

O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA AP 937: A QUESTÃO DA PRORROGAÇÃO DE COMPETÊNCIA E A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE EM SEDE DE QUESTÃO DE ORDEM

Amanda Navajas Hilsenrath (IC) e Prof. Dr. Alexis Couto de Brito (Orientador)

Apoio: PIBIC CNPq

RESUMO

Este artigo é fruto de uma pesquisa na qual se analisou o precedente judicial emanado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a AP 937, sob a perspectiva do Processo Penal e da doutrina da Separação de Poderes no âmbito da Jurisdição Constitucional. O precedente em análise estabeleceu, em 2018, um novo entendimento referente à aplicação do foro por prerrogativa de função relativo aos membros do Congresso Nacional quando do cometimento de infrações penais comuns. Nesse sentido, este estudo sugere que após uma análise crítico-reflexiva do inteiro teor do acórdão, contrastada com a literatura produzida sobre o tema, percebeu-se que o precedente formado pelo STF se revelou problemático em diversos aspectos. No entanto, para os fins deste estudo, analisar-se-á exclusivamente a parte da tese que trata da prorrogação de competência no decorrer do processo, a fim de evitar o fenômeno classificado pela Corte como “elevador processual”, o qual supostamente teria o condão de acarretar a prescrição da pretensão punitiva, assim como, analisar-se-á o grau de legitimidade da tese firmada, uma vez que ela se originou em sede de questão de ordem, incidente processual inapto para tanto. Sendo assim, ao analisar estes dois aspectos distintos da decisão, pretende-se demonstrar que o precedente em comento se mostrou frágil na construção de seus argumentos jurídicos, dando indícios da existência de um *déficit* de legitimidade no que tange aos pressupostos teóricos de Processo Penal e Jurisdição Constitucional, ambos à luz da doutrina de Separação de Poderes.

Palavras-chave: Foro por prerrogativa de função. Separação de Poderes. Processo Penal.

ABSTRACT

This article analyzes the judicial precedent issued by the Brazilian Supreme Court, AP 937, from the perspective of Criminal Procedure and the doctrine of Separation of Powers within the scope of Constitutional Jurisdiction. In 2018, this precedent established a new understanding regarding the application of the politicians' special jurisdiction rule about the members of the Brazilian National Congress while committing common criminal offenses. In this sense, this study suggests that after a critical analysis of the content of the judgment,

contrasted with the theoretical studies produced on the subject, it was noticed that the precedent formed by the Brazilian Supreme Court demonstrated to be problematic in several aspects. Nonetheless, the scope of this research will analyze only the part that deals with the extension of jurisdiction, in order to avoid the phenomenon classified by the Court as "procedural elevator", which supposedly would have the power to lead to the statute of the limitation of the punitive claim. In addition, this research will also analyze the degree of legitimacy of the decision, since it was originated during the appreciation of a procedural matter, which seems to be an unsuitable means for this purpose. Therefore, when analyzing these two aspects of the decision, this research aims to demonstrate that the precedent in question proved to be fragile in the construction of its legal arguments, thus indicating the existence of a deficit of legitimacy regarding the theoretical assumptions of Criminal Procedure and Constitutional Jurisdiction, under the light of the Separation of Powers doctrine.

Keywords: Politicians' special jurisdiction. Separation of powers. Criminal procedure.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto da conclusão do programa de iniciação científica feita com a bolsa-auxílio do CNPq (2021-2022) na área de Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. No caso, a pesquisa de campo foi conduzida através de um estudo de caso no qual se analisou um precedente judicial emanado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a AP 937. Nesta ação penal firmou-se um novo entendimento acerca da aplicação do foro por prerrogativa de função, e considerando os impactos jurídicos e políticos que este precedente causou no cenário político-jurídico brasileiro, pretendeu-se, então, investigar de que maneira ele foi construído.

Para tanto, investigou-se os aspectos formais (processuais) e materiais da decisão, a fim de se aferir o grau de legitimidade que ela goza no campo da ciência jurídica sem, porém, desprezar ou ignorar as reverberações também ocorridas no campo da ciência política. Dessarte, pretendeu-se com isso efetuar uma análise crítico-reflexiva a partir da observação deste fenômeno com o fito de não só explicá-lo, mas também de trazer novos apontamentos e nuances ainda não enfrentadas sobre o tema, estando, portanto, aí contidos os aspectos de originalidade e relevância da presente pesquisa.

No entanto, é preciso enfatizar que a decisão ora analisada possui inúmeros outros aspectos que podem ser igualmente questionados tanto à luz da doutrina moderna de Direito Constitucional, quanto da doutrina de Processo Penal, mas que devido ao recorte efetuado, focar-se-á apenas nos aspectos atinentes da decisão que tratam da questão da prorrogação da competência, bem como, das implicações relativas ao precedente ter sido firmado em sede de questão de ordem, vez que estes parecem interferir no grau de legitimidade com a qual a decisão se reveste.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

A revisão da literatura aqui empregada perpassou o que foi produzido sobre os temas do foro por prerrogativa de função, da prorrogação de competência e das diferenças entre um preceito legal *versus* o que se convencionou chamar neste estudo de “preceito”¹ jurisprudencial. Ademais, no que tange à intersecção entre os campos de Direito Constitucional, Teoria Geral do Processo e Ciência Política, esta pesquisa se valeu ainda de

¹ É sabido que a jurisprudência dos tribunais elabora precedentes judiciais ao prolatar as suas decisões. No caso do STF, muitos destes precedentes possuem eficácia *erga omnes* e caráter vinculante, vinculando todo o Poder Judiciário e a Administração Pública em suas funções típicas. No entanto, no que concerne a decisão analisada, nota-se que há indícios de que o precedente formulado possui traços comuns a um preceito normativo do que propriamente a um precedente judicial. Sobre esse ponto específico, tratar-se-á mais adiante.

estudos que abordam fenômenos da prática jurídica intitulados por seus estudiosos de “ambiente decisional rígido”² e “catimba constitucional”³, pois ambos analisam a atividade judicante do STF quando do estabelecimento de precedentes judiciais, bem como, tocam, ainda que indiretamente, na tônica da Separação de Poderes.

2.1. O foro por prerrogativa de função e a sua formatação constitucional

O foro por prerrogativa de função é um instituto jurídico utilizado para deslocar a competência que seria, *a priori*, de um magistrado de primeiro grau no que tange o julgamento de infrações penais comuns, diretamente para um tribunal. Nessa esteira, Tourinho Filho⁴ explica que a competência do foro por prerrogativa de função também é conhecida pela denominação de competência originária *ratione personae* (ou *ratione muneris*), a qual, como dito, consiste no poder que se concede a certos órgãos superiores de jurisdição para processarem e julgarem determinadas pessoas, colocando-se, portanto, como regra de competência absoluta.

