

PRETORES CONDENANDO A CASTA? A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO "FORO PRIVILEGIADO"

José Mário Wanderley Gomes Netoⁱ
Ernani Carvalhoⁱⁱ

RESUMO

Como se comporta o Supremo Tribunal Federal (STF), quando investido no papel de Corte de primeira instância, para o julgamento das ações penais originárias? As hipóteses de foro por prerrogativa de função, também conhecidas pela expressão "foro privilegiado", embora presentes ocasionalmente em um conjunto de países, são um fenômeno associado a desenhos institucionais originários de transições democráticas, notadamente às Constituições latino-americanas. No Brasil ganharam notoriedade a partir do julgamento da ação penal nº 470, resultante do escândalo do "mensalão", em que diversos atores do Executivo e do Legislativo foram condenados, em virtude de condutas ilícitas, anteriormente praticadas durante o exercício de mandato eletivo e/ou de função pública nas mais altas esferas decisórias. Partindo das hipóteses de que a Corte Suprema é seletiva quanto aos processos que leva a julgamento e que muitas vezes opta por condutas autorrestritas, especialmente em situações que fogem ao exercício estrito da revisão judicial, esta pesquisa dedica-se à compreensão empírica de tal fenômeno, através da análise de dados originais, codificados a partir de informações públicas disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, testando prováveis relações associativas entre a conduta dos julgadores e as características das ações penais originárias a eles submetidas. Como resultado, foi possível observar a predominância de uma estratégia de autopreservação utilizando para tanto padrões de seletividade, dentro dos quais há variação comportamental (decisória) conforme variam alguns dos fatores.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal; ações penais originárias; foro privilegiado; seletividade; autorrestrição; análise empírica.

ⁱ Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Recife, PE, Brasil, [ORCID](#); ⁱⁱ Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil, [ORCID](#).

PRAETORS CONDEMNING THE CASTE? THE PERFORMANCE OF BRAZILIAN SUPREME COURT IN THE JUDGMENT OF THE "PRIVILEGED FORUM"

José Mário Wanderley Gomes Neto
Ernani Carvalho

ABSTRACT

How does the Brazilian Supreme Court (STF) behave, when invested in the role of first instance court for the judgment of original criminal actions? The hypotheses of the jurisdiction for the prerogative of function, also known by the expression "privileged forum", although occasionally present in a group of countries, are a phenomenon associated with institutional designs originating from democratic transitions, notably the Latin American Constitutions. In Brazil, they gained notoriety after the judgment of criminal action No. 470, resulting from the scandal of the "mensalão", in which several actors of the Executive and Legislative were condemned, due to illicit conduct, previously practiced during the exercise of their elective mandate and/or civil service in the highest decision-making spheres. Based on the assumptions that the Supreme Court is selective in the processes it leads to trial and that it often opts for self-restricted conduct, especially in situations that escape the strict exercise of judicial review, this research is dedicated to the empirical understanding of this phenomenon, through the analysis of original data, encoded from public information available on the website of the STF, testing probable associative relationships between the conduct of the judges and the characteristics of the criminal proceedings. As a result, it was possible to observe the predominance of a self-preservation strategy using selectivity patterns, within which there is behavioral (decision-making) variation as some factors vary.

KEYWORDS: Brazilian Supreme Court; criminal actions; privileged forum; selectivity; self-restraint; empirical analysis.

1. INTRODUÇÃO

Na República, nós todos somos comuns e temos que ser tratados como comuns. No Brasil, um sistema de privilégios protege uma casta de políticos. É preciso 'republicanizar' o Brasil. (Sergio Abranches, BBC Brasil, 9 de abril de 2018)

No julgamento de Questão de Ordem na Ação Penal Originária 937, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a restrição de sua própria competência, para o conhecimento e para o processamento das ações penais originárias envolvendo parlamentares (deputados e senadores), limitando tais hipóteses aos crimes cometidos durante o exercício do mandato e em razão das atribuições do cargo exercido. Seria tal comportamento autorrestrito um caso isolado no exercício da jurisdição penal originária pelo STF?

