



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

AUANNA TAYRINE NASCIMENTO VEIGA

**FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO À LUZ DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO**

**CAMPINA GRANDE - PB
2017**

AUANNA TAYRINE NASCIMENTO VEIGA

**FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO À LUZ DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, como requisito parcial
à obtenção do título de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira.

**CAMPINA GRANDE-PB
2017**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

V426f Veiga, Auanna Tayrine Nascimento.
Foro especial por prerrogativa de função à luz da análise econômica do direito [manuscrito] : / Auanna Tayrine Nascimento Veiga. - 2017.
31 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2018.

"Orientação : Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Competência por Prerrogativa de Foro. 2. Economia Processual. 3. Direito Constitucional.

21. ed. CDD 342.02

AUANNA TAYRINE NASCIMENTO VEIGA

FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO À LUZ DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO


Trabalho de Conclusão de Curso de
Graduação em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de concentração:
Constitucional.


Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira.

Aprovada em: 07/12/2017.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Marcelo D' Angelo Lara
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Marcelo Alves Pereira Eufrásio
Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas (FACISA)

À Daniel e Alice. Minhas motivações diárias.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Rodrigo Ferreira Costa, amigo e orientador que ao longo de todo o curso, me ensinou sobre Direito e sobre vida. Foi um prazer ser a sua monitora por três períodos e poder repassar para meus colegas o pouco que aprendi sobre filosofia. Espero que no futuro possamos nos encontrar não mais como professor e aluna e sim como colegas de profissão, mas hoje e sempre direi, o senhor sempre será, o meu mestre.

Aos meus pais Richard Araújo Veiga e Edgleide do Nascimento Barros, por terem sido a base para as minhas conquistas, pois foram vocês que estiveram do meu lado quando eu mais precisei, mesmo que não concordassem com minhas decisões. Não foi fácil ter que lidar com a desconfiança de vocês sobre o curso de direito, mas aos poucos consegui mostrar que estava no caminho certo, em busca da minha felicidade.

A meu marido, Daniel Pedrosa por me encorajar a seguir atrás dos meus objetivos, sendo sempre carinhoso, companheiro e amigo, bem como por estar sempre preocupado com meu bem-estar e o da nossa filha. Seria preciso duas vidas para que eu expressasse toda a gratidão que tenho a você e sua família.

A minha filha Alice Veiga Pedrosa, que mesmo sem entender, ajudou a mãe a concluir esta graduação, seja dormindo cedo, o que me permitia estudar, seja ficando quieta durante as aulas, o que fez com que eu pudesse acompanhar todas as aulas, não restando nenhum prejuízo a minha formação.

A minha sogra, Dona Maria Auxiliadora Bezerra, por ter me apoiado nos momentos mais difíceis, por ter me inspirado nos momentos de desconfiança, bem como por ter me ensinado a ser um ser humano melhor, uma mãe melhor e uma aluna melhor.

Ao meu sogro Amaro Calheiro Pedrosa, por ter compartilhado comigo os seus ensinamentos, apostilas e livros, bem como por ter me feito rir das situações mais tristes.

Ao professor Marcelo Lara, por ter aceitado estar na banca desse Trabalho de Conclusão de Curso.

Ao meu chefe Romulo Leal Costa, por, com muita paciência, ter me ensinado tudo o que eu sei sobre Direito Penal, por ter me dado a oportunidade de trabalhar e aprender ao mesmo tempo e por sempre ter me tratado como amiga e não como uma estagiária.

A minha chefe Tathiana Michelle da Silva Meira por, com toda paciência, ter me ensinado as minúcias do processo penal e do processo civil. Posso dizer que nossa relação ultrapassou as paredes do escritório e adentrou por nossas casas e se juntou a nossa família.

A Seu Luiz, funcionário do CCJ, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário e por muitas risadas, bem como por nos deixar a par de todas as novidades e segredos do Centro de Ciências Jurídicas.

A Tâmara Mirelle, Adriano José (AJ), João Batista, Julio César e Sandro Junior pelos momentos de amizade, apoio, conversas jogadas fora na Cantina de Seu Jadir, caronas e por sempre colocarem meu nome nos trabalhos acadêmicos, bem como por terem me estimulado a crescer e aprender mais. Não haveria palavras dignas do bem que vocês me fizeram, fazem e farão por toda a minha vida. Ainda que eu escrevesse uma monografia inteira sobre a importância de vocês na minha vida, ainda assim, faltaria espaço e sobrariam palavras.

Aos meus avós maternos, por terem ajudado na minha criação, me educando com muito amor e carinho.

Aos meus avós paternos, por terem sido presentes durante toda a minha vida, mostrando que o amor, como o passar dos anos, só cresce, multiplica e fica mais sólido.

A minha tia Edna Maria do Nascimento Barros, por ter cuidado de mim durante toda a minha primeira infância, bem como por ter se tornado minha confidente durante minha adolescência e por ter me ensinado, de forma muito singela que maternidade não tem nada a ver com sangue.

A Deus e Nossa Senhora Aparecida, por terem sido meus guias e sustentadores nas horas de cansaço.

A todas as pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para minha formação pessoal, moral e profissional. Não poderia deixar de agradecê-los, tendo

em vista que somos um aglomerado de encontros ao acaso, uma junção de todos os desconhecidos que viraram conhecidos.

E, finalmente, a Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), mais especificamente ao Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), por juntos, terem me ensinado, de forma cabal, cristalina e exaustiva, que a vida acadêmica não é fácil, tão pouco é fácil conseguir obter o grau de graduando.

Siga o caminho do inseguro, pensador independente. Exponha suas ideias aos perigos de controvérsia. Fale o que pensa e tenha menos medo de ser rotulado como 'excêntrico' do que a estigma de conformidade. E sobre as questões que lhe parecem importantes para você, levante-se e seja levado em consideração a qualquer custo.