No caso em análise, esta competência, por expressa determinação constitucional, foi designada ao Supremo Tribunal Federal (STF), o qual será competente para julgar os membros do Congresso Nacional, no que tange o cometimento de infrações penais comuns (Art. 53, § 1º cc. Art. 102, inc. I, “b” ambos da CRFB/88⁵), de modo, que o juiz natural para os indivíduos elencados no Art. 102, inc. I, “b” será o Supremo Tribunal Federal e não o magistrado de primeira instância.

² O nome ambiente decisional rígido foi cunhado por Teresa Arruda Alvim ao estudar o fenômeno da modulação de efeitos na alteração da jurisprudência. A autora explica que existe, o que chama de ambiente decisional rígido e ambiente decisional frouxo, os quais precisam ser levados em conta pelos Tribunais quando estes desejem alterar a sua jurisprudência. Desse modo, ao considerar o contexto da AP 937, analisar-se-á o tipo de ambiente decisional em que essa decisão foi prolatada, bem como as consequências ao alterar-se o entendimento anterior da Corte. In: ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

³ O termo foi cunhado por Rubens Glezer, professor da FGV-SP. A “catimba constitucional” seria espécie do gênero “ativismo judicial”. O autor se vale da metáfora da catimba comumente praticada no futebol para aludir à ação judicante praticada pelo STF, quando este se relaciona com os demais Poderes. Nesse sentido, Glezer observa que o STF parece praticar “catimba” frente a outro Poder quando a sua ação judicante, embora não ilícita em si mesma, demonstra indícios de carência de legitimidade, o que corrobora, em última análise, para uma crise constitucional. No caso da AP 937, dado as reverberações político-sociais que esta obteve, entende-se que o fenômeno descrito por Glezer, parece se aplicar à esta decisão, assim como se verá adiante. GLEZER, Rubens. **Catimba Constitucional: o STF, do antijogo à crise constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 02. 34ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 177.

⁵ **Art. 53, § 1º** Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001) [...]. **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; [...]

Uma vez inserto no texto constitucional, a doutrina tentou justificar a sua existência, já que, aos olhos do constitucionalismo moderno, ele parece colidir frontalmente com o princípio republicano e com o princípio da isonomia seja por tratar os indivíduos de forma diferenciada, seja por conferir privilégios não previamente conferidos a outros. Nesse sentido, Brito⁶ e Pacelli⁷ pontificam que em detrimento da relevância de determinados cargos e funções públicas, o constituinte originário decidiu fixar foros privativos para o processo e julgamento de infrações penais comuns praticadas por seus ocupantes, a fim de imprimir-lhes maior eficiência e evitar perseguições locais movidas por interesses políticos⁸. Ainda por essa ótica, Tourinho Filho⁹ explica que não se trataria de “odioso privilégio” concedido a tais indivíduos, mas que isso seria um tipo de cautela que serviria para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando qualquer tipo de subversão da hierarquia, ao mesmo tempo que o foro serviria para cercar o processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores.

Por outro lado, Lopes Jr.¹⁰ assevera que seria por demais equivocada a ideia que alguns doutrinadores concebem de que o foro por prerrogativa de função seria um grande benefício para o réu. Segundo ele, o argumento de ser julgado por um tribunal composto por juízes, em tese, mais experientes que o magistrado de primeiro grau, não significaria necessariamente obter sempre uma maior qualidade técnica de julgamento. Além disso, ainda enfatiza o Lopes Jr., que o foro por prerrogativa de função esbarra na impossibilidade de se obter um verdadeiro duplo grau de jurisdição¹¹, o que por si só, já se revela problemático uma vez que este constitui um direito fundamental do indivíduo.

Em que pese o argumento dos referidos doutrinadores, fato é que a existência do foro por prerrogativa de função parece ser um instituto perene dentro da história constitucional brasileira, estando presente, ainda que com a formatação diversa da atual, desde a Constituição Imperial de 1824¹², o qual se manteve em todas as demais Constituições posteriores. Com isso, o que se pretende dizer é que, culturalmente, o instituto parece estar

⁶ BRITO, Alexis Couto de. *et al. Processo Penal Brasileiro*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 137.

⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 274.

⁸ Pacelli explica ainda que, os órgãos judicantes para o foro, em tese, contariam com uma formação profissional e experiência diferenciada, a qual contribuiria para o balanço e imparcialidade do julgamento do réu a ele submetido. *Ibid.*, p. 276.

⁹ TOURINHO FILHO, *Op. cit.* págs. 178-179.

¹⁰ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. págs. 275-276.

¹¹ O princípio do duplo grau de jurisdição é considerado princípio implícito no texto constitucional no que tange os direitos e garantias fundamentais. Não obstante, ele aparece de forma expressa no Pacto de São José da Costa Rica, art. 8.2 “h” (Decreto 678/92).

¹² O art. 164, II, da Constituição Imperial de 1824 previa competir ao Supremo Tribunal de Justiça conhecer dos delitos, e erros do ofício, que cometerem os seus ministros, os das relações, os empregados no corpo diplomático, e os presidentes das províncias.

entranhado no ideário da cultura política brasileira, tendo sido sempre chamado à existência pelo poder constituinte originário ao se elaborar cada nova Constituição, ainda que possa ser altamente questionável a sua manutenção em nossa Constituição atual.

2.2. A prorrogação de competência dentro do Processo Penal

Falar em competência implica falar em processo. Logo o fenômeno da prorrogação de competência é algo que ocorre tanto na esfera do Processo Civil como na do Processo Penal. Na seara do Processo Civil, a competência é fixada no momento do registro ou da distribuição da petição inicial (art. 43/ NCPC 2015). No entanto, nos casos que se verifica incompetência relativa ou por expressa disposição legal, é possível a ocorrência da chamada prorrogação de competência¹³. Já no que concerne o Processo Penal, a fixação da competência não é tão simples quanto ao que se verifica no Processo Civil e deve obedecer a determinados critérios legais plasmados no Código de Processo Penal (CPP).

Destarte, Badaró¹⁴ explica que quando ocorre um determinado crime, para se definir qual o juiz competente, deve-se seguir um processo gradativo, que intitula de “concretização da competência”, o qual principia pelo nível mais amplo e de maior abstração, até se chegar a um único e específico órgão jurisdicional concreto. Por isso, o art. 69 do CPP¹⁵ deve ser interpretado e aplicado como um sistema que comporta diversas etapas que normalmente são identificadas com perguntas sobre um problema de competência, por exemplo: Qual o crime? Quem o praticou? Onde ocorreu? etc. Ao se responder gradativamente a estas perguntas, consegue-se, ao final deste processo, estabelecer o órgão competente, bem como, quem será o juiz natural para julgá-lo.