Há na Constituição Federal de 1988 a figura do *foro por prerrogativa de função* (chamada por muitos de foro privilegiado), que desloca para os Tribunais, notadamente para os Tribunais Superiores e para o Supremo Tribunal Federal, o julgamento de alguns processos em que figuram réus pessoas ocupantes de cargos eletivos (governadores, deputados federais, senadores, Presidente da República) e algumas autoridades públicas (Ministros de Estado, Presidente do Banco Central). Este cenário institucional ganhou repercussão quando do julgamento da Ação Penal 470 (*Julgamento do Mensalão*) e deu notoriedade aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pois o aludido processo e respectivos recursos tramitaram exclusivamente naquela Corte, em virtude das características de muitos réus, ocupantes de cargos eletivos e funções públicas (Dantas & Gomes Neto, 2016).

Até a condenação do ex-deputado Natan Donadon (PMDB-RO), cujo julgamento da ação penal 396 (pela prática dos crimes de formação de quadrilha e de peculato) somente ocorreu em 2010, a aquisição de foro privilegiado no Supremo Tribunal era, para um ocupante de cargo eletivo e para todos nós, sinônimo de impunidade: desde a redemocratização até aquele julgamento (1989-2010), nenhuma ação penal originária tramitando no STF havia chegado ao seu

juízo de mérito pela condenação dos acusados, portanto, a maior Corte brasileira em suas atribuições penais excepcionais levou 21 anos para debutar o instituto após a redemocratização. Logo após este caso, outros julgamentos foram realizados e hoje tramitam na Corte diversos inquéritos envolvendo autoridades com foro por prerrogativa de função que provavelmente irão se transformar em ações penais originárias (Dantas & Gomes Neto, 2016).

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 e atuar como Corte recursal de lides constitucionais, os 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.

Então, como se comporta o Supremo Tribunal Federal (STF), quando investido no papel de Corte de primeira instância, para o julgamento das ações penais originárias?

Partindo de uma ótica comportamental dos juízes da Corte e dos constrangimentos institucionais impostos mobilizamos as hipóteses de que a Corte Suprema é seletiva quanto aos processos que leva a julgamento (Carvalho, 2005, 2009) e que muitas vezes opta por condutas autorrestritas (Lima, Gomes & Barbosa, 2016), especialmente em situações que fogem ao exercício estrito da revisão judicial, esta pesquisa dedica-se à compreensão empírica de tal fenômeno, através da análise de dados originais, codificados a partir de informações públicas disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, testando prováveis associações entre a presença de determinadas variáveis categóricas e as chances

de ocorrerem determinadas condutas dos julgadores, notadamente no que diz respeito às características das ações penais originárias a eles submetidas.¹

2. CONHECENDO O INSTITUTO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

[...] há sinais de pane no STF, que resulta de seu formato peculiar de ser, simultaneamente, corte constitucional, corte de apelação e juízo criminal para os que têm prerrogativa de foro. (Marcus André Melo, G1, 06 de abril de 2018)

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987 acabou por permitir que o STF adquirisse novas e significativas atribuições, para além de sua competência primária para a revisão constitucional abstrata ou difusa, dentre as quais a ampliação da tarefa de processar e de julgar certas autoridades públicas de primeiro escalão, pela suposta prática de delitos (Mendes, Coelho & Branco, 2017).

Mesmo sendo institucionalmente um órgão de superposição, nem sempre funciona o Supremo Tribunal Federal em grau de recurso. Justamente em face de seu relevante papel, como cabeça do Poder Judiciário, atribui-lhe a Constituição uma *competência originária*, como verdadeiro tribunal especial para o processo e julgamento de determinadas causas que perante ele se iniciam, transformando-o em órgão – especial – de primeiro e único grau (art. 102, inc. I). (Cintra, Grinover & Dinamarco, 2001, p.180).

Assim, dentre estas situações especiais, o texto constitucional investiu o Supremo Tribunal Federal na função secundária de Corte Criminal, sempre que alegada a suposta prática de delitos comuns e/ou de responsabilidade por pessoas

¹ Vale ressaltar que o objeto abordado se desdobrou em um período relativamente curto e que uma análise política contextual seria elucidativa e complementar ao trabalho aqui desenvolvido.

ocupantes de cargos ou funções públicas específicas, bem como pessoas no exercício de determinados mandatos eletivos (artigo 102, I, da Constituição Federal).

Tal competência perduraria apenas enquanto durar a função ou mandato, extinguindo-se ao término destes, no fenômeno da *realocação de instância*, isto é, com o envio do processo ainda em trâmite para ser concluído e julgado pelas instâncias judiciárias de grau inferior.

