento de parlamentar federal à prévia autorização da Casa respectiva. No mesmo viés, caminha a PEC n.º 333/2017, que pretende reduzir significativamente as autoridades sujeitas a foro especial. Destarte, afigura-se contrária à forma republicana e ao regime democrático qualquer tentativa de amainar os efeitos dessa Proposta de Emenda à Constituição, a qual representa notável avanço no processo de desenvolvimento e consolidação da democracia.

O republicanismo e o regime democrático assentam suas bases na noção de responsabilidade dos mandatários do povo e de igualdade política entre os homens. Aliás, a Carta Maior é expressa ao prescrever a igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza.³ Portanto, diante desse arcabouço axiológico, que prestigia a igualdade e a responsabilidade, não se justifica a pretensão de assegurar a certos agentes públicos a prerrogativa de serem processados e julgados por instância especial.

Percebe-se, pois, que essa Proposta de Emenda à Constituição caminha rumo ao fortalecimento do princípio republicano e à realização do princípio da igualdade, afastando resquícios aristocráticos que ainda maculam o texto constitucional. Por outro lado, a emenda à Proposta sugerida pelo Deputado Federal Luiz Flávio Gomes, ao pretender manter o foro especial por prerrogativa de função em relação às medidas cautelares penais, acaba por representar um verdadeiro entrave ao processo paulatino de aperfeiçoamento da Carta Cidadã.

III. INSUBSTÂNCIA DAS RAZÕES DO FORO PRIVILEGIADO

³ 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, nos termos seguintes: [...].

Os defensores do foro privilegiado costumam argumentar que o instituto constitui um meio necessário ao bom exercício das funções inerentes ao cargo público. Entendem que atribuir competência originária a um órgão jurisdicional hierarquicamente superior afasta — ou ao menos minimiza — as possibilidades de instrumentalização do processo penal para fins de perseguição política. Isso porque os órgãos colegiados, compostos por Magistrados mais experientes, seriam, em tese, menos suscetíveis a sofrerem influências políticas.

Essa justificativa, entretanto, não subsiste, notadamente porque a Carta da República cuidou de assegurar à Magistratura garantias de independência (art. 95, I, II e III) e garantias de imparcialidade (art. 95, parágrafo único) — garantias essas que atingem indistintamente todos os Magistrados, independentemente do grau de jurisdição que ocupam. Portanto, todos os Juízes possuem as mesmas condições normativas de exercer a judicatura com altivez e autonomia, sem precisarem se curvar a pressões ou interesses políticos de quem quer que seja.

A Proposta de Emenda é fruto dessa compreensão, de modo que carece de sentido a pretensão de manter o foro privilegiado para decretação de medidas cautelares. Isso porque se o Magistrado tem autonomia e independência para sentenciar, certamente também terá para acautelar o processo com as medidas cabíveis. Além disso, a emenda à Proposta sugerida pelo ilustre Deputado contraria à lógica segundo a qual “quem pode o mais pode o menos”. Se o Juiz tem poderes para receber a denúncia e prolatar sentença condenatória, não há justificativa razoável para que não tenha poderes para aplicar as medidas acautelatórias estritamente necessárias à realização dos fins da persecução criminal.

Cabe ressaltar que grande parte das medidas cautelares não tem o condão de afetar as atividades do agente público, como, por exemplo, a fiança e a monitoração eletrônica. Assim, a emenda sugerida pelo Deputado é, no mínimo, desproporcional, porquanto não faz distinção entre as diferentes cautelares, o que revela, por via de consequência, seu descompasso com o suposto propósito do foro privilegiado. Se a pretensa ideia da prerrogativa de foro é resguardar a autonomia e independência do agente que exerce funções constitucionalmente relevantes, não há razão para afastar o poder do Magistrado de decretar qualquer medida cautelar, uma vez que nem todas são suscetíveis de prejudicar o exercício do cargo público por parte da autoridade detentora do foro por prerrogativa de função.