Sem embargo, também no Processo Penal, podem ocorrer fenômenos supervenientes relativos à incompetência relativa que podem causar a chamada prorrogação de competência. Nessa esteira, Badaró¹⁶ explica que a prorrogação de competência seria a modificação da esfera concreta de competência de um juiz para outro. Ou seja, amplia-se a esfera de

¹³ Theodoro Jr. explica que ocorre a prorrogação de competência quando se amplia a esfera de competência de um órgão judiciário para conhecer de certas causas que não estariam, ordinariamente, compreendidas em suas atribuições jurisdicionais. Sendo assim, a prorrogação pode ser legal (ou necessária) (arts. 54 a 56 do CPC/2015) quando decorre de imposição legal poder ser de natureza voluntária quando decorre de ato de vontade das partes como na eleição de foro ou na falta de alegação de incompetência relativa em preliminares de contestação (arts. 65 e 337, § 6º do CPC/2015). In: THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 01. 59a. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 243.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3a. ed. rev., atual., e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 221.

¹⁵ **Art. 69.** Determinará a competência jurisdicional: I - o lugar da infração; II - o domicílio ou residência do réu; III - a natureza da infração; IV - a distribuição; V - a conexão ou continência; VI - a prevenção; VII - a prerrogativa de função.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, págs. 246 e 248. Eugenio Pacelli compartilha do mesmo entendimento que Badaró no que tange esse aspecto. In: PACELLI, Eugênio. *Op. cit.*, p. 243.

competência de um órgão judiciário, atribuindo-lhe competência para um processo no qual este não seria normalmente competente, ao passo que o outro órgão que seria inicialmente competente deixaria de sê-lo. Sendo assim, segundo o autor, os casos em que seria possível efetuar a prorrogação da competência no Processo Penal seriam: (1) conexão e continência, (2) desaforamento e (3) federalização dos crimes que representem grave violação de direitos humanos.

Assentar estas premissas são de extrema importância porque falar em prorrogar a competência é lidar também com o conceito juiz natural¹⁷. Considerando que o juiz natural é um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXVII e LIII, da CRFB/88) diretamente atrelado aos pressupostos da existência de um devido processo legal, parece fazer sentido afirmar que, em um Estado de Direito que adota o sistema da *civil law*, as hipóteses de prorrogação de competência, as quais, em última instância alterarão o juiz natural da causa, para gozarem de legitimidade, deverão necessariamente derivar da lei¹⁸ e não de precedentes judiciais tal como ocorre em países de tradição da *common law*. Enfatizar isso é deveras importante, porque em que pese os precedentes judiciais terem cada vez mais relevância no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode perder de vista, que na seara do Direito Penal e Direito Processual Penal, estão em jogo bens jurídicos que não podem ser sacrificados sem a devida permissão legal, de modo que, o meio legítimo e democrático para afetar tais direitos é a lei e não o precedente judicial.

Não obstante, o estudo de caso da AP 937 revelou que o STF efetuou, ao esposar o seu novo entendimento de aplicação do foro, uma prorrogação de competência não prevista em nenhum diploma legal que discipline o assunto. Sendo assim, examinar-se-á mais adiante se esta decisão e o seu conteúdo, no que tange este aspecto, podem ser consideradas legítimas e de que maneira elas tem o condão de macular o devido processo legal.

2.3. O preceito legal versus o “preceito” judicial

Este subtítulo foi cunhado com a intenção inequívoca de problematizar o ato da atividade judicante. É cediço que com o advento da reforma do Judiciário com a EC/45 de 2004, e posteriormente com o Novo Código de Processo Civil em 2015, o Poder Judiciário foi dotado de maior poder e legitimidade na construção dos chamados precedentes judiciais e

¹⁷ Badaró explica que o momento da perpetuação da competência (*perpetuatio jurisdictionis*) no processo penal não é o da propositura da ação tal como ocorre no Processo Civil, mas o do cometimento do delito. Isso é importante porque qualquer pessoa tem o direito de saber, previamente quem será o juiz que irá julgá-la por aquele fato, evitando-se, assim, qualquer tipo de tribunal *ad hoc* ou mesmo privando o indivíduo do seu direito de saber quem é o seu juiz natural. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, págs. 47-48.

¹⁸ No caso, o Poder competente para editá-la será o Legislativo da União, isto é, o Congresso Nacional por força do preceito constitucional plasmado no Art. 22., inc. I, *in verbis*: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, (...) (grifo meu).

precedentes vinculantes¹⁹. No entanto, o Poder Judiciário, como dito, é competente apenas para desenvolver precedentes judiciais e não “preceitos” judiciais. Por isso, neste estudo, entende-se por “preceito judicial” a tese firmada por um tribunal Superior, especificamente no caso, o STF, que em seu conteúdo contenha caracteres de generalidade e abstração, traços distintivos típicos do conceito de preceito legal e não do precedente judicial.

Estabelecer essa primeira premissa é importante, pois, por vezes, quando se observa algumas das teses desenvolvida pelos Tribunais Superiores, nota-se que algumas delas firmam teses que se assemelham, verdadeiramente, a preceitos legais. Isso é extremamente problemático uma vez que não é função típica do Poder Judiciário praticar atividade legiferante, e ao fazê-lo, além de usurpar a competência do Poder Legislativo, que é o Poder democraticamente legitimado para fazê-lo, permite que o conteúdo de sua decisão careça de legitimidade e, quiçá, até de validade no que concerne o ato praticado²⁰. Por isso, entende-se ser de bom alvitre resgatar alguns conceitos-chaves que ajudam a definir os contornos do que constitui uma norma jurídica, da qual o preceito legal (e constitucional) são subespécies e o que é um precedente judicial, pois não há um *tertius genus*, chamado preceito judicial, ainda que a prática jurídica demonstre a sua ocorrência.

Em que pese a diferença entre ambos os autores para classificar as normas jurídicas, Tércio Sampaio Ferraz Jr.²¹ e Norberto Bobbio²² parecem concordar que as normas jurídicas gozam de algumas características que identificam em comum. Dada as dimensões deste estudo, pontuar-se-á aquelas que são as mais comumente difundidas pela doutrina. Nesse sentido, entende-se que a norma jurídica, *lato sensu*, possui os aspectos de bilateralidade, generalidade, abstração, imperatividade e coercibilidade²³. Dentre todos esses aspectos

¹⁹ Alguns exemplos que ilustram a força e legitimidade da adoção de precedentes mesmo dentro de um sistema de *civil law*: Art. 102, §§ 2º e 3º, Art. 103-A da CRFB/88, e Arts. 926 a 928, 976, 988, inc. III e IV todos do CPC/2015.

²⁰ Entende-se, neste estudo, que um ato jurisdicional é eivado de vício, e, portanto, inválido quando praticado por agente incompetente ou que o conteúdo do ato transborda da sua esfera de competência. Por isso, entende-se que quando o Judiciário pratica ato que vai além de suas competências instituídas, o ato será, portanto, inválido, devendo ser removido do ordenamento jurídico.

²¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 10a. ed. rev., atual., e ampl. - São Paulo: Atlas, 2018. págs. 86-92.

²² BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 6a. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016. págs. 175-180.