Quadro 1

Hipóteses de foro por prerrogativa de função de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Norma constitucional	Autoridades com foro especial	Natureza dos delitos
Art.102, I, a e b	O Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, 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.	Crimes comuns v.g., corrupção, prevaricação, crimes ambientais, crimes contra a honra, crimes eleitorais etc.
Art. 102, I, b	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	Crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950)

Superiores, os do
Tribunal de Contas da
União e os chefes de
missão diplomática de
caráter permanente.

Fonte: Elaborado pelos autores

A literatura jurídica justifica a existência do referido instituto como um procedimento necessário para preservar as garantias processuais das autoridades acusadas e a salvaguardá-las de possíveis pressões políticas sobre os magistrados de primeiro grau, bem como de indesejadas perseguições pelos próprios magistrados.

Consiste no poder que se concede a certos Órgãos Superiores da Jurisdição de processarem e julgarem determinadas pessoas. Há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado, e em atenção a esses cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico da nossa Pátria gozam elas de foro especial, isto é, não serão processados e julgados como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas pelos órgãos superiores, de instância mais elevada (Tourinho Filho, 2013, p.179).

Esta afirmação do notório criminalista soma-se à opinião de Tavares Filho (2016) para quem o foro especial asseguraria a imparcialidade dos órgãos judicantes, impedindo o uso indevido do Poder Judiciário em conflitos político-eleitorais, evitando-se assim, em tese, julgamentos monocráticos de primeira instância, movidos por paixões partidárias.

Quando o instituto foi criado, o que se buscava era proteger o mandato, o exercício da função de determinada autoridade, quando submetida a julgamento, daí o termo correto ser foro por prerrogativa de função. Os que defendem o instituto entendem que o foro privilegiado não configura um privilégio pessoal outorgado à autoridade, mas uma prerrogativa funcional destinada a resguardar o regular exercício do cargo público. Os que

defendem sua extinção dizem que o foro privilegiado não passa de uma proteção para aqueles que têm mais poderes, devendo ser o contrário, pois quanto maior o poder, maior deve ser a responsabilidade do agente público e, ainda, que a pena deve ser maior quanto mais grave for o delito a fim de “servir de exemplo” para todos aqueles que lidam com o bem público em geral (Tonelli, 2016, p. 31).

Por sua vez, Moreira (2003) afirma ser algo natural às instituições brasileiras a prerrogativa de foro, pois, ao seu entender, a pessoa que esteja em exercício de determinado cargo ou de função pública, seja eletiva ou não, deveria ser preservada em sua integridade, evitando-se eventuais perseguições políticas no nível local.

[Conforme argumento dominante na literatura jurídica] o acusado [seria] julgado em foro especial, localizado um nível acima na estrutura judiciária federativa, justamente para impedir que a Justiça de primeira instância, monocrática, seja utilizada como instrumento de guerra política entre facções (Arantes, 2007, p. 331).

Arantes (2007, p. 334), todavia, em sentido contrário às justificativas jurídicas para a existência e continuidade das situações de foro por prerrogativa de função, sustenta a hipótese de que a aplicação do instituto também seria capaz de gerar um efeito reverso, pois “a concentração do julgamento desses casos”, crimes comuns praticados por autoridades públicas, especialmente condutas caracterizadas como corrupção, “nos tribunais de justiça e nos Tribunais Superiores diminui as chances de persecução e punição de políticos acusados”.

3. DA HIPÓTESE DE PESQUISA: AUTORRESTRICÇÃO SILENCIOSA COMO PADRÃO COMPORTAMENTAL NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS

Nós pluralizamos demais as hipóteses de prerrogativa de foro e isso acaba provocando essa disfuncionalidade do sistema que culmina por acarretar o

efeito perverso consistente na impunidade. (Ministro Celso de Mello, O Estado de São Paulo, 31 de maio de 2017)

Num cenário institucional em que as competências e atribuições do Supremo Tribunal Federal foram produto de hipertrofia, o comportamento seletivo de seus magistrados emerge, de forma coerente, uma vez que estes reagem através de uma lógica de seletividade e de especificidade, escolhendo o tema e os atores em relação aos quais desejam interferir nos conflitos, demonstrando que “o único papel que a Corte Suprema indica almejar é o de dar a última palavra em assuntos judiciais” de controle de constitucionalidade (Carvalho, 2005, 2009).

