

# FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: COMENTÁRIOS À QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AP 937-QO/RJ)

## *PREROGATIVES OF BRAZILIAN PARLIAMENTARIANS: REMARKS ON JUDGMENT OF CRIMINAL ACTION 937 BY SUPREME COURT OF BRAZIL (AP 937-QO/RJ)*

CAROLINA REIS JATOBÁ COÊLHO

Doutoranda em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília/DF. Especialista em Direito Público pela FESMPDFT e em Direito Constitucional pelo IDP/DF. Advogada. carolinarjcoelho@hotmail.com; carolina.j.coelho@caixa.gov.br

Recebido em: 14.05.2018  
Aprovado em: 24.06.2018

ÁREAS DO DIREITO: Penal, Administrativo

**RESUMO:** Em 03.05.2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) deu interpretação restritiva teleológica, reconhecendo incidir o fenômeno de mutação constitucional ao disposto nos arts. 102, b e c, e 105, I, da Constituição Federal brasileira. O precedente confere semântica restritiva ao instituto para aplicá-lo somente nos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados à função desempenhada pelo agente político e fixa marco temporal para prorrogação da competência criminal a partir da finalização da instrução processual, evitando-se a disfuncionalidade de seu uso para alterar o juiz natural de modo aleatório e arbitrário. A presente análise expõe o contexto das discussões, pontua os argumentos dos votos e os interpreta a partir da perspectiva teórica dos conceitos de função pública (Alessi); mutação constitucional (Dau Lin); contrafação administrativa (Bandeira de Mello e Martins); interpretação teleológica (Larenz); e interpretação por dissociação (Guastini).

**ABSTRACT:** On May 3<sup>rd</sup>, 2018, the Brazilian Supreme Court (STF) recognized teleological restrictive interpretation and declares that phenomenon of constitutional mutation affects the provisions of articles 102, b and c; 105, I, of the Brazilian Federal Constitution. The leading case confers restrictive semantics to the institute and apply it only in the crimes committed during the exercise of the position and related to the function performed by the political agent. Also, STF fixed a chronological frame for extension of the criminal jurisdiction, marked by ending of procedural instruction phase, which avoiding the dysfunctionality of its use in way to mutate the natural judge in random manner. The present analysis exposes the context of the discussions, pointing out the arguments of the votes and interprets them from the theoretical perspective of the concepts of public function (Alessi); constitutional mutation (Dau Lin); administrative counterfeit (Bandeira de Mello and Martins); teleological interpretation (Larenz) and dissociation (Guastini).

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal – Interpretação constitucional restritiva – Mutação constitucional – Conceitos jurídicos.

**KEYWORDS:** Supreme Court of Brazil – Brazilian parliamentarians prerogative – Restrictive constitutional interpretation – Constitutional mutation – Legal concepts.

**SUMÁRIO:** 1. Resumo do julgado. 2. Análise crítica do julgado. 2.1. O privilégio da prerrogativa: prática de contrafação administrativa pela utilização do regime dissociado do conceito de função pública e reconhecimento de mutação constitucional. 2.2. Aplicação de técnicas interpretativas restritivas: redução teleológica (Larenz) e dissociação (Guastini). Conclusão. Referências bibliográficas.

## 1. RESUMO DO JULGADO

A Ação Penal 937 discutia, originalmente, o cometimento de ilícitos penais de captação ilícita de votos e corrupção eleitoral de agente que, devido às alterações em sua trajetória política (ocupando ora o cargo de deputado federal, ora o de prefeito), teria a competência modificada para processamento e julgamento dos crimes referidos, sob efeito de manobras, como renúncia, eleição e protelação de prazos para que a prescrição ocorresse.

A situação não é incomum. Ao contrário. Nos últimos tempos, a Corte Constitucional do Brasil dedicou-se – não poucas, mas numerosas vezes – ao processamento originário de agentes políticos, julgamentos observados atentamente pela opinião pública, em razão da popularização do que se denomina interpretação constitucional difusa pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.<sup>1</sup>

- 
1. O termo se refere à doutrina do jurista alemão Peter Häberle, que propõe uma alteração no paradigma de interpretação constitucional, ora não mais calcada em uma sociedade fechada, restrita aos intérpretes oficiais, mas na sociedade aberta. A sociedade aberta, por sua vez, remete ao conceito do cientista também alemão Karl Popper, em que as relações interpessoais seriam menos influenciadas pelo grau de parentesco e mais promovidas pelo compromisso democrático e social de cunho pluralista, sugerindo certo grau de independência que permitiria autonomia de crítica aos indivíduos. Embora a aplicação da expressão tenha muito mais relação com características epistemológicas do que políticas, remetendo à amplitude e relatividade da ciência, partilhada por vários atores, é inegável que a disseminação do conceito influenciou vários outros ramos do conhecimento, espalhando consequências em várias obras. Confirma-se: HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio

afastamento do texto constitucional literal, somado à técnica de dissociação entre disposição e norma de Guastini.