(Thomas J. Watson)

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... | 11 |
| 2 O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... | 13 |
| 2.1 Breve Conceituação..... | 13 |
| 2.2 Evolução Histórica..... | 13 |
| 3 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DO INSTITUTO JURÍDICO..... | 16 |
| 3.1 aspectos Positivos..... | 16 |
| 3.2 Aspectos Negativos..... | 20 |
| 4 A ECONOMIA PROCESSUAL E A EFICIÊNCIA DO FORO ESPECIAL | 23 |
| 4.1 Breves considerações sobre a Análise Econômica do Direito | 25 |
| 4.2 A Aplicabilidade Da Maximização Da Riqueza..... | 27 |
| 4.3 Utilidade ou eficiência do foro especial por prerrogativa de função?..... | 29 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 29 |
| REFERÊNCIAS..... | 31 |

FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO A LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Auanna Tayrine Nascimento Veiga¹

RESUMO

1. O foro especial por prerrogativa de função vem sendo muito debatido por sociólogos, jornalistas e, principalmente, por juristas, por causa dos constantes escândalos de corrupção divulgados na mídia, o que fomenta um apelo social pelo fim do instituto. Questiona-se se as mudanças normativas oriundas da PEC 10/2013 serão benéficas para a economia e eficiência processual. Para tanto, parte-se da hipótese de que a atual regra de foro especial por prerrogativa de função produz efeitos positivos na marcha processual. O presente artigo tem como objetivo geral traçar os principais aspectos do instituto do foro especial por prerrogativa de função, tendo como baliza a Análise Econômica do Direito, por meio de uma revisão de literatura. Para tanto, faz-se necessário elencar os pontos positivos e negativos; e por fim, inferir sobre os custos, em termos de economia processual, do referido instituto, tendo como base um estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas em conjunto com o Centro de Justiça e Sociedade, intitulado: “O Foro Privilegiado e o Supremo”. A importância da realização desta pesquisa reside na necessidade de abordar o “foro privilegiado”, numa perspectiva mais objetiva, sem o viés apaixonado das ideologias políticas e de seu posicionamento binário.

Palavras-Chave: Competência por Prerrogativa de foro. Análise econômica. Eficiência.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Devido aos debates iniciados pela PEC 10/2013, que de início previa a extinção do foro privilegiado, mas que só passou pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) após se mostrar com um texto mais enxuto, prevendo não a extinção, mas sim uma restrição do dispositivo, o tema vem sendo muito debatido por sociólogos, jornalistas e, principalmente, por juristas, por causa dos constantes escândalos de corrupção divulgados na mídia, o que fomenta um apelo social pelo fim do instituto. Sendo assim, tenta-se descobrir até que ponto proteger funções públicas, coaduna com o princípio da isonomia, e se a existência do “foro privilegiado” garante um

¹ Aluna de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I.
Email: auannaveiga@gmail.com.br

Estado Democrático de Direito, ou se pelo contrário, o referido instituto garante a impunidade para aqueles que cometem crimes em posse de tal prerrogativa.

Questiona-se até que ponto as mudanças normativas oriundas da PEC 10/2013 contribuirão para a eficiência e economia processual. Para tanto, parte-se da hipótese de que a atual regra de foro especial por prerrogativa de função produz efeitos positivos na marcha processual e economia de recursos humanos e materiais. O presente estudo tem por objetivos, primeiro, identificar os aspectos relevantes do instituto do foro especial por prerrogativa de função e, segundo, realizar uma leitura crítica deste, em especial, com fulcro na Análise Econômica do Direito

A pesquisa a ser realizada no presente trabalho é classificada como estudo exploratório, que para confirmação das hipóteses levantadas, desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica e documental de caráter qualitativo, com uma abordagem dialética. Utilizaram-se como técnica de pesquisa os aspectos legislativos a respeito do tema, bem como a doutrina e jurisprudência correspondente e os artigos sobre a temática presente em alguns endereços eletrônicos.

Para tanto, o presente artigo iniciará com uma análise do instituto jurídico do foro especial por prerrogativa de função elencando seus aspectos conceituais, históricos e normativos. Seguindo, será analisado o instituto de forma qualitativa de forma destacar seus aspectos positivos e negativos do referido dando enfoque as sua concretização dentro da realidade prática do ordenamento jurídico brasileiro.

Dando continuidade, será feita a exposição da Teoria da Análise Econômica do Direito de Ricahrd Posner., bem como sua concepção de maximização da riqueza , eficiência e utilidade. Diante desta conceituação, o foro por prerrogativa de função será examinado levando em consideração a economia processual, ou seja, do tempo de tramite do processo e dos custos aos cofres públicos a partir de dados estatísticos oriundos de pesquisas realizadas por organizações não governamentais (Fundação Getúlio Vargas em conjunto com o Centro de Justiça e Sociedade). Por fim, será feita um análise do instituto jurídico no atual cenário político-jurídico brasileiro.

Ademais, diante de uma realidade em que critérios subjetivos e determinantes ideológicos conduzem a prática legislativa, a análise científica das mudanças no foro especial por prerrogativa de função se faz urgente e necessária. Tais considerações justificam a realização desta pesquisa.

2. O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

2.1 BREVE CONCEITUAÇÃO

O foro por prerrogativa de função (*ratione functionae*) é um instituto jurídico que compreende uma forma especial de divisão de competência, ou seja, assegura-se ao sujeito uma proteção processual em razão do exercício de atividade pública, e não do agente que a pratica.

Há pessoas que exercem cargos e funções de especial relevância para o Estado e em atenção a eles é necessário que sejam processados por órgãos superiores, de instância mais elevada (MIRABETE, 1996). Assim, a tutela é para que a atividade do agente seja exercida em sua plenitude de modo a trazer maiores benefícios ao bem público.

Desta feita, conforme ensinamentos de Pontes de Miranda (1967), diz-se foro privilegiado aquele que cabe a alguém, como direito seu (elemento subjetivo, pessoal, assaz, expressivo); portanto, o foro do juízo que não é o comum. No mesmo sentido, Moreira (2012) afirma que:

Observa-se que a competência por prerrogativa de função é estabelecida não em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou da função que ela exerce, razão pela qual não fere qualquer princípio constitucional, como o da igualdade (art. 5º, caput) ou o que proíbe os juízos ou tribunais de exceção (art. 5º., XXXVII) (MOREIA, 2012, p. 02)

Assim, o ordenamento pátrio estabelece a prerrogativa de foro como uma garantia e não enquanto direito privilégio ou direito subjetivo. A opção do legislador é proteger as instituições em razão da importância do exercício de suas funções e atribuições para o bem estar coletivo.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No plano histórico, desde a declaração de independência do Brasil, datada de 07 de Setembro de 1822, tivemos, para a maioria dos doutrinadores, sete constituições. E o foro especial por prerrogativa de função, esteve presente em todas as Cartas, embora não aparecesse com essa alcunha.

Na primeira Constituição, a de 1824, temos que o “foro privilegiado” não era direcionado a função e sim a pessoa, visto que o art. 99 determinava um privilégio absoluto para o Imperador, que era dotado de uma personalidade “inviolável e sagrada”, não estando sujeito a responsabilidade alguma (BRASIL, 1824).