²³ A bilateralidade tem a ver a norma ser dirigida à duas partes, na qual uma detém o dever jurídico, ou seja, deverá exercer determinada conduta em favor de outra, enquanto, a outra parte detém o direito subjetivo de exigí-la. Já a generalidade situa-se como característica relacionada ao fato de a norma jurídica valer para qualquer um, sem distinção de qualquer natureza, para os indivíduos concernentes em determinado território, de modo que ela não foi criada para um ou outro cidadão, mas para todos. A imperatividade impõe que a norma deverá ser cumprida e observada por todos, não dependendo da vontade dos indivíduos para realizá-la, vez que a norma não é conselho, mas uma ordem. Por fim, a coercibilidade pode ser explicada como a possibilidade do uso da força para combater aqueles que não observam as normas e, assim, conduzi-los a cumpri-las.

focar-se-á aqui na abstração da norma, na medida que este atributo é inerente ao preceito legal, não fazendo parte dos atributos que qualificam um precedente judicial.

Entende-se que a abstração demonstra que a norma jurídica não foi criada para regular uma situação concreta ocorrida, mas para regular uma situação hipotética, abstrata. Ela encampa o que seria um “fato jurídico” ainda não concretizado no mundo fático, daí o seu caráter hipotético, mas previamente selecionado pelo ordenamento jurídico dada a sua relevância para o Direito. Desse modo, através do atributo da abstração, a norma jurídica formularia os modelos de situação, com as suas características fundamentais, porém sem mencionar as particularidades de uma situação subjetiva. Já o precedente judicial, assim como explicam Georges Abboud e Lenio Streck²⁴, gozaria de um tom de abstração, muito embora não da abstração enquanto atributo distintivo da norma jurídica, mas de uma abstração no sentido da possibilidade de o precedente poder ser aplicado em casos análogos.

Sendo assim, não se cria um precedente hipotético para se regular um caso futuro não previsto em lei. O que se faz é justamente o oposto, cria-se um precedente que é fruto direto da aplicação do direito positivo para se aplicar em outros casos que gozem da mesma similitude fática e jurídica. Por isso, pode-se dizer que o precedente é um padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica. Portanto, não é possível a criação de um precedente que não encontra amparo na aplicação do direito posto, uma vez que ao se fazer isso, não se está criando precedente, mas norma jurídica, o que vedado ao Poder Judiciário quando a aplicação do Direito²⁵. Enfatizar essa diferença é crucial para que se possa enxergar nos resultados desta pesquisa que, o STF ao criar um precedente para a prorrogação da competência, parece estar formulando um preceito normativo (ou “preceito judicial”), e não um precedente judicial tal como seria da esfera de sua competência fazê-lo.

2.4. Ambientes decisoriais e a AP 937

Em um trabalho seminal sobre a questão da modulação de efeitos nos casos de precedentes vinculantes, Tereza Arruda Alvim explica que um dos fundamentos basais de um Estado Democrático de Direito é primar pela segurança jurídica. A autora esclarece que a noção de segurança jurídica é crucial em uma sociedade tão plural e diversa como a nossa, na qual as leis e a própria jurisprudência estão em constante mudança. Nessa senda, aclara

²⁴ ABOUD, Georges. STRECK, Lenio. **O que é isto? - O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes**. 3a. ed. rev., e atual. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015. págs. 33-37.

²⁵ Nas palavras dos autores: “(...) precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas, ao contrário são enunciados “gerais e abstratos” – características presentes na lei – que são editados visando à solução de casos futuros”. (...) “Na tradição do *civil law*, apenas é possível aferir-se a importância da jurisprudência se levarmos em conta a sua relação com a lei”. *Ibid.* p. 34-35.

ainda que as pautas de conduta precisam ser conhecidas de antemão com o intuito de moldar e permitir o planejamento das ações, a fim de que não se tenha surpresas posteriores. Desse modo, o Direito precisa, paradoxalmente, se adaptar às mudanças, mas também ser estável para poder ser previsível²⁶. Por esse motivo, quando o Poder Judiciário é chamado a aplicar o direito no caso concreto, ele tem o dever de preservar a segurança jurídica, mas ao mesmo tempo estar atento às mudanças de fatos e valores ocorridas no seio social²⁷.

Assim, no momento de decidir, é preciso que o Judiciário avalie o ambiente decisional em que se encontra para aferir se é preferível primar pela segurança jurídica, ou se é possível, ainda que minimamente, abalá-la a fim de proteger novas situações jurídicas que emergem do contexto social. E o que irá determinar isso é o ambiente decisional que o caso concreto se insere. Por isso, para se identificar um ambiente decisional é preciso observar, à luz do caso concreto, o ramo do Direito aplicável, assim como considerar as suas regras matrizes e os seus princípios informadores²⁸, de forma que a autora identifica dois ambientes distintos: (1) um ambiente decisional rígido e (2) um ambiente decisional frouxo.

Um ambiente decisional rígido se evidencia quando o ramo do Direito possui princípios e regras que estão demasiado atrelados ao princípio da legalidade ou estrita legalidade, e como exemplo a autora cita o Direito Tributário e Penal. Nesse tipo de ambiente decisional, é de bom alvitre que as mudanças no Direito ocorram pela via legal e não pela via jurisprudencial dado os problemas de legitimidade e segurança jurídica que uma mudança jurisprudencial poderia acarretar em ramos do Direito, os quais se orientam principalmente pelo princípio da estrita legalidade da qual a lei é a sua principal fonte²⁹. Já um ambiente decisional frouxo, não deve induzir necessariamente a pensar que este prescindiria da existência da legalidade, mas o que ocorre é que este é um ambiente em que as mudanças sociais são tão rápidas e abruptas que a política legislativa não consegue acompanhá-la na mesma velocidade, e como exemplo, a autora cita o ramo do Direito de família³⁰.

²⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Op. cit.* págs. 35-37.

²⁷ Partilha-se aqui da concepção tridimensional do Direito esposada por Miguel Real, na qual o Direito constitui um eixo tridimensional composto por fato, norma e valor, sendo que os fatos e os valores influem a todo tempo na norma jurídica que é produzida. In: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2002. p. 67.

²⁸ No contexto deste estudo, a palavra princípio deverá ser entendida na acepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, como sendo um mandamento nuclear de um sistema, como a base que constrói e dá sentido a ele, informando como deverão ser interpretada as suas regras. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 54.

²⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Op. cit.* p. 39.

³⁰ Nas palavras da autora sobre o Direito de Família: “Neste ambiente decisional, que entendemos possível chamar-se de frouxo, tem sentido a afirmação de que a jurisprudência é o termômetro mais sensível das alterações da sociedade e não deve ser engessada. É, em grande parte, por obra da construção dos juízes que o Direito de família se modifica, por exemplo”. E a título de ilustrar o que defende, a autora cita os precedentes estabelecidos pelo STF (ADI nº 4.277 e a ADPF nº 132) sobre a união homoafetiva. In: ARRUDA ALVIM, Teresa. *Op. cit.* p. 39.

