

# COMO AS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS IMPORTAM PARA A PROTEÇÃO PENAL DAS ELITES POLÍTICAS BRASILEIRAS<sup>1</sup>

## HOW INSTITUTIONS MATTER FOR PENAL PROTECTION OF BRAZILIAN POLITICAL ELITES

ERNANI CARVALHO<sup>2</sup>

ANDERSON PAZ<sup>3</sup>

MARCELLE AMARAL<sup>4</sup>

“DETENDO O PODER E CERTO DA IMPUNIDADE O HOMEM SE SENTE UM DEUS ENTRE OS HOMENS”

PLATÃO

**RESUMO:** A impunidade é geralmente percebida na Ciência Política como uma incapacidade ou mesmo oportuna falta de vontade dos membros do Estado em aplicar a lei. Pouco se observa, no entanto, a trajetória e o papel das instituições neste contexto. A escolha por leis mais brandas, por tratamento processual diferenciado a determinados agentes e um sistema recursal de decisões judiciais flexível, por exemplo, podem fomentar a impunidade de grupos sociais seletos. Desse modo, a trajetória de construção das regras do jogo importa. Este trabalho se propõe a duas análises: 1) historiar e discutir: i) a sistemática de execução de pena na história do direito brasileiro e ii) a adoção do foro por prerrogativa de função pelo sistema jurídico brasileiro; e 2) observar empiricamente a dinâmica de julgamento do Foro Privilegiado em dois Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) no período posterior à promulgação da Carta Magna de 1988. O intuito é lançar luz sobre como o desenho institucional brasileiro é capaz de relativizar instrumentos punitivos para as elites nacionais. Nossa conclusão aponta que esses institutos dificultam sobremaneira a possibilidade de punição de membros da elite política no Brasil, favorecendo a impunidade e provocando mutações na lógica do sistema punitivo estatal com repercussões no sistema político.

21

<sup>1</sup> Os autores agradecem ao suporte e fomento do CNPq, CAPES e FACEPE para a realização deste trabalho.

<sup>2</sup> Professor Titular do Departamento de Ciência Política da UFPE e Pesquisador de Produtividade do CNPq. Durante boa parte da escrita deste trabalho foi Visiting Scholar at the Latin American Centre and Brazilian Studies / Oxford University – com suporte da CAPES.

<sup>3</sup> Doutorando de Ciência Política pela UFPE

<sup>4</sup> Doutoranda de Ciência Política pela UFPE e atualmente Visiting Research na Universidade de Cornell.



**PALAVRAS-CHAVE:** Impunidade; Instituições; Elite Política.

**ABSTRACT:** Impunity is generally perceived in Political Science as an inability or even opportune unwillingness of State members to apply the law. Little is observed, however, about the trajectory and role of institutions in this context. The choice for more lenient laws, for differentiated procedural treatment for certain agents and a flexible appeal system for judicial decisions, for example, can encourage impunity for selected social groups. In this way, the trajectory of construction of the rules of the game matters. This work proposes two analyses: 1) to describe and discuss: i) the systematic execution of sentences in the history of Brazilian law and ii) the adoption of the forum by prerogative of function by the Brazilian legal system; and 2) empirically observe the dynamics of the Privileged Forum judgment in two Superior Courts (Federal Supreme Court and Superior Court of Justice) in the period after the enactment of the Magna Carta of 1988. The aim is to shed light on how the Brazilian institutional design is capable of to relativize punitive instruments for national elites. Our conclusion points out that these institutes make it extremely difficult to punish members of the political elite in Brazil, favoring impunity and causing changes in the logic of the state punitive system with repercussions on the political system.

**KEYWORDS:** Impunity; Institutions; Political Elite.

## INTRODUÇÃO

A análise de um fenômeno pela Ciência Política busca observar como as regras e os atores se relacionam considerando seus respectivos contextos históricos e interesses particulares. As instituições políticas são aptas a explicar a existência das regras formais e informais, como também as práticas que restringem ou favorecem as escolhas políticas. O modelo do institucionalismo racional propõe que os atores políticos agem como indivíduos que sopesam custos e benefícios com vistas a alcançar o autofavorecimento. Duas interpretações dentro do modelo racional são passíveis de discussão (SHEPSLE, 2009).

A primeira propõe que as instituições são regras exógenas de um jogo que modulam as interações humanas, ou seja, as instituições fornecem aos atores as estratégias do jogo, as informações e os possíveis resultados da combinação de suas ações, e cabe ao ator escolher suas preferências. Elas, no entanto, induzem ao equilíbrio institucional (SHEPSLE, 2009; NORTH, 1990). A segunda interpretação propõe que as instituições não são exógenas aos atores, mas sim escolhidas por eles. Os jogadores estabelecem como querem jogar e se estabelece uma coordenação e respeito às regras definidas entre eles como arranjos focais (SHEPSLE, 2009; SCHELLING, 1996). No fim, as instituições são o equilíbrio das regras com as

preferências dos atores. Se esse equilíbrio é sempre relativizado com atores impondo novas regras, temos instituições frágeis.

Partindo dessa construção institucionalista, é possível analisar a impunidade de agentes de Estados com instituições ineficientes para punir. Entre os aspectos que fragilizam as instituições estão a baixa capacidade estatal de monitorar e sancionar as leis (LEVITSKY e MURILLO, 2009); cortes orçamentários que não permitiriam a execução necessária da punição (BECKER, 1968); problema do agente-principal, no qual os principais não conseguem monitorar os agentes (LAFFONT e TIROLE, 1993) e, por fim, a ambiguidade da doutrina legal (NORTH, 1990).