A noção classista, com que se origina esse instrumento no ordenamento pátrio, nas palavras de Tavares Filho (2016):

Essa Carta, em seu art. 47, dispunha ser atribuição exclusiva do Senado imperial “conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura”, bem como “conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e Conselheiros de Estado”. O artigo 99 estabelecia ainda um privilégio absoluto para o Imperador, cuja pessoa era “inviolável e sagrada”, não estando sujeito a responsabilidade alguma. Ao Supremo Tribunal de Justiça, mais alta corte de justiça imperial, cabia “conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias” (TAVARES FILHO, p. 05, grifo do autor)

Todavia, de forma germinal, o art. 179, da citada Carta Magna de 1824, estabelece um rol limitado de pessoas que detinham desta garantia e avança para um fim dos privilégios da oriundos da era colonial. Ainda que de forma tênue, esse texto traz a semente para a construção de uma coisa pública a partir da impessoalidade. Diz-se, por exemplo, que representantes da Igreja e outros cargos ainda dispunham de garantias diferenciadas durante o processo. Logo, o artigo dispõe:

A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica. XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Commissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes (BRASIL, 1824, f.01).

Com o advento da primeira Constituição republicana em 1891, nasceu a possibilidade de punir o Presidente da República, bem como foram estabelecidas as competências jurisdicionais da Câmara, do Senado e do Supremo Tribunal Federal, como preconizava o art. 53 da referida Constituição. Foi um grande passo para o

alargamento do foro especial por prerrogativa de função nas Constituições posteriores.

O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado. Parágrafo único - Decretada a procedência da acusação, ficará o Presidente suspenso de suas funções (BRASIL, 1891, p.01)

Analisando o citado Texto Maior, Belém (2008), afirma que foro por prerrogativa de função no ordenamento pátrio brasileiro marca o início do processo de ruptura local com a Constituição Portuguesa de 1822. Assim, afirma o douto:

A nossa herança normativa portuguesa, no que diz respeito ao tema, praticamente ficou dissociada com o surgimento da Constituição da República de 1891, embora os fatores que propiciem o aumento inconcebível na concessão do foro por prerrogativa de função tenham as suas raízes em todo o processo histórico e antropológico vivenciado pelo homem brasileiro (BELÉM, 2008, p. 85)

Outro aspecto evolutivo do Texto, destacado pelo autor, é a entrega, pelo Legislador, ao Congresso Nacional da competência para acusar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como, nos mesmos crimes, os ocupantes de relevantes posições. Assim, este destaca:

O art. 29 de nossa primeira Constituição republicana, assim, outorgou à Câmara dos Deputados a competência para declarar a procedência ou improcedência da acusação contra o Presidente da República, nos termos do art. 53, e contra os Ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente. E o art. 33, a seu turno, incluiu na competência privativa do Senado Federal o julgamento do Presidente da República e demais funcionários designados pela Constituição, nos termos e pela forma por ela prescritos. Estes funcionários federais, designados pela Constituição, seriam os Ministros de Estado (art. 52) e os membros do Supremo Tribunal Federal (art. 57, § 2.º). O Presidente da República, pois, seria acusado pela Câmara e julgado pelo Senado, nos crimes de responsabilidade. Submeter-se-ia ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns (art. 53). (BELÉM, 2008, p. 86).

As demais Constituições que se seguiram mantiveram a previsão de competência por prerrogativa de foro, havendo modificações quanto aos cargos que passaram usufruir dessa competência (ROCHA FILHO, 2016). Ademais, foram destacados órgão responsáveis pelo julgamento destas respectivas ações.

Contudo, foi na Constituição de 1988 (CRFB/88), que a atribuição de foro privilegiado atingiu seu patamar máximo, sendo conferido a um grande número de servidores públicos. É nela, em seu artigo 102, que encontramos o fundamento legal para o “foro privilegiado”. Tem-se:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe I- processar e julgar, originariamente. a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (BRASIL, 1988, p. 91)

Cumprir destacar que não são todos os cargos com foro especial que terão seus ocupantes julgados pelo STF, e sim aqueles que estão taxativamente elencados no rol da CRFB/88, art. 102. Assim, os demais ficarão a cargos dos demais Tribunais Superiores. Portanto, cabe ao STF julgar além do Chefe do Executivo e de seu vice, todos os ministros, governantes, prefeitos, deputados federais, senadores, juízes, Membros do Ministério Público (MP), chefes de missão diplomática permanente, ministros dos Supremos Tribunais, da Procuradoria-Geral da República (PGR), do Tribunal de Contas da União (TCU), bem como os conselheiros de Tribunais de Contas estaduais (TCE), e ainda outras categorias mais específicas que são determinadas por Lei Estadual, para grande parte dessas categorias, o julgamento não se dará no STF e sim em outros Tribunais Superiores.

3 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DO INSTITUTO JURÍDICO

3.1 ASPECTOS POSITIVOS

Uma parte dos julgados oriundos dos Tribunais Brasileiros, bem como uma parte dos doutrinadores, dentre ele o atual ministro do STF, Gilmar Mendes, defendem que “foro privilegiado” não se caracteriza como um privilégio e, não pode ser acusado de ferir o princípio da igualdade, previsto pelo art. 5º, caput da CRBF/88, visto que é a própria Carta Magna que o estabelece, tendo como seu editor o Constituinte Originário, que achou por bem, fazer uma exceção ao colendo princípio da isonomia. Na lição de Tourinho Filho (2012), a instituição do foro especial por prerrogativa de função é:

não se trata (...) de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores (TOURINHO FILHO, 2012, p. 362, grifo nosso).

Para dirimir qualquer dúvida sobre a que, ou quem, compete o foro, o STF editou a súmula 451 dizendo que “a competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional” (citar). Tem-se, portanto, que o foro não é concedido à pessoa, mas lhe é conferido em atenção à relevância do cargo ou função que exerça, mas que com o fim do exercício da função, finda também o foro.