IV. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

As medidas cautelares não se bastam por si sós, mas, ao revés, foram inseridas na persecução penal como instrumentos orientados a garantir o regular desenvolvimento do processo e a efetividade da jurisdição criminal. São, portanto, medidas de natureza instrumental, que visam assegurar o resultado útil do processo. Não se olvide, ainda, que algumas cautelares estão funcionalizadas à proteção da prova. Dessa forma, cabendo a sentença ao Magistrado de Primeira Instância, não se afigura

cabível tolher-lhe os meios necessários à segura formação do seu convencimento. É lógico que as medidas acautelatórias do processo devem estar à disposição de quem decide, sob pena de tornar inefetivo o provimento jurisdicional.

Essa cisão de competência afronta o princípio da identidade física do Juiz.⁴ A realização desse princípio, em sua máxima extensão, reclama que todas as decisões do processo sejam tomadas, tanto quanto possível, pelo Magistrado que preside a instrução. O princípio encontra seu fundamento na noção de que a proximidade e o contato direto com a prova conferem ao Juiz melhores condições de proferir um édito mais justo e rente à verdade material. Portanto, o Magistrado que preside a instrução processual dispõe de maiores elementos para avaliar a conveniência de uma cautelar, de modo que dar a Juiz diverso do da instrução o poder de decidir sobre a aplicação de medidas acautelatórias representa um risco à efetividade da jurisdição penal.

Ademais, ainda se vislumbra violação ao princípio da identidade física do Juiz sob uma outra perspectiva. Conforme outrora salientado, algumas cautelares estão voltadas à tutela da prova, caracterizando-se, pois, como parcela do poder instrutório. Dessa maneira, atribuir a um órgão colegiado parte do poder de instrução ao mesmo tempo em que atribui a um Juízo Singular o poder de sentença significa justamente a quebra da identidade que deve haver entre o Magistrado que preside a instrução e o Magistrado que proleta a sentença. Essa quebra de identidade não é salutar e deve ser evitada, razão pela qual a decisão sobre a conveniência de uma cautelar deve ser tomada por quem é competente para julgar a causa.

V. CELERIDADE E EFETIVIDADE PROCESSUAL

No julgamento da questão de ordem suscitada na ação penal 937/RJ⁵, o Ministro Luís Roberto Barroso asseverou que a extensão do foro especial por prerrogativa de função no Brasil não encontra paralelo no direito comparado, não havendo, segundo aduz, nenhuma democracia consolidada que contemple prerrogativa de foro para um número tão extenso de autoridades públicas. Sustenta que essa extensão do foro especial tem sobre carregado os tribunais, que não possuem estrutura adequada para processar ações penais originariamente.

A partir da experiência da Suprema Corte, o Ministro demonstra a existência de disfuncionalidades que afetam o instituto. Com base em dados de 2017, afirma que no Supremo Tribunal Federal tramitam cerca de 500 processos contra agentes políticos, entre inquéritos e ações penais. Além disso, faz referência a estudo produzido pela FGV, de acordo com o qual o número de processos novos que aportam na Corte é maior do que o número de processos encerrados.

⁴ Art. 399. [...]:

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

⁵ AP 937 QO, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018.

Ainda a fim de demonstrar as disfuncionalidades do foro especial por prerrogativa de função, aduz o Ministro que a tramitação dos processos perante a Corte é extremamente lenta. Segundo afirma, o tempo médio para o simples recebimento de uma denúncia é de 581 dias, ao passo que o tempo médio na Primeira Instância é de menos de uma semana. E mesmo após todo esse trâmite o resultado é a frustração do provimento jurisdicional. De acordo com relatório da FGV, citado no voto, duas a cada três ações penais sequer chegam a ter o mérito avaliado pelo Tribunal, em virtude ou de prescrição ou de declínio de competência.

Todas essas disfuncionalidades, traduzidas em morosidade e inefetividade da Justiça Criminal, têm demonstrado que a figura do foro privilegiado conduz à impunidade de agentes públicos e, por consequência, ao descrédito do sistema penal. Ressalte-se, mais uma vez, que essa sistemática caracteriza violação ao princípio republicano, em cujos traços essenciais, conforme já salientado, encontra-se a noção de responsabilização dos governantes.