[...] ressaltamos também o mal que faz ao país, e ao próprio Supremo, a inundação de processos, aos milhares, que lhe batem à porta. O Supremo pode ter competência constitucional para julgá-los todos, no entanto não tem capacidade operacional necessária. Esse é um centralismo autofágico que produz inúmeras patologias (Falcão, 2015, p. 15).

Costa et al. (2016) ressaltam que, neste cenário, as estratégias de seletividade foram eficazes na redução dos julgamentos de mérito na Corte e, conseqüentemente, na redução da carga de trabalho de seus membros. Tal comportamento se reflete em todos os campos de atuação do Supremo, desde a revisão constitucional concentrada ao julgamento de questões penais de competência originária.

Assim, ambientes judiciais institucionalmente férteis à seletividade oferecem campos propícios à autorrestrição das Cortes, uma vez que, visando a preservar seu capital político, teriam interesse em reduzir seu poder em relação às outras instituições de governo, através de mecanismos de atuação contida (Lima, 2014).

Este ambiente institucional, em que se destaca a incapacidade operacional da Corte lidar com tantas e crescentes atribuições tão distintas entre si, é favorável ao surgimento de informais condutas autorrestritas (Lima & Gomes Neto, 2018),

através das quais o órgão julgador, colegiado ou individual, expressa ou tacitamente, recusa o exercício do poder que lhe foi conferido pelo desenho constitucional. No mesmo sentido, para Arguelhes e Ribeiro (2018), o silêncio judicial por controle negativo de agenda poupa os Ministros de tomar decisões polêmicas (custosas), qualquer que seja seu conteúdo.

Em especial, a Corte deixa de realizar o julgamento de mérito das ações penais originárias dos agentes políticos então acusados da prática de delitos (ou seja, deixa de realizar a condenação ou a absolvição daqueles a quem foi atribuído o crime).

4. METODOLOGIA E ESTRATÉGIA EMPÍRICA

O foro privilegiado levou a um número inusitado de ações penais que desfigurou o tribunal. O STF é uma corte constitucional, mas está aparecendo aos olhos da sociedade como um tribunal criminal de segundo grau. É nesse sentido que eu digo que ela passa a ser uma corte de segunda classe. (Ex-Ministro Carlos Velloso, Folha de São Paulo, 09 de julho de 2018)

Visando ao conhecimento sobre a realidade das ações penais originárias e sobre o comportamento decisório da Corte quando provocada a decidir tais questões de natureza criminal, envolvendo autoridades públicas, esta pesquisa buscou inicialmente explorar o universo de 687 (seiscentos e oitenta e sete) casos de denúncias recebidas como ações penais, na série temporal compreendida entre *fevereiro de 1989 e julho de 2016* (equivalente ao período de vigência da Constituição Federal de 1988), abrangendo desde a ação penal nº 302 (1989) à ação penal nº 989 (2016).

Nesse total, foi realizada uma filtragem, excluindo os casos que se enquadrassem em três categorias prejudiciais à realização da pesquisa (os processos com dados incompletos, os processos sob sigilo de justiça e/ou os processos não cadastrados no sistema de acompanhamento processual), o que

produziu uma amostra de 615 (seiscentas e quinze) ações penais. Após a definição da amostra, foram extraídas informações sobre os casos – diretamente do sistema de acompanhamento processual disponível no sítio eletrônico do STF – que posteriormente foram codificadas nas variáveis operadas pela pesquisa.

Quadro 2

Variáveis dependentes trabalhadas na pesquisa.

Variável	Natureza	
Condenação	Categórica	Dependente discreta (0,1)
Absolvição	Categórica	Dependente discreta (0,1)
Prescrição	Categórica	Dependente discreta (0,1)
Realocação de Instância	Categórica	Dependente discreta (0,1)
Aguardando Julgamento	Categórica	Dependente discreta (0,1)

Fonte: Elaborado pelos autores.