Neste sentido, julgando o Recurso Especial (RE) 549560, em sede de repercussão geral, o egrégio Tribunal decide:

A vitaliciedade é garantia inerente ao exercício do cargo pelos magistrados e tem como objetivo prover a jurisdição de independência e imparcialidade. II - Exercem a jurisdição, tão-somente, os magistrados na atividade, não se estendendo aos inativos o foro especial por prerrogativa de função. III - A aposentadoria do magistrado, ainda que voluntária, transfere a competência para processamento e julgamento de eventual ilícito penal para o primeiro grau de jurisdição. IV - Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (RE 549560, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 22.3.2012, DJe de 30.5.2014, com repercussão geral - tema 453, grifo nosso)

Lembra Tavares Filho (2016) que a prerrogativa do foro especial se encerra necessariamente com a cessação do exercício da função pública. A lembrar, que conforme já mencionado, o Tribunal cancelou a sua súmula 394, que dispunha em

sentido contrário. Assim, como já explanado, sua função imediata é garantir que aqueles que ocupem os cargos tutelados possam exercer suas atividades em plenitude sem quaisquer receios.

Logo, a prerrogativa do foro especial é a concretização do princípio da isonomia em sentido material, uma vez que dá paridade e segurança àqueles que eventualmente ocupam cargos que requerem tutela. Do contrário, não haveria capacidade para o exercício de suas atividades funcionais e, portanto, havendo uma discriminação de tratamento. Assim, o STF no julgamento do Inq. 1376 dispõe:

E M E N T A: PRERROGATIVA DE FORO - EXCEPCIONALIDADE - MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - INAPLICABILIDADE A EX-OCUPANTES DE CARGOS PÚBLICOS E A EX-TITULARES DE MANDATOS ELETIVOS - CANCELAMENTO DA SÚMULA 394/STF - NÃO-INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA "PERPETUATIO JURISDICTIONIS" - POSTULADO REPUBLICANO E JUIZ NATURAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O postulado republicano - que repele privilégios e não tolera discriminações - impede que prevaleça a prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, mesmo que a prática delituosa tenha ocorrido durante o período de atividade funcional, se sobrevier a cessação da investidura do indiciado, denunciado ou réu no cargo, função ou mandato cuja titularidade (desde que subsistente) qualifica-se como o único fator de legitimação constitucional apto a fazer instaurar a competência penal originária da Suprema Corte (CF, art. 102, I, "b" e "c"). Cancelamento da Súmula 394/STF (RTJ 179/912-913). - Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. O reconhecimento da prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nos ilícitos penais comuns, em favor de ex-ocupantes de cargos públicos ou de ex-titulares de mandatos eletivos transgride valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade. - A prerrogativa de foro é outorgada, constitucionalmente, "ratione muneris", a significar, portanto, que é deferida em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado, sob pena de tal prerrogativa - descaracterizando-se em sua essência mesma - degradar-se à condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal. Precedentes. (Inq 1376 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2007, DJ 16-03-2007 PP-00021 EMENT VOL-02268-01 PP-00110 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 484-493 RDDP n. 50, 2007, p. 145-148)

Ademais, diante de eventuais abusos da garantia, o STF vem adotando o critério objetivo funcional, ou seja, diante de ações que busquem fraudar ou violar a lealdade e boa-fé processual que mitiga os efeitos processuais do Foro Privilegiado. Logo, em nome da lisura processual, condutas que visam embargar a marcha

processual e dificultar a sanção, como nos casos de renúncia, o egrégio tribunal vêm adotando o princípio da boa-fé processual e do interesse coletivo e mantendo as ações nas jurisdições originárias. A exemplo, tem-se o julgamento da AP 396:

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO: RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONTINUIDADE DO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL, DE INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL, DE CRIME POLÍTICO, DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE CONEXÃO E DE CONTINÊNCIA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE. 1. 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 (...) A pluralidade de réus e a necessidade de tramitação mais célere do processo justificam o desmembramento do processo. 8. As provas documentais e testemunhais revelam que o réu, no cargo de diretor financeiro da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, praticou os crimes de peculato, na forma continuada, e de quadrilha narrados na denúncia, o que impõe a sua condenação. 9. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento. 10. Preliminares rejeitadas. 11. Ação penal julgada procedente.” (AP 396, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2010, DJe-078 DIVULG 27-04-2011 PUBLIC 28-04-2011 EMENT VOL-02510-01 PP-00001, grifo nosso)

Eugênio Pacelli (2015) acredita que a criação de foros privativos assegura que o julgamento se faça por órgãos colegiados do Poder Judiciário.

mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que frequentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira (PACELLI, 2015, p. 204).

Desta forma, o foro especial proporcionaria um julgamento imparcial nos tribunais brasileiros, impedindo o Poder Judiciário de se valer de relações políticas/eleitorais conflituosas, para usar seu poder de forma abusiva. Apesar do

“foro privilegiado” existir desde a independência do País, é mister lembrar que de 1964 a 1985 o Brasil viveu sob um regime militar, momento em que foi editado o Ato Institucional nº 5, que trazia em seu art. 5º o fim do “privilégio do foro por prerrogativa de função” o que resultou em insegurança e medo por parte daqueles que exerciam uma função pública (TAVARES FILHO, 2016).

Neste sentido, Dallari (2017) leciona em um de seus muitos artigos versando sobre o tema que:

Assim, diante da maior vulnerabilidade de quem exerce, legitimamente, o poder/dever de decidir, é compreensível a existência de uma proteção especial no tocante a decisões ou atitudes tomadas no exercício da função pública, ou, mais exatamente, à prática de atos de ofício. Portanto, não haveria violação ao princípio constitucional da igualdade se um número restrito de autoridades, da mais alta hierarquia, fosse contemplada com o foro especial por prerrogativa de função (DALLARI, 2017, p. 01).

Ressalta-se que a principal função do “foro privilegiado” é conferir celeridade ao processo e resguardá-lo de intervenções externas, já que, em tese, um juizado de primeira instância, com apenas um juiz, pode ser mais influenciado, e sofrer mais perseguições políticas, quando julga altas autoridades, do que uma Colenda Turma de Magistrados. Logo, o foro especial por prerrogativa de função:

encontra justificativa não em face do privilégio de certa pessoa, mas em vista da dignidade da função ou cargo exercido, e, assim, pela relevância desta função estatal devem ser julgados por órgão de instância mais elevada (TOURINHO FILHO, 2012 p.362).

Ou seja, o legislador tem sempre em mente que é preciso a celeridade processual visto a importância da função pública em busca do bem estar social.

3.2 ASPECTOS NEGATIVOS

Apesar da historicidade constitucional do referido dispositivo, o mesmo é alvo de críticas de juristas, doutrinadores e parlamentares. O Ministro Luis Roberto Barroso (2017), ao comentar sobre o tema disse que

o foro por prerrogativa de função, apelidado de foro privilegiado, é um mal para o Supremo Tribunal Federal e para o país. É preciso acabar com ele ou reservá-lo a um número mínimo de autoridades, como os chefes de Poder (BARROSO, 2017, p.01).