Parece razoável pressupor que no Brasil existe uma baixa capacidade de punir alguns atores de certos setores da sociedade. Seja por ambiguidade legal, seja pela ineficácia de mecanismos, a trajetória das escolhas no Direito Penal brasileiro demonstra um crescente desenvolvimento de um desenho institucional capaz de proteger elites políticas. Neste artigo iremos explorar aspectos da evolução da mudança da execução da pena e o desenho do mecanismo especial de julgamento – o foro por prerrogativa de função – capazes de manter a impunidade das elites políticas. Analisar-se-á o resultado dos julgamentos em duas Cortes Superiores (STF e STJ) em processos que dispõem de foro por prerrogativa de função.

O objetivo é desvendar como a articulação entre a flexibilização das regras de execução da pena e o instituto do foro por prerrogativa de função resulta em proteção para as elites políticas brasileiras. O trabalho demonstra como esses institutos foram forjados pelo contexto político e pelo senso de oportunidade das elites políticas no Brasil.

## 2. HISTÓRICO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL

No dia 15 de novembro de 1889, na antiga Praça da Aclamação (atual Praça da República) no Rio de Janeiro, houve a Proclamação da República brasileira que findou o regime monárquico que vigorava no Brasil desde a independência da Coroa portuguesa em 1822. Quase um ano depois, sob jurisdição republicana, entrou em vigor, no dia 11 de outubro de 1890, o Código Penal Brasileiro (Decreto nº 847). O seu artigo 409, §2º, determinava que “o cumprimento dessa pena<sup>5</sup>, embora penda recurso voluntário, começará a contar-se do dia em que for proferida a sentença de condenação”, isto é, a execução da pena se dava a partir da sentença condenatória, ainda que pendente fosse o recurso.

A Constituição de 1891 recepcionou o Código Penal, mas outorgou aos Estados a competência de legislar em matéria processual penal (AMARAL, 2016). Cada Estado pôde, portanto, editar as próprias normas de direito processual penal. Até o ano de 1934, existiram no direito brasileiro vinte e quatro Códigos de Processo Penal (TEIXEIRA LEITE, 2016). Nota-se que o Brasil teve quase quarenta anos de autonomia legislativa das províncias, ou estados subnacionais, no que se refere ao

<sup>5</sup> O dispositivo se refere à pena de “prisão celular”, aquela que seria “cumprida em estabelecimento especial com isolamento celular e trabalho obrigatório” (artigo 45, CP/1890).

processo penal. Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos em que a autonomia foi preservada, o Brasil optou por uma centralização do processo penal na Assembleia Constituinte de 1934 (TEIXEIRA LEITE, 2016).

No ano de 1940, um novo Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e um novo Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) foram promulgados em meio a um contexto de forte autoritarismo do governo de Getúlio Vargas (Estado Novo). Esse novo Código Penal não alterou o momento de execução da pena que continuou a se dar a partir da sentença condenatória. No ano seguinte, foi promulgado o Código de Processo Penal que passou a concentrar todas as normas processuais penais que estavam sob competência dos Estados. A Constituição de 1934 determinou que competia privativamente à União legislar sobre direito processual, mas só com o Código de Processo Penal de 1941 houve o fim do pluralismo normativo do processo penal (AMARAL, 2016).

O artigo 312 do CPP/1941 previa que “a prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”, isto é, o juiz poderia decretar prisão preventiva diante de crime com pena de reclusão igual ou superior a dez anos. Por sua vez, o artigo 393 possibilitava a manutenção da prisão preventiva mesmo diante de sentença condenatória recorrível: “são efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados”. Dessa forma, a sentença condenatória, ainda que pudesse ser recorrida, gerava o efeito imediato da execução da pena e lançamento do nome do réu no rol de culpados. Tanto o Código Penal de 1940 quanto o Código de Processo Penal de 1941 continuam em vigor no Brasil.

Todavia, trinta e dois anos depois, ambos foram revogados tacitamente com a promulgação da Lei nº 5.941 de 1973, conhecida como “Lei Fleury”<sup>6</sup>. De acordo com o artigo 594 desta Lei, “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

A partir de 1973, então, um condenado poderia apelar em liberdade quando: “a) se livra solto, segundo art. 321 do CPP<sup>7</sup>; b) tenha prestado fiança, sendo o crime afiançável; c) for o condenado primário e de bons antecedentes” (FRISCHEISEN, GARCIA, GUSMAN, 2008). A possibilidade de a pena ser executada a partir do

---

<sup>6</sup> A Lei nº 5.941/1973 é conhecida como “Lei Fleury” por ter sido promulgada para proteger o delegado do Departamento de Ordem Política e Social de São Paulo (DOPs), Sérgio Fernando Paranhos Fleury, um dos órgãos responsáveis pela repressão durante a Ditadura Militar brasileira.

<sup>7</sup> “Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança: I - no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.”

momento da decisão condenatória passou a ser restrita a casos de crimes inafiançáveis cujo réu não fosse primário e não tivesse bons antecedentes. Na prática, réu primário e com bons antecedentes passou a aguardar julgamento em liberdade, mesmo que tivesse sido condenado em primeira instância e seu recurso estivesse pendente de apreciação no Tribunal do Estado. Em outras palavras, a pena passava a ser executada após a decisão em segunda instância.

Quando a “Lei Fleury” foi decretada em caráter de urgência pelo regime militar, ela sofreu muitas críticas pelo seu caráter casuístico, como bem lembra o Promotor de Justiça Sérgio de Oliveira Médici em artigo que defende a revisão da lei:

A lei número 5.941/1973, de 22 de novembro de 1973, conhecida como “Lei Fleury”, foi alvo de violentas críticas nos últimos anos, por permitir a impunidade de pessoas influentes e contribuir com o aumento da criminalidade e violência. Não são poucos os que pregam a revogação de todos os seus artigos, com o conseqüente restabelecimento do antigo sistema do código de processo penal, como o Ministro Cordeiro Guerra, do Supremo Tribunal Federal, em depoimento perante a comissão especial do Senado Federal. (MÉDICI, 1985).