Inicialmente, foram colhidas as variáveis dependentes, que equivalem às 5 (cinco) possíveis categorias de resultados em que podem se enquadrar as ações penais originárias no âmbito do Supremo Tribunal Federal, divididas entre: *condenação*, *absolvição*, *prescrição* (quando não pode haver condenação em virtude do excesso de tempo decorrido entre a ocorrência dos fatos e o não encerramento do processo), *realocação de instância* (quando o processo é enviado às instâncias inferiores pelo encerramento posterior da função pública ou do mandato eletivo que justificava a prerrogativa de foro) e *aguardando julgamento* (quando o processo penal ainda está tramitando e não se enquadrava em nenhuma das categorias anteriores).

Para organizar o exercício de teste de nossas hipóteses optamos por estruturar nossas variáveis a luz das teorias comportamentais utilizadas na literatura. Nesse sentido foram codificadas variáveis explicativas (independentes), também categóricas (extraídas dos modelos formais explicativos legalista,

atitudinal e estratégico) com o escopo de testar a hipótese de comportamento autorrestrito da Suprema Corte, a partir da verificação da existência, ou não, de associação entre a presença destas variáveis e o aumento ou diminuição das chances de ser verificado cada um dos resultados (variáveis dependentes) das ações penais originárias.

Em primeiro lugar, as variáveis oriundas do modelo legalista estão fundamentadas na ideia de que o ato de julgar seria uma atividade puramente neutra e técnica, isto é, para esta concepção, juízes decidem os casos baseados estritamente naquilo que está escrito na lei, bem como nos princípios, nos precedentes e nas demais fontes jurídicas (Baum, 2009; Gilmann, 2001). Em relação às ações penais originárias, foram colhidas variáveis relativas às categorias de crimes cuja prática foi imputada às autoridades públicas, de modo verificar se a natureza do crime estaria associada ao resultado da ação penal.

Quadro 3

Variáveis independentes vinculadas ao modelo legalista.

Variável	Natureza	
Crimes ambientais	Categórica	Independente discreta (0,1)
Crimes contra a administração pública (v.g. corrupção)	Categórica	Independente discreta (0,1)
Crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação)	Categórica	Independente discreta (0,1)
Crimes da lei de licitações	Categórica	Independente discreta (0,1)
Crimes de responsabilidade	Categórica	Independente discreta (0,1)
Crimes eleitorais	Categórica	Independente discreta (0,1)
Crimes em outras matérias de direito público	Categórica	Independente discreta (0,1)

Fonte: Elaborado pelos autores.

Em segundo lugar, as variáveis extraídas do modelo atitudinal sugerem que as preferências políticas individuais de cada juiz, extraídas a partir das características prévias adquiridas ao longo de suas trajetórias individuais, influenciam no processo de elaboração das decisões judiciais (Segal & Spaeth, 2002).

O modelo atitudinal parte do princípio de que as decisões judiciais podem ser explicadas a partir das preferências políticas que os julgadores trazem para análise dos conflitos, inferindo tais preferências a partir de variáveis indiretas [...] (Gomes Neto, 2012, p. 109).

Nesta pesquisa, foram colhidas variáveis equivalentes a cada um dos Ministros que exerceram atividades como relatores das ações penais no Supremo Tribunal Federal, durante a respectiva série temporal (1989-2016), de modo a verificar se as características dos ministros relatores poderiam estar associadas aos cinco resultados aferidos.

Quadro 4

Variáveis independentes vinculadas ao modelo atitudinal

Variável	Natureza	
AYRES BRITTO	Categórica	Independente discreta (0,1)
CARLOS VELLOSO	Categórica	Independente discreta (0,1)
CARMEM LUCIA	Categórica	Independente discreta (0,1)
CELSO DE MELLO	Categórica	Independente discreta (0,1)

CEZAR PELUSO	Categórica	Independente discreta (0,1)
DIAS TOFFOLLI	Categórica	Independente discreta (0,1)
EDSON FACHIN	Categórica	Independente discreta (0,1)
ELLEN GRACIE	Categórica	Independente discreta (0,1)
EROS GRAU	Categórica	Independente discreta (0,1)
GILMAR MENDES	Categórica	Independente discreta (0,1)
ILMAR GALVÃO	Categórica	Independente discreta (0,1)
JOAQUIM BARBOSA	Categórica	Independente discreta (0,1)
LUIZ FUX	Categórica	Independente discreta (0,1)
MARCO AURELIO	Categórica	Independente discreta (0,1)
MAURICIO CORREA	Categórica	Independente discreta (0,1)
MENEZES DIREITO	Categórica	Independente discreta (0,1)
MOREIRA ALVES	Categórica	Independente discreta (0,1)
NERI DA SILVEIRA	Categórica	Independente discreta (0,1)
OCTAVIO GALLOTTI	Categórica	Independente discreta (0,1)