Por isso, explica a autora que há casos em que será desejável renunciar à flexibilidade, a favor da segurança jurídica, e outros em que delicadas questões sociais estão envolvidas, no qual é conveniente dar ao juiz certa margem de flexibilidade para decidir, em detrimento da importância dos valores envolvidos. Por essa razão, esta distinção entre os tipos de ambientes decisoriais tem a função de mostrar: (i) quando é desejável que a evolução do Direito se faça por obra do Judiciário; (ii) quando, ao contrário, é preferível que a sua alteração ocorra pela atividade do Legislativo.

Por derradeiro, vale ainda assentar que a autora nota que, na prática, não é incomum, no Brasil, que jurisprudência já pacificada e de ambiente decisoriais rígido mude inesperada e inexplicavelmente sem que se tenha havido alguma modificação legislativa que a motive. Infelizmente isso se coloca como sintomático e problemático quando se olha valores constitucionais tais como a segurança jurídica e a dinâmica da Separação de Poderes. Já no que tange esta pesquisa, ver-se-á que o contexto de direito material que se insere a AP 937 mostra indícios de que se esteja diante de um ambiente decisoriais rígido no qual, a mudança do Direito, tal como defende a autora, seria mais adequada se tivesse vindo do Poder Legislativo e não do Judiciário, tal como ocorreu.

2.5. A Catimba Constitucional e a AP 937

Rubens Glezer, inspirado pelo trabalho de Mark Tushnet³¹, estudou a dinâmica do processo decisoriais ocorrido no STF e a sua relação com os demais Poderes, chamando o fenômeno observado de “Catimba Constitucional”. A catimba é um fenômeno característico do futebol que acontece no limite do que é permitido nas regras do jogo³², mas que, se feita de forma reiterada, tem o poder de agredir os seus valores essenciais e descaracterizar a natureza do jogo em si.

Importando esse raciocínio para o ramo do Direito, o autor explica que há indícios de catimba constitucional quando o teor do conteúdo a decisões do STF, são “formalmente” lícitos, mas possuem um *déficit* de legitimidade, seja porque violam valores centrais do jogo democrático, seja porque violam em alguma dimensão, o próprio Direito. Ainda pontua o autor que a catimba em si não é um problema, mas a sua reiteração, pois quando esta ocorre em

³¹ Mark Tushnet cunhou o termo *Constitucional Hardball* que serve para descrever a relação entre a Suprema Corte norte-americana e os outros Poderes, assim como avaliar a qualidade da atividade judicante à luz da doutrina jurídica. In: GLEZER, *Op. cit.* págs. 9-10.

³² A catimba em seu uso mais comum se refere a uma utilização malandra do tempo de jogo, a fim de reverter o resultado a seu favor de seu time. Como exemplo, o autor cita o jogador Neymar que comumente se vale do uso da Catimba para conseguir a vitória para seu time. Como explica o autor, a questão é que o catimbeiro regular perde a admiração da partida, e os torcedores não gostam que o jogador a use demais. Pode-se usá-la, mas com equilíbrio. Se se passa tempo demais “catimbando” ao invés de jogar temos um futebol deteriorado e um jogo que pode ter qualquer nome menos o nome de “futebol”, pois terá ocorrido um desvirtuamento do jogo, ou seja, a sua descaracterização. Daí, pode-se até chamar de “futebol”, ter aparência dele, mas na verdade o jogo se torna um “catimbol”.

demasia, ela tem o poder de gerar uma crise de confiança e lealdade à Constituição. Portanto, em termos simples, a catimba constitucional pode ser traduzida como uma falta de *fair play* para com as regras do jogo democrático balizada pelo Direito.

Todavia, cumpre dizer que o STF não começou a agir assim de maneira desmotivada. Segundo o autor, em nosso desenho institucional atual, a relação entre os Poderes, ao longo dos últimos dez anos tem se assemelhado mais à uma competição do que um efetivo diálogo entre Poderes, o que, em última análise, prejudica a qualidade das relações institucionais, bem como, os serviços prestados à sociedade³³. Além disso, o Brasil sofre miseravelmente de um cenário político permeado com alto nível de corrupção, de modo que esses fatores fazem com que a sociedade venha pedir uma solução aos Poderes da federação. No entanto, não pode o STF, achar que é o Poder responsável para fazê-lo, tentando dar sempre uma resposta aos escândalos políticos que volta e meia assolam nosso país.³⁴.

Ademais, o autor ainda explica que, o STF, além de efetuar a catimba com os outros Poderes, começou, principalmente ao final do processo do mensalão (AP 470), a praticar a catimba internamente, no qual ministros “catimbam” uns com os outros, deixando de agir como Corte uníssona para atuar como onze ilhas distintas³⁵. Por isso, diante de todo esse comportamento errático da Corte, assevera o autor que o seu colapso enquanto Corte Constitucional não ocorre com seu fechamento, mas quando as suas decisões começam a perder autoridade, seja porque ela fez mau uso de seu capital político, seja porque se verificou um esvaziamento de sua relevância como freio e contrapeso³⁶.

Ressaltar esse ponto é deveras importante pois o STF foi reiteradamente chamado a discutir conflitos políticos envolvendo disputas eleitorais, casos de corrupção, dentre outros temas que perpassam o cenário político-brasileiro da atualidade, se tornando uma arena pública para a discussão de tais questões. E o caso da AP 937, não foi diferente. O STF

³³ Outro autor que observa muito bem essa dinâmica entre os Poderes é Oscar Vilhena Vieira. O autor procura apontar o papel fundamental da Constituição na habilitação do jogo democrático, assim como para a necessidade da existência de um maior diálogo “constitucional” entre os Poderes, lideranças políticas e institucionais. In: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos Poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

³⁴ Glezer fala que, segundo os seus estudos referente à atuação da Corte, todo o processo do “mensalão” (AP 470) parece ter sido conduzido com a catimba de ministros, seja para condenar, seja para absolver, explorando em ambas as situações o poder da mídia. Além deste famoso caso midiático, o autor cita outros mais. In: GLEZER, *Op. cit.* págs. 18-20.

³⁵ Esse movimento pode ser traduzido nas concessões e reversões de liminares de um ministro por outro, pedidos de vista que duram anos, inclusive bate-bocas desnecessários e desrespeitosos durante às sessões de Plenário. Como exemplo, vide o lamentável episódio do bate-boca televisionado entre Barroso e Gilmar Mendes na ADI 5394. In: GLEZER, *Op. cit.* págs. 22-23.