A primeira grande mudança no que concerne ao tempo da prisão se deu justamente por interveniência política, patrocinada pelo Executivo Federal que usou de suas prerrogativas de urgência para favorecer um prócere do regime militar, abrindo, portanto, o precedente de prisão em segunda instância. Na década de 1980, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento pela viabilidade de execução da pena após a decisão de segundo grau, conforme artigo 637 do Código de Processo Penal<sup>8</sup> (TRINDADE, 2017).

No processo de redemocratização, a Constituição Federal de 1988 consagrou no artigo 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O Supremo Tribunal Federal interpretou esse dispositivo, até o ano de 2009, de forma restritiva: negando efeito suspensivo à sentença condenatória de segunda instância (FRISCHEISEN, GARCIA, GUSMAN, 2008). Assim, o réu poderia ser preso enquanto recorria da sentença para Tribunais Superiores.

Contudo, em 2009, o STF, em sede de julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG e em decisão relatada pelo Ministro Eros Grau, entendeu por maioria pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena (TRINDADE, 2017), vencidos os Ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Deste modo, o precedente aberto por via legislativa e encabeçado pelo

<sup>8</sup> “Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”

Executivo em 1973 não só se consolidou como passou a ter sua aplicação institucional alargada pelo STF. O abrandamento deste instituto desta vez serviu as diversas autoridades do Executivo federal à época processadas por crimes de corrupção, o conhecido “Escândalo do Mensalão”.

Então, a partir de 2009, assentou-se que a execução da pena só poderia ocorrer após o julgamento de todos os recursos e a decretação do trânsito em julgado de decisão condenatória, salvo se necessário fosse aplicação de alguma medida cautelar. Em 2016, outra mudança foi realizada. O STF formou maioria, em sede de julgamento de *habeas corpus* nº 126.292/SP, pela possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. E, no mesmo ano, em sede de julgamento de *habeas corpus* nº 152.752/PR, o pleno do Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento sobre a possibilidade de execução provisória da pena quando houvesse condenação em segunda instância (TRINDADE, 2017).

No mesmo período, a partir de 2014, eclodiu outra forte crise política provocado por denúncias de corrupção na Petrobrás, notabilizadas pelo nome de “Petrolão”. Boa parte dos acusados e condenados em segunda instância foram presos mediante este novo entendimento. Entretanto, três anos depois, o STF entendeu, em sede das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs) nº 43, 44 e 54, que ninguém poderia ser considerado culpado até o trânsito em julgado, momento em que se esgota a possibilidade de recursos, e que a execução provisória da pena feria o princípio constitucional da presunção de inocência. Mais uma vez, essa decisão beneficiou todos aqueles que haviam sido condenados em segunda instância, portanto, todos tiveram a liberdade condicional decretada. Observa-se que nessa faixa de tempo (2009-2017) ocorreu uma das maiores instabilidades decisórias da Corte sobre o tema. A evolução decisória de como se deu o cumprimento da pena após julgamento sofreu, indubitavelmente, forte influência do contexto político.

Em resumo, de 1890 a 1973, a regra era de execução da pena por sentença condenatória em primeira instância, ainda que houvesse recurso pendente. De 1973 em diante, com a promulgação da “Lei Fleury”, a regra se tornou a execução da pena a partir da confirmação de condenação penal em segunda instância. Em 2009, devido à decisão do Supremo Tribunal Federal, a regra se tornou a execução de pena a partir do trânsito em julgado de sentença condenatória, ou seja, quando todos os recursos tivessem sido julgados. Já em 2016, voltou à regra, por decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, da execução da pena após condenação confirmatória em segunda instância. Por fim, a partir de 2019 até os dias atuais, vigora a regra, devido ao entendimento do próprio STF, que vigorara entre 2009 e 2016, qual seja, a execução de pena após o trânsito em julgado de sentença condenatória.

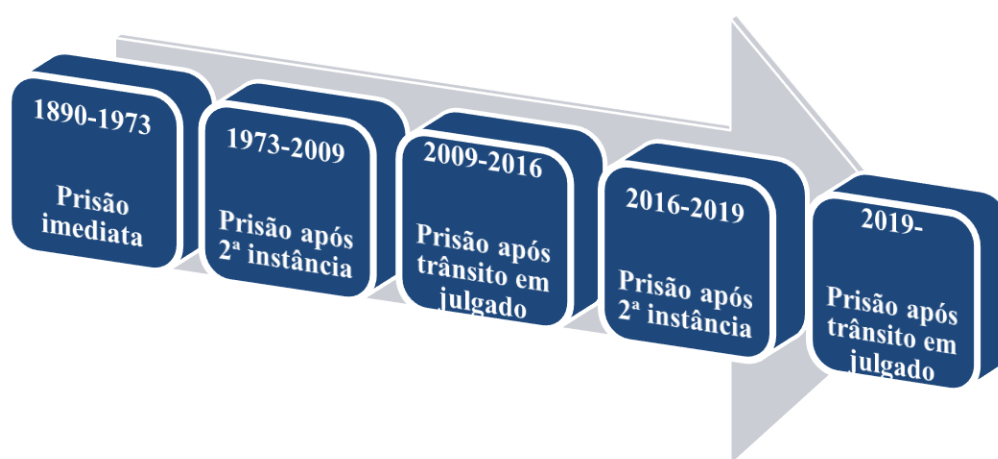
Portanto, pelo histórico, o Brasil foi palco por 83 anos de prisões sendo executadas após a expedição da primeira sentença (1890-1973). A mudança deste quadro veio durante o regime militar instaurado em 1964. Por via do Congresso Nacional foi determinada, em 1973, uma nova lei (nº 5.941/1973) que estabeleceu a

execução da prisão após condenação em segunda instância, por motivos claramente políticos à época e com o objetivo de evitar a prisão do delegado do Departamento de Ordem Política e Social de São Paulo, Sérgio Fleury, um dos órgãos responsáveis pela repressão durante a Ditadura Militar. Foram 36 anos de entendimento jurisprudencial garantido a prisão após decisão em segunda instância.