A técnica de redução teológica de Larenz defende que a “fidelidade à lei” pressupõe sua aplicação analógica com a teleologia das normas e conceitos jurídicos presentes no texto, levando-se em conta as barreiras do próprio sentido que ela mesma estabelece diante dos conceitos jurídicos adjacentes trazidos em seu enunciado. Para elucidar a questão, ele usa o clássico exemplo do preceito de justiça de tratar igualmente os iguais. E os desiguais? A conclusão, cediça de todos, está implícita nas diferenciações presentes na própria valoração normativa e alcançadas pela natureza e fins dos conceitos presentes nos preceitos.<sup>25</sup>

O complemento para atribuição do resultado da decisão se dá pela aplicação da técnica de interpretação por dissociação de Guastini, que parte do pressuposto de que disposição e norma são elementos ontologicamente distintos. Enquanto a disposição é mero enunciado do texto (disposição) que decorre da fonte do Direito, a norma é o produto da interpretação do texto, a significação da disposição. Essa dissociação tem como principal consequência a afirmação de que a relação entre disposição e norma não é unívoca, sendo possível a construção de várias disposições em conjunto para se formar uma norma que pode ser implícita ao texto, mas sempre inferida de forma lógica e coerente do ordenamento jurídico.<sup>26</sup>

Na referida decisão foi formada norma concreta e geral no sentido de restringir as interpretações – ainda que presentes na literalidade do texto constitucional – que não condiziam com a teologia do instituto, concluindo-se que a norma formada pela dissociação do enunciado-texto e a interpretação confere-lhe sentido completo, de acordo com o espírito dos princípios constitucionais.

## CONCLUSÃO

A decisão judicial analisada decorreu da percepção de que caberia à Corte Suprema, ao ouvir os anseios populares e as discussões da sociedade aberta dos intérpretes – mas sem se dobrar a ela –, atribuir significados ao texto constitucional que melhor se aproximem de seu programa e espírito. Reconhecendo a disfuncionalidade do uso da garantia de prerrogativa de função e a manutenção das coisas no estado em que estavam, o que poderia gerar uma aplicação contrária e contraditória ao sentido e alcance constitucional do instituto, em verdadeira

25. LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 2010.

26. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

contrafação do seu significado original, efetuou-se redução teleológica do texto literal, aplicando a dissociação entre disposição e norma.

Com efeito, a experiência jurídica não pode ser reduzida nem ao discurso das fontes (disposição) nem ao discurso dos intérpretes (norma). Ela é a conjugação dos dois, não havendo um sem o outro. Portanto, norma que decorra de decisão jurisdicional não pode advir aleatoriamente da cabeça do intérprete, como querem fazer crer os céticos, para quem cada intérprete teria a sua. Em outras palavras, o STF não legislou, apenas identificou a dissociação entre disposição e norma, caracterizada pela incidência de outras normas e princípios-normas, como o princípio republicano e da igualdade, de modo que pôde afastar a literalidade do texto que não condizia com a teleologia do instituto, dando-lhe interpretação restritiva, para preservar o sentido original da garantia de prerrogativa de foro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1966.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ATALIBA, Geraldo. *Republica e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Trad. Roneide Venancio Majer com colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2010. v. I e II.
- COÊLHO, Carolina Reis Jatobá. Mutação constitucional: a atuação da “sociedade aberta” como protagonista na interpretação da Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*, n. 38, mar.-abr. 2011. Disponível em: [<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/index>]. Acesso em: 10.06.2018.
- DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1984.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

- LARENZ, Karl. *Metodología da la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 16, n. 64, 2016. Disponível em: [<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/241>]. Acesso em: 10.06.2018.
- ORWELL, George. *A revolução dos bichos: um conto de fadas*. Trad. Heitor Aquino Ferreira; posfácio Christopher Hitchens. São Paulo: Cia das Letras, 2007.
- POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.
- STRECK, Lênio Luiz. Foro privilegiado: Supremo em números não pode ser “números supremos”. *Observatório Constitucional – CONJUR*. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/lenio-streck-supremo-numeros-nao-numeros-supremos>]. Acesso em: 17.06.2018.
- STRECK, Lenio Luiz. Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. *Observatório Constitucional – CONJUR*. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>]. Acesso em: 17.06.2018.
- VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, n. 8, jul.-dez. 2008. Disponível em: [[www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf)]. Acesso em: 17.06.2018.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Absolvição liminar de réus com foro por prerrogativa de função: inconstitucionalidade, de Wellington Cabral Saraiva – RT716/548-559 (DTR\1995\248);
- As ações penais e o foro por prerrogativa de função diante do novo § 1.º do art. 84 do CPP, de Alberto Zacharias Toron – RIASP12/147-156 (DTR\2003\418); e
- Foro por prerrogativa de função nas constituições estaduais: de onde viemos e aonde chegamos, de Emerson Garcia – RT982/161-182 (DTR\2017\2940).