³⁶ Para Barry Friedman, decisões ousadas ou inusitadas gastariam o capital político que o Poder Judiciário detém, o qual deveria ser poupado para que este sofresse menos represálias de outros Poderes. In: FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. 1st. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

avocou para si a tarefa de discutir um tema controvertido tal como o foro por prerrogativa de função, e entendeu que seria de sua responsabilidade dar uma resposta efetiva à sociedade por entender-se Guardião da Constituição. Portanto, entende-se que houve um gasto desnecessário de capital político da Corte ao tomar essa decisão, a qual demonstrará, como se verá adiante, que fez com que a decisão possuísse um considerável *déficit* de legitimidade e condenáveis problemas jurídicos que parecem ser não solucionáveis.

Isso porque, assim como pontifica Glezer, a legitimidade das decisões de uma Corte repousaria na capacidade de ela gozar de independência institucional, bem como, demonstrar que o conteúdo de suas decisões é predominantemente jurídico e não político, e quando se falha em tal intento, a decisão provavelmente padecerá de legitimidade e autoridade.³⁷ Ademais, ainda assevera o autor: “[...] A questão do equilíbrio é central para pensar a relação com os outros Poderes. Não é tanto uma questão de ser ativista ou passivista em relação a questões políticas, mas examinar se o Supremo realiza suas atividades de controle como um ator que atua na disputa política sob outra lógica: a jurídica.” (GLEZER, 2020, p. 66).

3. METODOLOGIA

É cediço que a academia ainda parece oferecer alguma resistência às pesquisas de caráter empírico no Direito, no entanto, esta pesquisa não foi fruto apenas de uma pesquisa empírica pura, pois, possui um caráter misto, vez que observa um fenômeno empírico e o contrapõe à luz da literatura jurídica já produzida³⁸. Destarte, o tema de pesquisa foi desenvolvido a partir de um estudo de caso, isto é, da ação penal (AP 937)³⁹, no qual se estabeleceu um novo entendimento relativo ao foro por prerrogativa de função. Neste *leading*

³⁷ “No processo de assumir para si a disputa por esse protagonismo, (o STF) se expôs à população e à comunidade jurídica como um espaço institucional excessivamente politizado. Ao se despir do verniz técnico para um perfil assumidamente político, fragilizou sua autoridade e legitimidade, tornando-se mais vulnerável ao descumprimento de suas decisões e a ataques de outros Poderes”. In: GLEZER, *Op. cit.* p. 47.

³⁸ Nesse sentido, explica Rebecca Lemos Igreja que a análise do Direito como objeto de uma pesquisa empírica é algo recente e ainda muito pouco consolidado. O que se observa é a transmissão da ideia de um Direito formalista, positivista, dogmático, distante do universo da pesquisa empírica. Entretanto, o Direito, longe de ser uma entidade abstrata, está imerso em um contexto social, que lhe molda e condiciona. Desse modo, longe de refletir uma postura neutra, o Direito responderia a um campo de relações de forças presentes na sociedade. Logo, a pesquisa empírica contribuiria para que os juristas pudessem fazer uma reflexão entre a dogmática e o Direito enquanto fenômeno social. In: IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **AP 937**. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA. [...] Min. Relator: Luís Roberto Barroso. Data de julgamento. 03.05.2018. Dje. 11.12.2018.

case, a Corte alterou o contorno jurídico da aplicação do foro, estabelecendo novos parâmetros para a sua aplicabilidade. Sendo assim, esta pesquisa se norteou pelas seguintes perguntas: (i) a decisão emanada na AP 937 parece ferir o princípio constitucional da Separação de Poderes? Se sim, de que maneira? (ii) Como a questão da prorrogação de competência estabelecida no precedente parece afetar o princípio da legalidade? (iii) O fato do precedente ter sido formado em sede de questão de ordem parece ferir as regras do devido processo legal? Se sim, de que maneira?

Com o intuito de realizar este desiderato, esta pesquisa desenvolveu-se da seguinte maneira: Inicialmente o acórdão, com quatrocentas e vinte e nove páginas, foi lido e fichado, separando-se em arquivos individuais o conteúdo do voto de cada ministro, grifando-se os argumentos centrais de cada voto, os pontos controvertidos das argumentações apresentadas, e as reações à tese vencedora elaborada pelo ministro relator do caso. Posteriormente, organizou-se uma tabela para contrapor os argumentos apresentados contra a tese vencedora e verificar de que maneira a Corte respondeu a esses argumentos durante as sessões de debate. Finalmente, de posse destes dados, e se valendo da revisão da literatura moderna sobre a temática em questão, buscou-se, então, responder às perguntas de pesquisa motrizes deste estudo fazendo-se um exercício crítico-reflexivo em relação aos achados de pesquisa contrapostos com o que foi produzido pela literatura especializada. Os resultados e análise do caso seguem na sequência.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

4.1. O caso da AP 937 e a tese vencedora

O caso concreto da AP 937 avalia se o fato submetido à Corte seria de sua competência para julgá-lo, uma vez que o réu, no decorrer da ação penal, alterou a sua função pública diversas vezes, tendo sido inicialmente prefeito, posteriormente, eleito deputado federal suplente, vindo depois a assumir como deputado titular, e finalmente vindo a renunciar a este mandato para se tornar prefeito novamente. Logo, coube a Corte avaliar se o réu gozaria ou não do foro por prerrogativa de função no STF⁴⁰. Após deliberação de todos os

⁴⁰ O caso é interessante e merece ser detalhado, pois segundo os argumentos dos ministros Luís Roberto Barroso e Marco Aurélio, ele ilustraria bem o que seria o chamado “elevador processual” que supostamente acarretaria a prescrição da pretensão punitiva estatal. O réu, Marcos da Rocha Mendes, enquanto no cargo de Prefeito de Cabo Frio/RJ, foi denunciado pelo MPE pela prática do delito de captação ilícita de sufrágio (art. 299 do Código Eleitoral), no ano de 2008. Em jan. de 2013, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE/RJ) recebeu a denúncia. Todavia, em abril de 2013, por não mais ocupar o cargo de Prefeito, O TRE declinou a competência para o processamento do feito para o Juízo da 256ª Zona Eleitoral. Nesse ínterim, a defesa do réu impetrou um HC no TRE/RJ, pretendendo o trancamento da ação penal perante a 256ª ZE/RJ. Em outubro do mesmo ano, o TRE/RJ finalmente concedeu parcialmente a ordem decretando a nulidade da decisão que havia recebido a denúncia, bem

ministros e com pedidos de vista dos ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, os quais fizeram com que a ação levasse quase três anos para ser julgada, o Tribunal, por maioria, determinou a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral/RJ para julgamento, tendo em vista que os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, assim como, pelo fato de o réu ter renunciado ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio. Além disso, como a instrução processual havia se encerrado perante a 1ª instância, ou seja, antes do deslocamento de competência para o STF, entendeu a Corte, segundo a elaboração da tese da prorrogação de competência, que o melhor seria que os autos fossem para lá baixados.