A partir de 2009 o entendimento da prisão deixou de ser uma decisão do Poder Legislativo e passou ao arbítrio interpretativo da Constituição realizado pelo Supremo Tribunal Federal que estabeleceu que a execução da pena só deveria ocorrer após o julgamento de todos os recursos e decretação do trânsito em julgado de decisão condenatória, operando assim uma situação *sui generis* no mundo ocidental democrático.

O próprio STF revogou sua decisão sete anos mais tarde retomando o entendimento estabelecido a partir de 1973 que era legal a prisão a partir da decisão transitada em julgado na segunda instância. Em outra reviravolta decisória, apenas três anos depois, a Suprema Corte brasileira decidiu por estabelecer novamente o entendimento de prisão após o trânsito em julgado, o que permite ao acusado pelo menos quatro instâncias de julgamento, que atrelado à dinâmica de funcionamento da justiça brasileira pode garantir o não cumprimento da pena para muitos casos pela simples prescrição dos crimes entre outros benefícios ao acusado. Nesta última decisão, o Supremo Tribunal Federal foi duramente criticado pelo casuísmo decisório e por estimular a insegurança jurídica no país, mas também foi elogiado por grupos de juristas garantistas e, obviamente, por boa parte da elite política do Brasil (MOURA, 2021).

Figura 1: Momentos de execução de pena no Brasil



Fonte: elaboração dos autores.

Em perspectiva comparada da execução de pena no Brasil com a de outros países ocidentais, o Brasil mostra-se como uma exceção. Na Inglaterra, em regra, o

condenado em segunda instância já inicia o cumprimento da pena enquanto os recursos são analisados, salvo se a lei garantir liberdade por fiança. Nos Estados Unidos, decisões penais condenatórias de primeira instância são executadas imediatamente, salvo algumas exceções. No Canadá, após a condenação em primeiro grau, a sentença é imediatamente executada, salvo em caso de fiança. Na Alemanha, recursos a Tribunais Superiores não suspendem a execução da pena de primeiro grau. Em Portugal, o princípio da execução imediata da pena também vigora, de modo que a prisão se dá após condenação em primeira instância. Na Argentina, a pena privativa de liberdade é executada após condenação em primeiro grau, salvo poucas exceções (FRISCHEISEN, GARCIA, GUSMAN, 2008).

**Figura 2:** Comparativo do momento de execução de pena

Condenção em 1º grau	Condenação em 2º grau	Condenação após esgotamento de todos os recursos
<ul style="list-style-type: none"><li>• EUA</li><li>• Canadá</li><li>• Alemanha</li><li>• Portugal</li><li>• Argentina</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Inglaterra</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Brasil</li></ul>

Fonte: elaboração dos autores.

Assim, o Brasil tem um sistema de execução de pena singular em relação a outros países ocidentais de tradição liberal-democrática que também seguem o “princípio da presunção de inocência”. Por isso, no Brasil, parte significativa dos aprisionados seja por prisão provisória e de baixa renda, já que os mais ricos podem recorrer seguidamente de suas condenações protelando a execução da pena. Em outras palavras, o atual sistema brasileiro, construído a partir de 2009 por via de interpretação judicial, ampliou o fosso social no cumprimento das penas, em que a elite, que possui recursos para protelar a sentença final, goza de uma situação muito distinta da grande maioria da população no que tange ao amparo jurídico.

### 3. FORO PRO PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

O “foro por prerrogativa de função”, comumente conhecido como “foro privilegiado”, é o instituto jurídico que atribui a determinados tribunais do judiciário brasileiro a competência de processar e julgar algumas autoridades devido à sua função ou cargo público. A justificativa para a existência desse instituto diz que a relevância do cargo ou função ocupada por determinada autoridade justifica tal prerrogativa. Argumenta-se que, para a manutenção da ordem constitucional, algumas autoridades não podem ser processadas e julgadas por quaisquer do povo ou por órgãos comuns (TAVARES FILHO, 2016).



No Brasil, o instituto surgiu com a primeira Constituição brasileira, em 1824, que reservou o foro privilegiado para ocupantes de altas funções públicas. A primeira Constituição da República, de 1891, garantiu foro privilegiado para o cargo de “Presidente dos Estados Unidos do Brasil”. A partir desse momento, “o foro especial por prerrogativa de função conheceu um progressivo e constante alargamento nas Constituições subseqüentes no século XX” (TAVARES FILHO, 2016, p. 6).

A Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de cargos e funções protegidas por foro privilegiado<sup>9</sup>. Em muitos países, os crimes comuns não são alcançados por foro privilegiado (Alemanha, EUA, Rússia, Índia), enquanto outros países têm foro privilegiado até para autoridades estaduais (Bélgica, Argentina, México, Áustria). Nenhum ordenamento jurídico, no entanto, dispõe de tantos cargos e funções contempladas por prerrogativa de foro como o Brasil. Dados de 2017 indicaram que, no Brasil, havia um total de 54.990 autoridades com foro privilegiado, sendo 38.431 de origem na Constituição Federal e 16.559 nas Constituições estaduais (CAVALCANTE FILHO e LIMA, 2017).