No texto da proposta de emenda nº 10/2013, o autor da proposta, o Senador Álvaro Dias, ao redigir a proposta inicial informou que

o foro especial, que se justifica no caso de um mandado de segurança contra um ato nomeação de servidor, suspensão de direito, cassação de alvará, entre outros exemplos, torna-se privilégio odioso no caso de uma crime comum, como peculato, corrupção passiva, homicídio, ameaça, etc. (BRASIL, 2013).

As grandes críticas feitas ao instituto do foro privilegiado, evocam a voz popular, tendo em vista que o surgimento diário de casos de corrupção, bem como as inúmeras tentativas de conceder o foro privilegiado através de nomeação para ministérios, por parte do poder executivo, seja pela Ex-Presidente Dilma Rousseff que chegou a oferecer um termo de posse visando conceder ao Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva o Ministério da Casa Civil, na época em que o mesmo começava a ser investigado pela operação lava-jato, bem como quando o atual Presidente, Michel Temer, nomeou o senhor Moreira Franco, para Ministro da Secretária Geral da Presidência, que havia sido citado em delações da Odebrechet dois dias antes. Inclusive, na época o Ministro Celso de Melo se pronunciou no sentido de esclarecer que o foro especial não diminui ou relativiza os diversos mecanismos de responsabilização, não sendo, portanto vantajoso ser julgado originalmente pelo STF.

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. (2012) aponta para o menor número de recursos disponíveis à defesa como uma evidência de que o foro efetivamente não é por si só benéfico para os acusados.

Infere-se dos posicionamentos dos parlamentares que compõem a CNJ, ao votarem no dia 22 de novembro de 2017 a PEC 333/2017 (antiga 10/2013), que o foro privilegiado é uma forma de burlar a justiça, e ferir a isonomia, garantindo que políticos, principalmente eles, fiquem impunes, ou sejam julgados em uma instância na qual o lobby político é mais presente. Para o Relator, Dep. Efraim Filho, “não é possível ter um Supremo distante das ambições políticas, tendo em vista que todos os Ministros, para serem nomeados pelo Presidente da República, precisam ser aprovados por maioria absoluta do Senado Federal o que pode, de certa forma, condicionar a nomeação a uma troca de favores posteriormente.”

Para Dallagnol (2017), procurador federal com atuação na operação Lava-Jato, o foro por prerrogativa de função além de ser uma ofensa ao princípio da igualdade entre os cidadãos, vai de encontro ao ideal republicano de responsabilidade dos governantes perante os governados. Ressalta-se que não se questiona a funcionalidade do instituto, mas sim quantidade de cargos e funções elencados no rol protetivo. Uma vez que, conceder o foro para mais de 55 mil pessoas, é acolher a exceção em detrimento da regra de igualdade (DALLAGNOL, 2017).

Quando da análise da realidade prática enfrentado pelo STF, feito o recorte temporal a partir da CRFB/88, houve apenas um caso de condenação em que o sujeito exercia o cargo com dito Foro Privilegiado. Ademais, tal sentença data de 2010 (Ação Penal nº 516), cuja sanção foi estipulada em sete anos de reclusão em regime semiaberto. A referida ação tem como réu um deputado federal que cometeu fraude previdenciária contra o erário.

Vale salientar que o STF é composto por onze Ministros e sobre eles recai a obrigação de julgar as causas mais complexas e de maior relevância social, sendo assim, segundo parte da doutrina, a morosidade nos julgamentos faz parte da engenharia processual do tribunal, tendo em vista que para dirimir celeumas complexas é necessário tempo e cautela.

O ex-Ministro Maurício Corrêa (2002) abordando o foro concedido aos Deputados Federais e Senadores traduz o que talvez seja a opinião da sociedade:

os parlamentares eleitos só podem ser julgados pelo STF. Essa a razão por que todos os processos que envolvem parlamentares federais, quando não instaurados perante o próprio Supremo, são a ele automaticamente remetidos, e só por ele podem ser julgados. Ocorre que, diante do volume de processos e o rito moroso de procedimentos, o deputado ou senador completa o mandato, e seu caso não é julgado. Se não se reeleger, perde o foro privilegiado. Nesse caso, retornam os autos à instância originária. Nesse vai-e-vem, fica o processo fadado à prescrição. É a impunidade (CORRÊA, 2002 p. 66).

Desta forma, a eficiência do instituto jurídico é, de forma notória, questionada diante dos constantes abusos cometidos por seus ocupantes que vem nesta uma forma de burlar os tramites do *devido processo legal*.

4 A ECONOMIA PROCESSUAL E A EFICIÊNCIA DO FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em que pese as origens, tradições e concepções acadêmicas serem distintas, direito e economia sempre andaram lado a lado e é certo que a economia atua sobre o direito induzindo a criação de normas, e o direito atua na performance da economia. Tomando como exemplo o Ordenamento Jurídico Brasileiro, podemos elencar o art. 24 da Constituição Federal. Vejamos:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo; (...) (BRASIL, 1988, p. 36)

Quando a União edita uma norma determinando, por exemplo, que o IPI (imposto sobre produtos industrializados) seja temporariamente reduzido, como ocorreu no ano de 2009, quando o Ex-Presidente Luiz Inácio da Silva criou a medida provisória N° 476/2009, temos uma ação direta do direito na economia. Percebendo essa estrita relação, mas até então sob a ótica do *common law*, três autores se destacaram ao decidirem transpor os entraves dogmáticos entre Direito e Economia, são eles: Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner. Ronald Coase foi um economista britânico que ganhou o Nobel de Economia em 1991, por ter criado a “teoria da firma” que tinha como objetivo explicar a origem do crescimento das firmas, tendo como base as intervenções judiciais na economia e o direito à propriedade. Coase lançou a semente do que hoje entendemos como Análise Econômica do Direito. Já Guido Calabresi, exerceu a atividade de juiz nos Estados Unidos, e ganhou notoriedade ao formular o “teorema de Coase”. Nas palavras de Rodrigo Peñaloza (2015), o pensamento de Calabresi pode ser sintetizado assim:

O Teorema de Coase diz que, numa transação econômica com externalidades, se os direitos de propriedade forem bem definidos e se os custos de transação forem suficientemente baixos, então a solução privada é socialmente ótima, não havendo qualquer necessidade de intervenção do governo na correção da externalidade, que é uma falha de mercado. O único papel do governo seria assegurar que os direitos de propriedade estivessem

bem definidos e que a livre negociação fluísse sem custos de transação. (PEÑALOZA, 2015 p.1)