PAULO BROSSARD	Categórica	Independente discreta (0,1)
RICARDO LEWANDOWSKI	Categórica	Independente discreta (0,1)
ROBERTO BARROSO	Categórica	Independente discreta (0,1)
ROSA WEBER	Categórica	Independente discreta (0,1)
SEPULVEDA PERTENCE	Categórica	Independente discreta (0,1)
SYDNEY SANCHES	Categórica	Independente discreta (0,1)
TEORI ZAVASCKI	Categórica	Independente discreta (0,1)

Fonte: Elaborado pelos autores.

Por fim, as variáveis do modelo estratégico assumem que os juízes constroem suas preferências pessoais a partir de racionalidades estratégicas sobre as prováveis reações de outros atores (Epstein & Knight, 1998; Bowie & Songer, 2009). *In casu*, foram colhidas variáveis explicativas que traduzissem a expectativa de resultados em relação aos atores envolvidos no litígio e aos demais integrantes da Corte.

Quadro 5

Variáveis independentes vinculadas ao modelo estratégico

Variável	Natureza	
Deputado (acusado)	Categórica	Independente discreta (0,1)
Senador (acusado)	Categórica	Independente nte

		discreta (0,1)
Outras autoridades (acusado)	Categórica	Independente
Decisão Monocrática	Categórica	discreta (0,1)
Decisão Colegiada	Categórica	Independente
MPF (autor)	Categórica	discreta (0,1)
MP Eleitoral (autor)	Categórica	Independente
MP Estadual (autor)	Categórica	discreta (0,1)
Pessoa Física (autor)	Categórica	Independente
		discreta (0,1)

Fonte: Elaborado pelos autores.

Posteriormente, tais variáveis foram submetidas à análise por regressão logística (Logit), pois se trata da ferramenta adequada às situações em que a variável dependente é de natureza categórica e dicotômica (binária) e se pretenda inferir a existência de associações entre a presença de um conjunto de variáveis explicativas e as chances de ocorrer o evento descrito na variável resposta, bem como a respectiva intensidade (Levin et al., 2012; Demaris, 1992), no caso, as chances de ocorrer, ou não, cada um dos cinco resultados que se pode identificar nas ações penais vinculadas às condutas de autoridades com foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal.

Cabe, por fim, um registro: os modelos adotados, tanto os teóricos quanto os metodológicos não exauram as perspectivas de análise, antes pelo contrário, estimulam o debate e abrem um leque de possibilidades de estudos.²

5. RESULTADOS

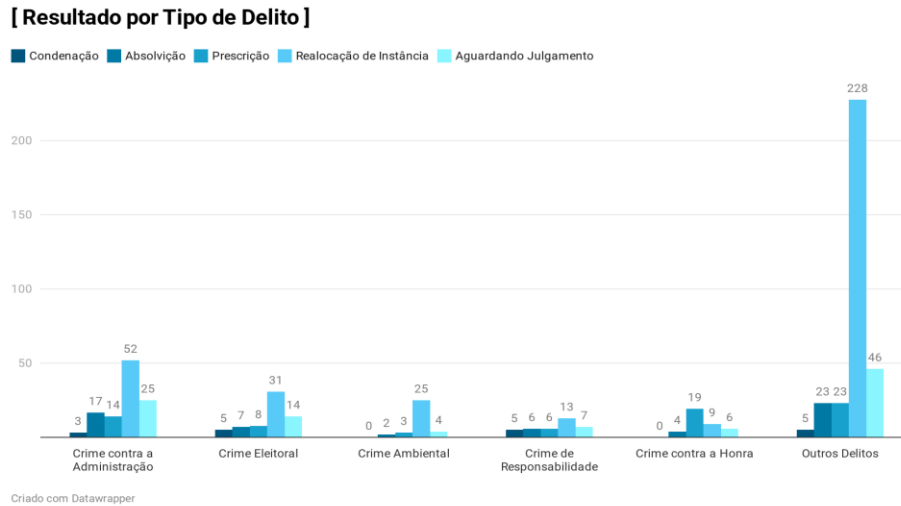
[...] o sistema é ruim porque desgasta politicamente o Supremo, porque um tribunal constitucional não deve figurar como juízo criminal de primeira instância e é ruim porque alonga os processos indefinidamente [...]. (Ministro Luís Roberto Barroso, voto na Ação Penal 937, 23 de novembro de 2017)