Portanto, “em números absolutos, dificilmente será encontrado ordenamento jurídico tão pródigo na distribuição dessa prerrogativa a autoridades” (CAVALCANTE FILHO e LIMA, 2017, p. 25). Nesse sentido, pode-se afirmar que o caso brasileiro

Trata-se de uma situação *sui generis*: dispositivos constitucionais investem nossa Suprema Corte no papel de instância única de julgamento de processos instaurados pela suposta prática de crimes comuns e de responsabilidade por pessoas que ocupam mandato eletivo e/ou função pública nas mais altas esferas decisórias do país. Para além do exercício de suas atividades primárias, notadamente aquelas relacionadas à revisão judicial (controle de constitucionalidade) concentrada ou difusa, os

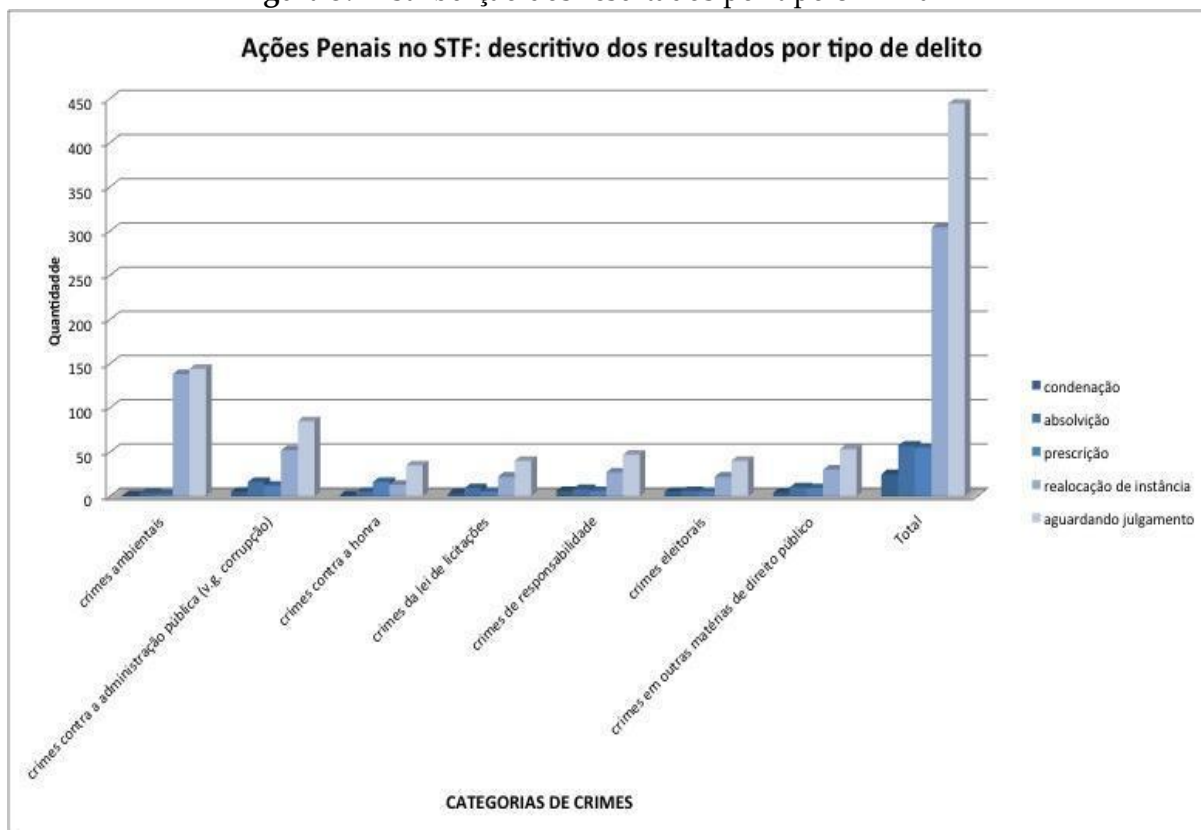
<sup>9</sup> De acordo com Tavares Filho (2016, pp. 8-9), “possuem foro especial por prerrogativa de função o Presidente e o Vice Presidente da República; os membros do Congresso Nacional; os Ministros do Supremo Tribunal Federal; o Procurador-Geral da República; os Ministros de Estado; os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; as autoridades ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, em caso de habeas corpus; os Governadores dos Estados e do Distrito Federal; os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho; os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios; as autoridades federais da administração direta ou indireta, em caso de mandado de injunção; os juízes federais, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho; os membros do Ministério Público da União; os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público estadual; os Prefeitos; os oficiais gerais das três Armas (Lei 8.719, de 1993, art. 6º, I); e os juízes eleitorais, nos crimes eleitorais (Código eleitoral, art. 29, I, d).”

membros do STF são convocados pelo desenho institucional da Corte para conduzir e julgar processos criminais, cujo objeto são fatos delituosos supostamente praticados por pessoas investidas em cargos e funções públicas ou eleitas para o exercício de mandato político. (GOMES NETO e CARVALHO, 2021).

Em um cenário de forte pressão social, em 2018, o STF decidiu restringir o foro privilegiado de senadores e deputados. O entendimento da Corte foi que apenas aqueles crimes ocorridos durante o mandato e relacionados ao exercício do cargo parlamentar deveriam gozar de prerrogativa de foro. Na Câmara dos Deputados, tramita o Projeto de Emenda Constitucional 333/2017 que visa a que o foro privilegiado seja extinto no caso de julgamentos por crimes comuns e fique restrito aos Presidentes da República, da Câmara, do Senado Federal e do STF. Enquanto o foro por prerrogativa de função se mantém como um importante instituto penal, as elites políticas restam impunes, como se pode demonstrar nas dinâmicas de julgamento no STF e STJ.

Com o objetivo de analisar o funcionamento do foro por prerrogativa de função na mais alta Corte brasileira, vamos utilizar dados disponibilizados por pesquisas recentes, ressaltando a ausência de trabalhos que analisaram a dinâmica de tramitação deste tipo penal especial. Ao analisar a distribuição dos tipos criminais no STF, é possível constatar uma concentração de ações em dois tipos penais: crimes ambientais e crimes contra a administração pública (corrupção), os dois tipos representam quase metade das ações. Destaca-se a ausência de propósito de um foro especial para crimes ambientais e contra a administração pública, que opera na proteção de autoridade política.