Por fim, Richard Posner, que será mais detalhadamente tratado no presente trabalho. Posner formou-se em Direito pela Universidade de Harvard no ano de 1962, e começou a dar aulas na Universidade de Chicago em 1969. Foi lá que Posner começou a externar seus posicionamentos sobre o Direito e Economia mas foi só no ano de 1973, que suas ideias foram posta no papel no livro intitulado “*Economic Analysis of Law*” (*Análise Econômica do Direito*). O livro é centrado na possibilidade de compreensão do *common law* a partir de preceitos da macroeconomia. Posner inicia seu estudo tendo como base, o que ele acreditar serem os catalizadores do *common law*: o direito de propriedade; o direito contratual/obrigacional e o direito da responsabilização civil. Todos eles estão interligados, enquanto o primeiro diz respeito a criação e conceituação dos direitos de exclusividade, no tocante aos recursos que são ou poderão se tornar escassos, o segundo promove a facilitação de transações voluntárias desses direitos. Já o último, percebe os tais direitos de exclusividade, de uma forma ampla e se ocuparia em protegê-los. A união desses três ramos do direito garantiriam um arcabouço institucional capaz de reduzir os custos das transações e a correção das externalidades.

É também no “*Economic Analysis of Law*” que Posner conceitua eficiência pela primeira vez, segundo ele:

Eficiência é a utilização dos recursos econômicos de modo que o valor, ou seja a satisfação humana, em confronto com a vontade de pagar por produtos ou serviços, alcance o nível máximo, através da maximização da diferença entre os custos e as vantagens. (POSNER, 2003, p.802)

Embora o pensamento de Posner se mostre conciso em toda a sua trajetória acadêmica, há que se notar que a partir do ano de 1981, quando tornou-se Juiz de apelação da 7º Região nos Estados Unidos, seus apontamentos sofreram sutis mudanças. Nas palavras de Salama (2008):

Posner abandonou aquilo que popularmente passou a ser conhecido como *economicismo*, ou *eficientismo*. Posner propôs no fim dos anos 1970 o argumento de que critérios econômicos poderiam ter natureza de elementos fundantes da ética pública e do direito, *pelo menos nos Estados Unidos*. (Uma ressalva: Posner expressamente notou que não procurava generalizar sua teoria para além das terras do Tio Sam). Depois, expressamente, abandonou a idéia, e converteu-se a

uma forma relativamente idiossincrática de pragmatismo jurídico. (SALAMA, 2008, p.5)

Daí em diante, Posner direciona seus ensinamentos à decisões judiciais mais eficazes. Lembrando que, por se tratar de *common law*, os conceitos de “decisões judiciais” e “normas” são praticamente idênticos. É nessa época que o autor lança o livro “*The Economics of Justice*” (A economia da justiça), onde são tratados temas de diferentes áreas do direito, indo do direito à privacidade até a aplicação da AED (Análise Econômica do Direito) nas questões do Direito Penal. Entretanto, a concepção de “eficiência” abordada no “*Economic Analysis of Law*”, perdura até hoje e é sobre ela que nos debruçaremos no tópico à frente.

4. 2 A APLICABILIDADE DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA

Do processo evolutivo descrito no tópico anterior, Posner deu forma a sua “teoria da justiça” embora utiliza-se o termo “teoria moral”. Tal teoria tinha um forte viés *eficientista* e um dos seus postulados, nas palavras de Salama (2008) era:

Em síntese, a teoria de justiça “eficientista” de Posner se resume à idéia de que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas ou boas é a maximização de riqueza da sociedade. Esta visão permitiria, segundo Posner, “uma reconciliação entre utilidade, liberdade, e até mesmo igualdade, como princípios éticos que [tradicionalmente] competem entre si.” O que Posner propôs, portanto, é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) seriam justas; regras que não a promovessem, injustas de (SALAMA, 2008, p.04)

Sobre a maximização da riqueza, Posner (2007) infere “que todas as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações em todas as atividades que implicam uma escolha.” Neste sentido, a racionalidade seria inerente e teria como base, um entendimento superficial dos meios e dos fins, sem que houve um aprofundamento sobre a atividade em si.

Para melhor expressar sua concepção de “maximização da riqueza” vale-se de um dos princípios econômicos mais conhecidos o “ótimo de Pareto”. Partido desse princípio o autor informa que “a maximização da riqueza acontecerá quando ao menos um dos envolvidos fique em melhor condição e os demais não piorem”

Posner (2007, p. 522). É justamente essa concepção que fundamenta os conceitos de “justo” e “injusto” que Posner impõe as normas jurídicas. Uma norma seria justa se favorecesse o ganho, ainda que da minoria, e mantivesse o mesmo status dos demais.

Tal percepção é amplamente difundida nos países de tradição *common law*, sendo seus livros alguns dos mais citados em decisões judiciais, o que não surpreende, tendo em vista que um dos aspectos mais relevantes no trabalho de Posner, como já mencionado, é a atividade dos juízes. Posner (2007) entendia que os preceitos econômicos poderiam ser de grande utilidade na resolução de casos complexos. Vejamos o que disse o autor:

O juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências das opções alternativas: consequências para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para a ordem pública, para a civilização, para o futuro – em suma, para a sociedade. Em contextos não comerciais, pode-se preferir descrever a análise como ética, não como de políticas públicas. Contudo, isso não alteraria a questão fundamental: os materiais estritamente jurídicos só são usados para ajudar a estabelecer uma orientação inicial e fornecer dados específicos, e como fontes posteriores de possíveis limitações. (POSNER, 2007, p.178)

Mas sua aplicação da maximização da riqueza não ficou restrita a atividade judiciária. No livro “Problemas da Filosofia do Direito”, Posner defende que a atividade judiciária e a atividade legislativa devem agir em conjunto, em busca de uma aplicação eficiente da norma. Vejamos:

Desse modo, uma divisão eficiente do trabalho entre os poderes legislativo e judiciário leva o legislativo a concentrar-se no atendimento às exigências de distribuição de riqueza, por parte dos grupos de interesses, e o judiciário a atender à grande demanda social por regras eficientes que cuidem da segurança, da propriedade e das transações. Embora haja outros objetivos possíveis de ações judicial além da eficiência e da redistribuição, muitos deles (diferentes concepções de “equidade” e “justiça”) são rótulos para maximização da riqueza ou para a redistribuição que favoreça os poderosos grupos de interesses; ou então eles são demasiado controversos numa sociedade heterogênea, demasiado ad hoc ou insuficientemente desenvolvidos para oferecer bases sólidas às decisões dos juízes que desejam ter uma reputação de objetividade e imparcialidade. (POSNER, 2007, p. 483)