Em termos de adesão à tese vencedora, acompanharam integralmente o relator as ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia (Presidente), os ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello. Acompanharam em parte o relator o ministro Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Em que pese, não se ter tido nenhum voto completamente divergente, a Corte não foi uníssona na adesão à tese vencedora. Na realidade, durante os debates e sessões de julgamento, os cinco ministros que acompanharam o relator em parte, fizeram inúmeras críticas à tese vencedora, demonstrando problemas e fragilidades jurídicas de se estabelecer um novo precedente baseado em uma interpretação restritiva⁴¹ do Art. 53, § 1º, bem como, os “efeitos em cascata”⁴² que a tese provocaria nos demais processos em andamento e naqueles envolvendo outros cargos contemplados no Art. 102, inc. I, “b” que não os membros do Congresso Nacional.

Sendo assim, a tese vencedora da AP 937, segundo os termos utilizados pelo ministro Luís Roberto Barroso, conferiria uma interpretação restritiva ao Art. 53, § 1º da CRFB/88, na qual, o réu que se qualificasse nos termos do Art. 102, inc. I, “b” só gozaria do foro por prerrogativa de função caso: (i) os crimes tivessem sido cometidos durante o exercício do cargo e estivessem necessariamente relacionados às funções desempenhadas; e (ii) que

como de todos os atos que lhe sucederam, especialmente a designação da audiência de instrução e julgamento. Só que em abril de 2014, o Juízo da 256ª Zona Eleitoral proferiu nova decisão recebendo a denúncia, persistindo, então, o processamento da ação penal em primeira instância. A instrução foi conduzida e encerrada com a oitiva das testemunhas e o interrogatório do réu, tendo as alegações finais sido apresentadas pelas partes. No entanto, em fev. de 2015, o réu tomou posse como Deputado Federal, na condição de suplente, desse modo, o TRE/RJ acabou por declinar a sua competência e remeteu a ação penal para o STF. Quase um ano depois, em abril de 2016, o réu se afastou do mandato, vez que os deputados titulares reassumiram seus cargos. No entanto, dias depois, voltou a reassumi-lo, só que desta vez, como titular, em virtude da perda do cargo titular do então Deputado Eduardo Cunha. No entanto, janeiro de 2017, como foi eleito Prefeito de Cabo Frio, decidiu renunciar ao mandato de Deputado Federal para assumir a Prefeitura. Diante disso, o STF teria que avaliar se seria cabível à aplicação do foro ao réu.

⁴¹ A tese vencedora alude que haveria ocorrido uma mutação constitucional no dispositivo, o qual forçaria a Corte a interpretá-lo restritivamente para que este correspondesse aos princípios constitucionais da isonomia e da república. In: AP 937, págs. 12 e 41-42.

⁴² Esse argumento foi utilizado no voto do ministro Alexandre de Moraes sobre as implicações da adoção da tese vencedora no acórdão. In: AP 937, p 74.

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 seria mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixá-lo, qualquer que fosse o motivo.

Como se pode notar, o precedente formado conta com duas teses para a aplicação do foro. A primeira tese toca questões de dogmática de Direito Penal que dizem respeito aos crimes que foram praticados e o momento que eles ocorreram. Já a segunda parte da tese, elabora uma regra de aplicação processual, na qual o fenômeno da prorrogação de competência se daria, fixando-a perpetuamente, ao final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais. No entanto, quando se examina o preceito constitucional do art. 102, inc. i, "b". não existe qualquer restrição acerca do tipo de delito ou do momento de sua ocorrência para que se dê a aplicação do foro. O preceito apenas nomeia os indivíduos que dele gozam no caso das infrações penais comuns⁴³. Ademais, o preceito também não fazer referência alguma à questão da alteração da competência, o que, por óbvio não deveria estar necessariamente disciplinado na Constituição, mas em uma lei especial.

Como fora dito anteriormente há várias questões problemáticas que poderiam ser analisadas somente contemplando o conteúdo das teses elaboradas. Não obstante, focar-se-á no conteúdo material da segunda tese elaborada, bem como, o seu processo de formação em sede de questão de ordem, bem como as suas implicações no que tange o grau de legitimidade da decisão principalmente em face do princípio da Separação de Poderes (Art. 2º. Da CRFB/88) e do Devido Processo Legal (Art. 5º. LIV da CRFB/88).

4.2. Análise crítica dos achados de pesquisa

Frente ao exposto tanto na parte da revisão de literatura como do estudo de caso, encaminha-se então para uma tentativa de resposta às perguntas que deram azo a esta pesquisa. Com relação à primeira pergunta, entende-se, com base no que foi apresentado na revisão teórica contraposta ao caso em análise, que o STF pareceu ferir o princípio constitucional da Separação de Poderes com a AP 937. Os elementos que corroboram para

⁴³ Muito embora não esteja no escopo deste estudo, não se pode deixar passar que a primeira tese se assemelha muito à estrutura de uma norma jurídica, pois ela veio "regulamentar" em detalhes o preceito constitucional genérico expresso no Art. 102, inc. i, "b", em que se fala de infrações penais comuns. Ou seja, considerando todo o rol de infrações penais comuns, o precedente estabelece que somente gozará do foro aqueles que cometerem o delito em função do cargo, havendo aí regulamentação de seu âmbito de aplicação, reduzindo o rol de delitos amplamente contemplados no Art. 102. Além disso, o precedente ainda dá um marco temporal, esse completamente inexistente no preceito constitucional. A questão que se coloca é será que ação da Corte foi como ela mesmo disse, de interpretar restritivamente o preceito, ou regulamentá-lo? Neste estudo, inclina-se mais para a segunda opção a vista de todos os argumentos apresentados até aqui.

essa resposta afirmativa advêm da aplicação das teorias do ambiente decisional e catimba constitucional previamente exploradas no corpo deste trabalho. No que tange o fenômeno da catimba constitucional, percebeu-se que o contexto da AP 937, revestiu-se de forte conteúdo político, e que a Corte poderia apenas ter-se limitado a julgar o caso concreto optando por aceitar ou declinar a competência. Não obstante, ela foi além. Através de um incidente de questão de ordem decidiu elaborar um novo precedente, o qual alteraria o entendimento já sedimentado da Corte sobre a aplicação do foro.

Com isso, o STF não apenas restringiu a sua competência de maneira estratégica, como procurou dar uma resposta política à sociedade acerca da suposta ineficácia do sistema de justiça criminal e as suas disfuncionalidades⁴⁴. Sem embargo, o tribunal optou fazer essa alteração de entendimento em sede de questão de ordem, o que revela certa perplexidade, uma vez que esta não constitui o meio processual adequado para realizar tal intento, dando fortes indícios de violação das regras processuais utilizadas no estabelecimento de precedentes, e ferindo o grande princípio diretriz de um Estado de Direito que é o devido processo legal⁴⁵.

Ademais, considerando o que fora explicado acerca da teoria do ambiente decisional, a decisão ora em comento, revela indícios de estar situada em um ambiente decisional rígido, vez que o Direito Penal e o Processo Penal possuem como fundamento basal o princípio da legalidade. Considerando que a tese desenvolvida perpassa temas destes ramos do Direito, a mudança no entendimento da aplicação do preceito constitucional parece causar desconforto justamente por parecer ignorar esse princípio, e ter o condão de causar, verdadeira insegurança jurídica.