Figura 3: Distribuição dos resultados por tipo criminal



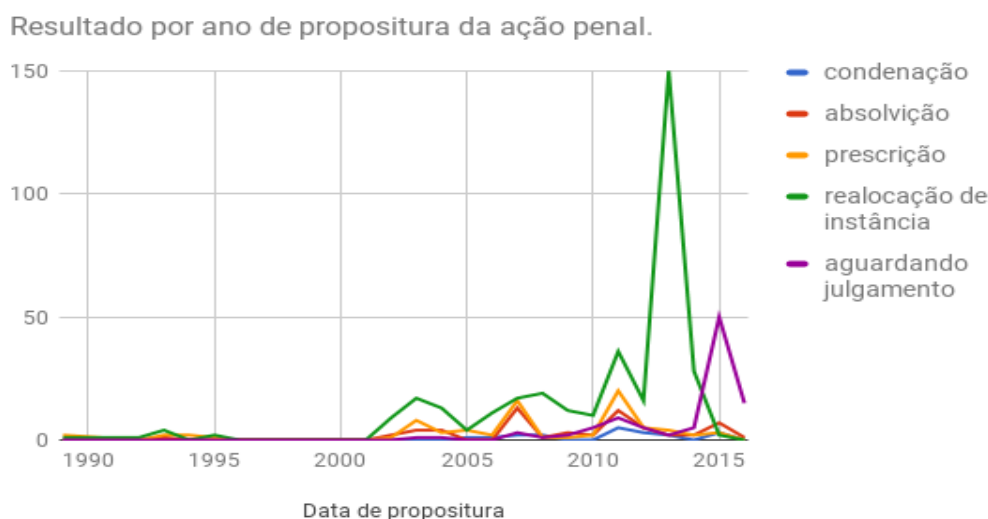
Fonte: Gomes Neto e Carvalho (2020).

Em relação à distribuição dos resultados relativos ao ano de recebimento da denúncia das ações penais especiais, podemos destacar a saliência das movimentações da realocação de instância<sup>10</sup> e o conhecido “aguardando julgamento”<sup>11</sup> que atestam um comportamento decisório propício ao não julgamento de aproximadamente 85% das ações no período do estudo supracitado.

<sup>10</sup> A realocação de instância ocorre todas as vezes que a mudança de status do acusado se opera, por exemplo: Quando o acusado não se reeleger para Deputado Federal seu processo é realocado para a primeira instância do seu estado, ou, em sentido contrário, quando o processo corre na instância ordinária e o acusado é eleito para o Congresso Nacional, nesse caso o processo passa a tramitar no Supremo Tribunal Federal.

<sup>11</sup> Para uma análise elucidadora das estratégias possíveis dos atores envolvidos na condição “aguardando julgamento” *vide*: Carvalho, E., Santos, M. L., Gomes Neto, J. M. W., & Barbosa, L. V. de Q. (2016).

**Figura 4:** Distribuição dos resultados em relação ao ano de recebimento da denúncia



Fonte: Gomes Neto e Carvalho (2020).

Assim, é possível afirmar que

Em termos percentuais, excedem os resultados que traduzem um comportamento voltado *ao não julgamento* – ou, ao menos à *seletividade*, traduzida em dar prioridade ao julgamento de outras espécies processuais, em detrimento das ações penais, a exemplo das ações relativas à revisão judicial concentrada ou aos recursos próprios da revisão constitucional difusa – uma vez que 72% dos processos criminais integrantes da amostra (58% de *realocação de instância* e 16% *aguardando julgamento*) não receberam decisões judiciais de mérito no período analisado. Se consideradas as decisões que extinguem a punibilidade dos acusados pelo reconhecimento da *prescrição* também como uma consequência do comportamento autorrestrito dos relatores – que, em tese, teriam demorado em demasia para cumprir todas as etapas do processo penal e, via de consequência, para levar ao julgamento de mérito – essa taxa de processos sem julgamento de mérito (*condenação ou absolvição*) aumenta para 85%. (GOMES NETO e CARVALHO, 2020).<sup>12</sup>

Os resultados das ações penais expressam com clareza ímpar o papel que este instituto jurídico tem desenvolvido para preservar a autoridade.

Os dados levantados [no Relatório Supremo em Números] mostram que o Supremo Tribunal Federal, quando atua como corte

<sup>12</sup> Para uma maior compreensão da lógica da seletividade no processo decisório judicial brasileiro recomendamos: Carvalho (2009) e Lima e Gomes Neto (2018).

originária com relação aos crimes cometidos por agentes com foro especial por prerrogativa de função (foro privilegiado), normalmente não consegue analisar o mérito das investigações ou acusações apresentadas pela PGR. (FALCÃO *et al.*, 2017, p.81).

Figura 5: Distribuição percentual dos resultados



Fonte: Gomes Neto e Carvalho (2020).