Ainda sobre a parceria entre o poder judiciário e poder legislativo em prol da maximização da riqueza da sociedade, afirmou Posner (1998):

A economia não está destituída de uma escala de valores, impregnando-se dos valores fixados pela política, pela moral e pelo direito. O fundamento dessa escala de valores é a eficiência, entendendo que um dos sentidos de justiça é justamente eficiência, pois o homem é maximizador racional de seus fins na vida, de suas satisfações.” (POSNER, 2003, p.15)

Como mencionou SALAMA (2008) “a teoria de justiça “eficientista” de Posner se resume à idéia de que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas ou boas é a maximização de riqueza da sociedade” (SALAMA, 2008, p. 04) Como podemos deduzir dos recortes acima, a maximização da riqueza da sociedade, na perspectiva de Posner, seria o termômetro da eficiência da atuação dos poderes supracitados e é partindo dessa perspectiva que abordaremos o próximo tópico.

4.3 UTILIDADE OU EFICIÊNCIA DO FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO?

Antes de respondermos ao questionamento acima é *mister* fazer um algumas ponderações sobre o posicionamento de Posner acerca da Teoria Utilitarista. Posner teceu duras críticas ao utilitarismo, chegando a chamar os resultados da teoria de “monstruosidade moral” (Posner, 2010, p. 72). Mas, Posner também tece críticas ao que chama de “teoria rival” do utilitarismo, a Ética Kantiana. Para Posner, enquanto o utilitarismo preocupa-se meramente com a felicidade, não se preocupando com os direitos que poderão ser perdidos em detrimento desse objetivo e “fundamentando direitos de suma importância no mero palpite empírico de que promovem a ‘felicidade’” (POSNER, 2010, p. 68), a Ética Kantiana promove um “preciosismo moral ou extremismo”, diz ele que “a insistência intransigente na liberdade ou autonomia individual, a despeito das consequências desta para a felicidade ou utilidade dos membros da sociedade, parece algo igualmente equivocado e inaceitável” (POSNER, 2010, p.79). Contudo, Posner acredita que a Análise Econômica do Direito apresenta-se como um “sistema ético alternativo”, uma espécie de mescla das duas teorias (POSNER, 2010, p.72).

Embora seja comum, a Análise Econômica do Direito ser confundida com o utilitarismo, Posner (2010) é exaustivo em diferenciar as duas. Diz ele:

Portanto, riqueza não é sinônimo de felicidade. Mas, além disso, traduzindo para em uma linguagem econômica essa mesma constatação, seres humanos não são meros maximizadores de riqueza. A riqueza é um aspecto importante das preferências do indivíduo, e a maximização da riqueza lembra portanto o utilitarismo por força significativa às preferências, mas não representa a soma de total destas. (POSNER, 2010, p. 77)

Se, portanto, na perspectiva de Posner não é cabível indagar sobre a utilidade do “foro privilegiado”, como devemos inferir sobre a funcionalidade do referido dispositivo? A pergunta correta a se fazer é: QUAL A EFICIÊNCIA DO FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO?

Responderemos tal questionamento, utilizando o V Relatório Supremo em Números, intitulado “O Foro Privilegiado e o Supremo”.

Conforme Falcão (2017), em 28 de março de 2017, a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) juntamente com o Centro de Justiça e Sociedade (CEJUS) publicaram o V Relatório Supremo em Números, intitulado “O Foro Privilegiado e o Supremo”. O estudo coletou, junto ao site do STF dados de janeiro de 2011 a dezembro de 2016, e seus resultados foram amplamente debatidos na Comissão Nacional de Justiça (CNJ), ao julgar a PEC 333/2017.

O que pode se inferir do estudo é que, o tempo médio para julgar ações penais, envolvendo parlamentares, tem aumentado anualmente, passando de 65 dias em 2012 para 1.377 em 2016. Essa morosidade, tem resultados alarmantes. O caso mais emblemático é o de Paulo Roberto Mansur (PP), acusado de fraudar licitações. O julgamento durou 11 anos até transitar em julgado, findando com uma sentença absolutória por falta de tempestividade da pretensão punitiva estatal. E este não é um caso isolado, segundo o estudo, apenas 0,61% dos crimes julgados chegam ao trânsito em julgado com uma sentença condenatória.

Outro dado veiculado pelo estudo informa que “duas de cada três ações penais o mérito da acusação não chega a ser avaliado pelo Supremo, em razão do declínio de competência ou da prescrição”. O declínio de competência é mais um resultado da morosidade do tribunal, e acontece quanto o acusado não mais ocupa cargo que lhe confira o foro especial, fazendo com que o processo seja reiniciado na instância competente.

Segundo o estudo, dentre as causas mais prováveis de morosidade nos julgamentos da Suprema Corte, encontra-se a troca de Relatores, informam que nos dez processos que mais demoraram para transitar em julgado, todos tiveram pelo menos duas trocas de relatores, e a maioria tiveram mais do que quatro. A

regulação da escolha e da substituição de relatores é feita pelo regimento interno do STF, sendo no primeiro caso feito por sorteio (art. 66), e no segundo caso o relator é substituído pelo o ministro que ficará com a sua vaga (art. 38, inciso IV). Quando um relator é substituído, o novo ocupante da vaga pede tempo ao plenário para avaliar todos os processos, não sendo necessário discriminar um prazo, sendo assim, processos com várias trocas de relatores estão fadados a prescrição.

Se analisarmos os dados acima, sob a perspectiva de Posner, inferindo que uma norma é eficiente ao promover a maximização da riqueza, (no sentido social e não monetário), bem como recordando as funções, estabelecidas por ele, para o poder legislador e judiciário, podemos inferir que o foro especial está longe de ser eficiente, pois tanto o dispositivo legal, como o funcionamento interno do Supremo Tribunal Federal, responsável por aplica-lo, favorecem a morosidade dos julgamentos, fazendo com que o Estado gaste milhões com a máquina burocrática do judiciário promovendo uma fragilização institucional, visto que temos um tribunal que por muitas vezes ficou inerte até perder a legitimidade para agir. Não significa que o dispositivo em si seja falho ou injusto, mas que ele precisa ser reformulado no sentido de restringir seu alcance e potencializar sua aplicabilidade, seja para punir, seja para absolver.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eficiência do instituto do Foro Especial por Prerrogativa de Função vem sofrendo severas críticas por parte da doutrina e jurisprudência quando da análise dos constantes e notórios casos de corrupção que assolam os mais variados âmbitos da organização e administração pública do Estado brasileiro. Ademais, o abuso do direito e a má-fé de parte dos agentes que possuem essa garantia traz a reflexão até que ponto esse instituto realmente é benéfico a condução dos interesses públicos e, por consequência, ao bem estar social.