Em relação às medidas cautelares, surge um especial gravame. Como é cediço, são pressupostos das medidas acautelatórias o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ou, em outras palavras, a evidência do direito e a urgência da medida. Portanto, diante desses requisitos, cabe ao Magistrado, sempre observando a necessidade e a adequação, decretar as cautelares necessárias a resguardar o resultado útil do processo. Nota-se, então, que a urgência é elemento inerente à noção de medida cautelar.

Ocorre, contudo, que o procedimento resultante da emenda proposta pelo eminente Deputado Federal não se coaduna com a ideia de urgência. Perceba que sempre que o Magistrado de Primeiro Grau se deparar com a necessidade de decretar uma medida cautelar, ele deverá remeter, independentemente da urgência, os autos ao tribunal competente, para que um relator — que não tem conhecimento sobre o caso — possa avaliar as peças de informação, formar seu convencimento, elaborar um voto e submeter a causa a julgamento perante o colegiado. Esse trâmite certamente representa um risco à concretização dos fins almejados com a medida.

Portanto, a emenda à Proposta parece contrariar a lógica da celeridade e efetividade da jurisdição penal. Subtrair do Magistrado que preside a instrução o poder de decretar cautelares importa em ameaça ao resultado útil do processo. Reforce-se que essas medidas requerem urgência, sobretudo pelo fato de que, muitas vezes, estão orientadas a evitar o perecimento de prova ou mesmo a fuga do investigado ou acusado. Assim, é certo que o Magistrado que teve contato direto com a produção da prova tem melhores condições de decretar uma acautelatória revestida de maior eficiência e celeridade que a medida reclama.

Por fim, saliente-se que a ordem jurídico-constitucional não atribui função a uma determinada autoridade pública sem atribuir-lhe igualmente os meios necessários à sua realização. Dessa forma, se ao Magistrado de Primeiro Instância foi conferida a função de proferir sentença, forçoso reconhecer que a ele também devem ser conferidos os meios necessários para acautelar o processo, tudo em favor da eficácia do futuro provimento jurisdicional.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, constata-se que a emenda à PEC n.º 333/2017 sugerida pelo ilustre Deputado Federal Luiz Flávio Gomes, que pretende manter o foro especial por prerrogativa de função em relação à decretação de medidas cautelares penais, representa um verdadeiro entrave ao desenvolvimento e aperfeiçoamento da Carta da República. Isso porque a proposição do Deputado, sob o pretexto de que se faz necessária uma regra de transição, pretende mitigar a extensão e a abrangência da Proposta de Emenda à Constituição que visa realizar, com maior profundidade, os princípios republicanos e democráticos.

Além disso, não mais subsistem as razões que, na origem, deram ensejo à instituição do foro privilegiado, porquanto, no atual regime jurídico-constitucional, à Magistratura foram atribuídas garantias de independência e de imparcialidade, de modo que todos os Juízes, independentemente do grau de jurisdição, possuem as mesmas condições para exercer a judicatura com autonomia.

Ademais, a emenda à Proposta implica quebra da identidade que deve haver entre o Magistrado que preside a instrução e o que sentencia. Conforme ressaltado, essa violação à identidade física do juiz não se mostra salutar, pois atenta contra a efetividade da jurisdição penal. Isso porque o Juiz que tem contato direto com a produção probatória tem melhores condições de proferir um édito mais próximo à verdade material.

Por fim, esse procedimento complexo, de cisão de competência, ameaça a efetividade do Sistema de Justiça Criminal. Como dito, as medidas cautelares reclamam urgência e, muitas vezes, precisam ser aplicadas com celeridade, sob pena de se tornarem inócuas. Essa complexidade, portanto, tem potencial para frustrar a prestação jurisdicional e conduzir à irresponsabilidade de agentes políticos, demonstrando seu caráter antirrepublicano e antidemocrático.

Destarte, são essas as considerações que cabiam à ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE. Ressalte-se que as reflexões aqui expostas visam unicamente o aprimoramento do processo legislativo, tornando mais plural e democrático o debate institucional. Aproveita-se o ensejo, por fim, para reiterar as expressões de estima e distinta consideração.

Brasília/DF, 23 de setembro de 2019.

FERNANDO MARCELO MENDES
Presidente da AJUFE — Juiz Federal