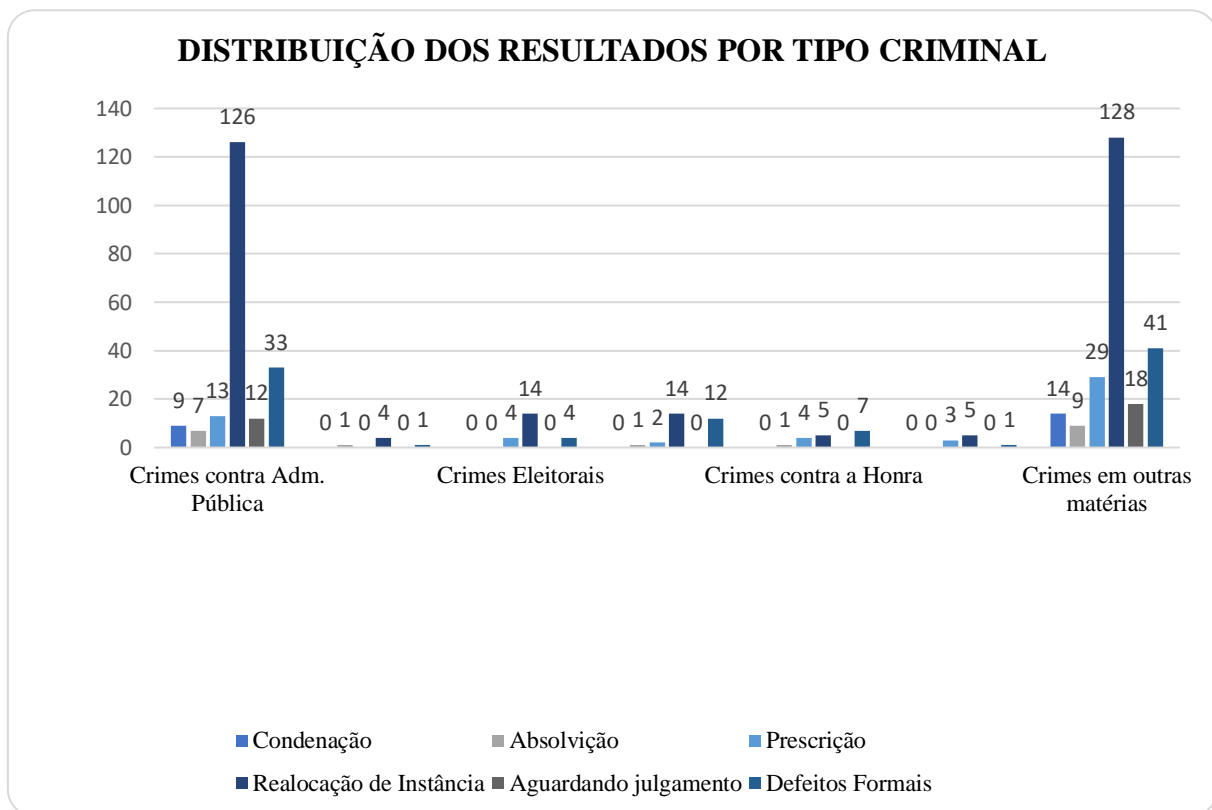
Portanto, a análise dos processos que dispunham de foro por prerrogativa de função de a serem julgados no STF demonstra que a maioria foi passível de “realocação de instância”, isto é, o processo não foi julgado e saiu da Corte para outro tribunal por mudança do status da autoridade pública e outra parte considerável restou “aguardando julgamento” ou em vias da “prescrição”. Dessa forma, no que diz respeito aos processos de foro com prerrogativa de função no STF, a conclusão é que

De modo geral, ser uma autoridade com foro por prerrogativa de função (principalmente senador ou deputado), denunciada ao STF por qualquer espécie de delito, mostrou-se uma condição relevante, sendo altas as chances de serem verificadas, após longo período de tramitação, as situações de *realocação de instância*, *prescrição* ou *aguardando julgamento*, suficientes a afastar qualquer perspectiva de punibilidade. (GOMES NETO e CARVALHO, 2022).

É também necessário analisar o funcionamento do foro por prerrogativa de função no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que é responsável por dar provimento a ação penal das seguintes autoridades: Governadores, Desembargadores

estaduais, federais, eleitorais e trabalhistas, Conselheiros de Tribunais de Contas e Procuradores da República, entre outros, ressaltando a ausência de trabalhos que analisaram a dinâmica de tramitação deste tipo penal especial. Em uma primeira análise sobre a distribuição dos tipos criminais, é possível constatar uma concentração de ações em um tipo penal específico: crimes contra a administração pública (corrupção) é o tipo penal mais recorrente, não havendo padrão nem volume nos demais tipos.

**Figura 6:** Distribuição dos resultados por tipo criminal

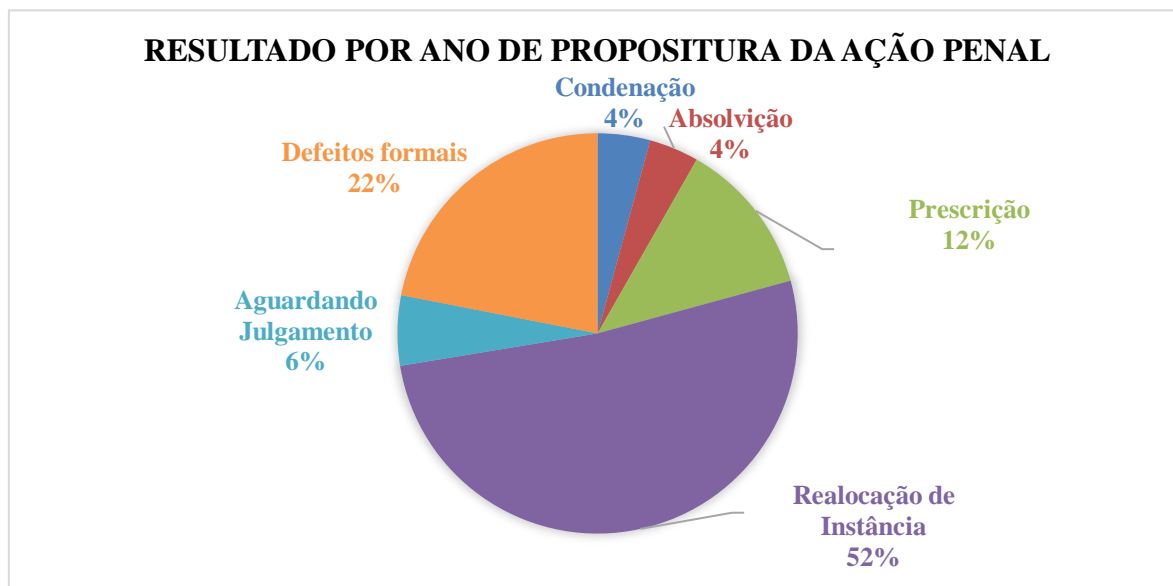


Fonte: elaboração dos autores a partir dos dados disponíveis no site do STJ.