Por derradeiro, cumpre dizer ainda que a decisão parece ferir o princípio e doutrina da Separação de Poderes, pois ao se analisar as teses elaboradas, ambas possuem traços distintivos de abstração e generalidade, atributos, como visto, pertencentes às normas jurídicas e não à precedentes judiciais. Assim como foi dito no decorrer deste estudo, o precedente mais parece regulamentar a aplicação do preceito constitucional instituído no Art. 102, inc. II, “b” do que propriamente interpretá-lo, e ao se fazer isso, se extravasa, por

⁴⁴ Termos utilizados pelo ministro relator. A sua tese parece atender aos anseios “sociais” por justiça ante à corrupção brasileira, imiscuindo-se em questões políticas, que não deveriam ser o seu foco quando da apreciação do caso concreto. O seu voto se vale exatamente destes argumentos como mote à necessidade premente para que se altere a aplicação do foro. In: AP 937, págs. 25, 29 e 30.

⁴⁵ O devido processo legal perpassa todo Direito Público, e sendo o Judiciário um dos braços do Estado, ele não está juridicamente livre para agir, devendo sempre obedecer às regras do devido processo sob pena de invalidade de suas decisões. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 173.

completo, a competência conferida constitucionalmente a Corte, invadindo-se esfera de poder reservada ao Poder Legislativo⁴⁶.

Já no que tange à segunda pergunta, entende-se que a formação da tese da prorrogação de competência parece afetar diretamente o princípio da legalidade, pois tal como visto na literatura, as hipóteses de prorrogação de competência em Processo Penal são apenas legais, e neste caso, criou-se jurisprudencialmente uma regra de prorrogação de competência inexistente em diploma legal. Considerando o que foi dito acerca do ambiente decisional rígido que esta decisão se encontra, o estabelecimento de uma tese com este teor, causa, no mínimo, afronta ao princípio da legalidade e coloca em xeque o pilar da segurança jurídica, uma vez que se o Supremo foi capaz de desenvolver um “preceito” judicial processual penal para regular a questão da aplicação do foro, quem nos pode garantir que outros mais não surgirão para regular outros institutos ambos de Processo e Direito Penal?

Por fim, a terceira e última questão avalia o fato de o precedente ter sido formado em sede de questão de ordem, o qual parece ferir as regras do devido processo legal. Essa questão pode ser respondida de forma mais fácil, principalmente quando levado toda a análise feita previamente até aqui. Como explicado, o incidente de questão de ordem serve para que se aprecie incidentes relativos à ordem e forma dos atos praticados. É um incidente com escopo de análise muito restrito, não comportando apreciação de questões de direito material. Não obstante, o precedente acaba por ser formulado justamente por causa da apreciação da questão de ordem, o que leva a pensar se não houve algum tipo de violação às regras do devido processo legal.

Portanto, entendeu-se, à luz do exposto, que houve uma violação do devido processo, vez que a formação de precedentes deve se formar precipuamente durante o controle de constitucionalidade (abstrato e difuso), bem como, nas ações com repercussão geral. Desse modo, o precedente jamais poderia ter sido formado fora destas regras, muito menos, em sede processual tão restrita quanto uma questão de ordem no corpo de uma ação penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se propôs a responder à três perguntas de pesquisa que se colocaram a partir da análise do estudo de caso da AP 937, emanada pelo Supremo Tribunal Federal. Com o fito de analisar a qualidade da ação judicante da Corte, se propôs a investigar os argumentos da tese vencedora encampada pelo ministro Luís Roberto Barroso, bem como,

⁴⁶ VILE, M.J. C. **Constitutionalism and The Separation of Powers**. 2nd edition. Liberty fund: Indianapolis, 1997. Disponível em ://files.libertyfund.org/files/677/0024_Bk.pdf. Acesso em 28 de ago. 2022. P. 37-38.

trazer novos apontamentos e nuances ainda não enfrentadas sobre o tema, tais como a questão da prorrogação de competência e a aparente violação ao princípio do devido processo legal na elaboração das regras processuais na formação de um precedente judicial. Considerando que a academia ainda não havia se debruçado sobre essas questões com mais afinco, aí restam contidos os elementos de originalidade e relevância da presente pesquisa.

Desse modo, entende-se que esta pesquisa conseguiu demonstrar uma atuação estratégica do STF, as quais aparentemente visaram dar uma resposta social à questão política de fundo que envolvia o foro por prerrogativa de função, assim como, redefinir as competências constitucionais uma vez que estabeleceu regras (teses) que restringiram o âmbito de aplicação do foro, o que conseqüentemente, faria reduzir o número de processos que chegam até a Corte. No entanto, não parece ter passado despercebido a este estudo que, em detrimento dessa alteração de entendimento, a decisão da Corte, quando analisada pelo seu viés jurídico parece demonstrar que contém um *déficit* de legitimidade vez que esbarra em questões que tratam de direitos e garantias fundamentais tais como o conceito de juiz natural, o devido processo legal e Separação de Poderes, os quais garantem o devido funcionamento dos mecanismos de freios e contrapesos dentro de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, entende-se que é crucial fomentar mais estudos empíricos que se proponham a analisar as decisões emblemáticas e controvertidas do STF, com o intuito de avaliar a qualidade técnico-jurídica de seus argumentos, principalmente, porque enquanto Guardiã da Constituição, não há nenhum outro órgão acima dela para realizar o controle de seus atos, cabendo, precipuamente, a doutrina e ciência jurídica a tarefa incansável de fazê-lo para mantê-la dentro dos seus parâmetros de legalidade e legitimidade.

6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STRECK, Lenio. **O que é isto? - O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes**. 3ª. ed. rev., e atual. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª. ed. rev., atual., e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 6ª. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Contituição Política do Imperio do Brazil**. [sic], 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 1 jul. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jul. 2022.

BRASIL. [Decreto 678 (1992)]. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 7 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **AP 937**. Min. Relator: Luís Roberto Barroso. Data de julgamento. 03.05.2018. Dje. 11.12.2018.

BRITO, Alexis Couto de. *et al.* **Processo Penal Brasileiro**, 4^a. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 10^a. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. 1st. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GLEZER, Rubens. **Catimba Constitucional: o STF, do antijogo à crise constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25^a ed. São Paulo: Atlas, 2021.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5^a.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017,

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 01. 59^a. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 243.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 02. 34^a. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos Poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1^a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VILE, M.J. C. **Constitutionalism and The Separation of Powers**. 2nd edition. Liberty fund: Indianapolis, 1997. Disponível em ://files.libertyfund.org/files/677/0024_Bk.pdf. Acesso em 28 de ago. 2022.

Contatos: amanda.navajas@gmail.com e alexisaugusto.brito@mackenzie.br