Todavia, o problema não parece ser da essência do referido instituto, mas sim daqueles que utilizam e destoam a sua natureza jurídica fazendo com que este provoque o efeito oposto ao que se propõe, uma vez que nunca é demais ressaltar que a garantia posta é ao cargo e não à função. Segue-se, assim, o principio da impessoalidade que se mostra essencial em todos os âmbitos da esfera pública.

A bem da verdade o Foro Especial por Prerrogativa de Função, é um dos

dispositivos mais controversos do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Assim, a polêmica da manutenção desse instituto está longe de ser esgotada. Portanto, faz necessários infundáveis estudos sobre a temática a fim de apontar melhores possibilidades de sua adequação dentro de uma realidade político-social marcada pelos notórios escândalos de corrupção e abuso de poder daqueles que deveriam tutelar a coisa pública.

. Destaca-se que o objetivo desse estudo não foi determinar a essência ontológica do objeto. Ou seja, se o referido instrumento é dotado de uma essência boa ou ruim. Mas sim examinar se sua aplicação ocorre de forma a garantir a maximização de sua eficiência. E nesse sentido, restou claro que tanto o dispositivo, como o órgão responsável por aplicá-lo são ineficientes. Apesar o Min. Celso de Melo afirmar que não vantagem em ser julgado pelo STF, a realidade mostra que há, e muita. Como mencionamos acima, a probabilidade de ser alguém ser julgado e condenado pelo STF é de 0,61% este índice é indiscutível, e demonstra que há uma necessidade urgente de restrição do dispositivo e do regimento interno do STF, do contrário continuaremos arcando com os custos de um de um judiciário que dá a impressão de que tem como postulado, a impunidade.

ABSTRACT

The special forum for prerogative of function has been much debated by sociologists, journalists and, mainly, by jurists, because of the constant corruption scandals published in the media, which foments a social appeal for the end of the institute. It is questioned whether the normative changes coming from PEC 10/2013 are beneficial to economy and procedural efficiency. Therefore, it is assumed that the current rule of special jurisdiction by prerogative of function produces positive effects in the process. The present article has as general objective about the practice of functions, having as an objective an Economic Analysis of the Law, through a literature review. For this, it is necessary to list the positive and negative points; on the one hand, by terms of process economy, database, database, database, database, database, The importance of conducting the research lies in the need to address the " privileged forum, "a more objective perspective, without the passionate bias of political ideologies and their binary positioning.

Keywords: Special jurisdiction to prerogative of function. Economic analysis. Efficiency.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-23/roberto-barroso-foro-privilegiado-acabar-reduzir-impunidade>. Acesso em 01 de dez. 2017.

BELÉM, O. C. N. **Do foro privilegiado à prerrogativa de função**. Rio de Janeiro: EDPUCRJ, 2008. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008.

BRASIL, Constituição (1824), **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 01 dez. 2017.

_____, Constituição (1891), **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 01 dez. 2017.

_____, Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____, Senado Federal. **Mais de 54 mil autoridades têm foro privilegiado**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/05/mais-de-54-mil-autoridades-tem-foro-privilegiado-revela-estudo-da-consultoria>. Acesso em: 01 de dez. 2017

_____. **Proposta de Emenda Constitucional nº 10 de 2013**. Altera a Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função em casos de crimes comuns. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>. Acesso em 01 de dez. 2017.

_____. Superior Tribunal Federal. Inquérito em Agravo Regimental. Inq 1376 AgR. Tribunal Pleno. Reclamante: Luíz Inácio Lula da Silva. Reclamado: Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo dos Campos. Ministro Relator: Celso de Melo. Brasília, 16 de mar. de 2007. **Lex**: Jurisprudência do STF v. 29, n. 340, 2007, p. 484-493 RDDP n. 50, 2007, p. 145-148.

_____. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Recurso Extraordinário 549560. Tribunal Pleno. Reclamante: José Maria de Melo. Reclamado: Ministério Público Federal. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 de mar. de 2012. **Lex**: Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342753/recurso-extraordinario-re-549560-ce-stf/inteiro-teor-159438556?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 de nov. de 2017.

Inq 1376 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2007, DJ 16-03-2007 PP-00021 EMENT VOL-02268-01 PP-00110 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 484-493 RDDP n. 50, 2007, p. 145-148

_____. **Súmula nº 451.** Competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2035>. Acesso em: 01 de dez. 2017.

Falcão. J. et alii. **V Relatório Supremo em números** : o foro privilegiado / Joaquim Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.

LIMA, M. P. **Curso de Processo Penal**, 8ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012..

MIRABETE, Júlio. **Processo Penal**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRANDA, P. **Comentários à Constituição de 1967**, tomo V, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.

MOREIRA, R. A . **A Competência Por Prerrogativa De Função**. Salvador: Diário Jurídico, 2012.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal**, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEÑALOZA, Rodrigo. **Externalidades e o Teorema de Coese**. Disponível em: [p.1https://medium.com/@milesmithrae/externalidades-e-o-teorema-de-coese-rodrigo-pe%C3%B1aloza-dez-2015-6ebb29f90120](https://medium.com/@milesmithrae/externalidades-e-o-teorema-de-coese-rodrigo-pe%C3%B1aloza-dez-2015-6ebb29f90120). Acesso em: 03 de dez. 2017.

POSNER, R. **A economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Problemas da Filosofia do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2007.

_____. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: Aspen, 2003.

SALAMA. B. **Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner**. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>. Acesso em: 01 de dez. 2017.

_____. **Análise econômica do direito.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>. Acesso em: 03 dez. 2017.

ROCHA FILHO, C. M. **O foro por prerrogativa de função na esfera penal brasileira -garantia ilimitada:** Manobras que se valem da garantia para fins esdrúxulos. Juiz de Fora: EDUFJ, 2016. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade de Federal de Juiz de Fora, 2016.

TAVARES FILHO, N. **Foro privilegiado:** pontos positivos e negativos. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2016_10290_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos. Acesso em: 20 de nov. 2017.

TOURINHO FILHO, F. C. **Código de Processo Penal Comentado**, 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.