No tocante aos resultados dos julgamentos, o cenário de conclusão dos autos (condenação ou absolvição) é ainda mais crítico que no STF. Enquanto no STF houve 13% dos processos com alguma absolvição ou condenação, no STJ apenas 8% dos processos foram finalizados. Tal como ocorre no STF, normalmente o STJ não consegue analisar o mérito das investigações ou acusações apresentadas. Outro grande paralelo observado é que ser uma autoridade com foro por prerrogativa de função, denunciada ao STJ, seja qual for o delito, mostrou-se também uma condição relevante, sendo altas as chances de serem verificadas, após longo período de tramitação, as situações de *realocação de instância*, *prescrição*, *defeitos formais* ou

*aguardando julgamento*, suficientes para afastar qualquer perspectiva de punibilidade.

**Figura 7:** Resultado por ano de propositura da ação penal



Fonte: elaboração dos autores a partir dos dados disponíveis no site do STJ.

Portanto, o desenho normativo brasileiro exige, para a execução de pena, o esgotamento de todos os recursos e garante a altas autoridades políticas foro por prerrogativa de função em tribunais com grande demanda de processos. O resultado é que autoridades de altos cargos e funções políticas dificilmente são condenadas com trânsito em julgado. Os dados sobre os processos com foro por prerrogativa de função no STF e STJ demonstram que o desenho institucional penal brasileiro favorece a impunidade das elites políticas nacionais.

#### 4. CONCLUSÃO

Instituições importam para a impunidade penal das elites políticas. A análise do presente artigo demonstrou que a sistemática de execução da pena na história do direito brasileiro levou a uma crescente ampliação de mecanismos capazes de proteger as elites políticas das consequências penais de seus atos. Além disso, o foro por prerrogativa de função do sistema jurídico brasileiro foi ampliado substantivamente em cada nova reforma constitucional. A investigação dos dados dos processos que dispõem de foro por prerrogativa de função no STF e STJ indicou um importante grau de impunidade das elites políticas. A maioria dos processos nem foram julgados.

A perspectiva institucionalista da Ciência Política indica que o desenho institucional importa. O caso brasileiro ilustra que as instituições não são exógenas aos atores, mas sim escolhidas estrategicamente por eles. Os agentes estabelecem os limites e as condições de suas ações sopesando custos e benefícios de suas

escolhas. Nesse sentido, é correto afirmar que o caso brasileiro demonstra que quando “o Estado tem força coercitiva, então aqueles que dirigem o Estado usarão essa força em seu próprio interesse às custas do restante da sociedade” (NORTH, 1990, p. 59).

As elites políticas brasileiras, portanto, desenharam normas tendo em vista à manutenção ou até ampliação da incapacidade das instituições aplicarem as normas punitivas às próprias elites. Por isso, na análise da impunidade penal das elites políticas brasileiras, percebe-se que os instrumentos punitivos foram ampliados para a proteção das elites nacionais. A conclusão é que a simbiose política e os instrumentos punitivos é constantemente desenhada e flexibilizada para diminuir a possibilidade de punição de membros da elite política no Brasil, favorecendo a impunidade e adequando estrategicamente o sistema punitivo estatal à proteção das elites.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. – Jundiaí, Paco Editorial, 2016.

BECKER, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal of Political Economy**. 76 (2): 169–217, 1968.

CARVALHO, E. Judicialização da Política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, v. XLIV, p. 315-335, 2009

CARVALHO, E., Santos, M. L., Gomes Neto, J. M. W., & Barbosa, L. V. de O. (2016). Judicialización de la política y grupos de presión en Brasil: intereses, estrategias y resultados. **América Latina Hoy**, 72, 59–17\_88. <https://doi.org/10.14201/alh2016725988>

CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. Foro, Prerrogativa e Privilégio (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: **Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado**, Abri/2017 (Texto para Discussão nº 233). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 25 de abril de 2022.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena: Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro. **Revista ANPR Online**, n. 7, 2008.

GOMES NETO, J. M. W., & CARVALHO, E. (2021). Pretores condenando a casta? a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do "Foro Privilegiado". **Revista de Estudos Empíricos Em Direito**, 8, 1–30. <https://doi.org/10.19092/reed.v8i.524>





LAFFONT, J. J.; TIROLE, J. **A theory of incentives in procurement and regulation**. MIT press. 1993.

LEVITSKY, Steven; MURILLO, Maria Victoria. Variation in Institutional Strength. **Annual Review of Political Science**. 12 (1): 115–33. 2009.

LIMA, F. D. S.; GOMES NETO, J. M. W. (2018). Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo (a) s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, p. 221-247.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. (1985). Sugestão da Reforma da “Lei Fleury”. **Justitia**, São Paulo, 47(130): pp. 181-184.

MOURA, Rafael Moraes. **Retorno de prisão após 2ª instância assombra políticos e atinge Mendonça**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/retorno-de-prisao-apos-2a-instancia-assombra-politicos-e-atinge-mendonca/>. 2021. Acesso em: 20 maio. 2022.

NORTH, D. **Institutions, Institutional Change, and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press.1990.

SCHELLING, T. C. **The Strategy of Conflict**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1960.

SHEPSLE, Kenneth A., Rational Choice Institutionalism' em Sarah A. Binder, R. A. W. Rhodes, Bert A. Rockman (eds), **The Oxford Handbook of Political Institutions** (2008; online ed, Oxford Academic, 2 Sept. 2009), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199548460.003.0002>. Acesso em 22 Mar. 2023.

SHEPSLE, Kenneth A. Institutional arrangements and equilibrium in multidimensional voting models. **American Journal of Political Science**, 23: 23–57. 1979

TAVARES FILHO, N. Foro Privilegiado: pontos positivos e negativos. Brasília: Consultoria Legislativa/ **Câmara dos Deputados**, 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br>. Acesso em 25 de abril de 2022.

TEIXEIRA LEITE, A. A constituinte de 1934 e a unificação do direito processual brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, [S. l.], v. 32, n. 2, 2016. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/176>. Acesso em: 20 maio. 2022.

TRINDADE, Matheus Gonçalves dos Santos. A (im)possibilidade de execução provisória da pena no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da FMP** – v. 12 nº 1, 2017, p. 21-42.