Esta pesquisa encontrou interessantes resultados que auxiliam no entendimento dos fenômenos do comportamento judicial pela via da autorrestrição institucional, da seletividade judicial e do julgamento das ações penais envolvendo foro por prerrogativa de função, especialmente, no que diz respeito às ações envolvendo certos atores políticos a quem a Constituição Federal assegura, em circunstâncias envolvendo mandatos eletivos e relevantes e estratégicas funções públicas de primeiro escalão, a tramitação e o julgamento de ações penais no ambiente de nossa Suprema Corte.

Inicialmente, serão apresentados alguns dados descritivos do estado das ações penais objeto da amostra, cujo conteúdo descortina interessante padrão comportamental dos Ministros do STF, uma provável consequência da seletividade inerente ao exercício da jurisdição da Suprema Corte brasileira, predominante ao longo da série temporal (1989-2016): a *autorrestrição* silenciosa em matéria penal.

Neste ambiente *sui generis*, verifica-se uma opção generalizada – ainda que não expressa – pelo não julgamento, traduzida na maciça predominância dos resultados *realocação de instância* e *aguardando julgamento*, seja qual for a natureza do delito supostamente atribuído à autoridade pública, independentemente da gravidade dos fatos narrados.

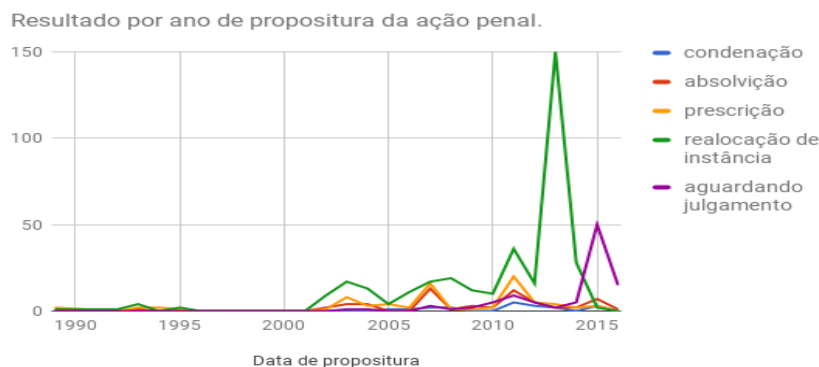
² Neste sentido, para uma melhor compreensão sugerimos Da Ros (2017) e Koerner (2017).

Figura 1*Distribuição dos resultados por tipo criminal*

Fonte: Elaborado pelos autores.

Tal situação é reproduzida também quando se verifica a distribuição dos resultados dos casos ao longo do tempo, embora seja constatada a existência, a partir de determinado ponto, de uma leve tendência de julgamentos, inclusive com condenações. Entretanto, estes casos apresentam-se em fração flagrantemente inferior aos casos que são devolvidos às instâncias inferiores ou apenas esquecidos sem qualquer decisão de mérito (fração esta que mais cresce ao longo dos últimos períodos, notadamente em razão das ações decorrentes das destacadas operações contra a corrupção. Em contrapartida, ocorre o leve declínio dos casos de *realocação de instância*).

Figura 2*Distribuição dos resultados em relação ao ano de recebimento da denúncia.*



Fonte: Elaborado pelos autores.

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 (v.g., ações diretas de inconstitucionalidade) ou aos recursos próprios da revisão constitucional difusa (v.g., recursos extraordinários) – 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%.

Ademais, a missão institucional do Supremo não é condenar ou absolver. É garantir a tramitação adequada e viabilizar o julgamento de mérito dos processos que a ele chegam. Devido a características próprias do foro privilegiado no tribunal, há vários anos o Supremo não consegue cumprir essa missão. Não consegue alcançar decisões substantivas que correspondam a essa missão. Os dados mostram que o tempo para

publicação de acórdãos, o tempo em conclusão ao revisor, a duração e o excesso dos recursos internos e, acima de tudo, a avassaladora frequência do declínio de competência prejudicam o processamento de inquéritos e ações penais no Supremo (Falcão et al., 2017, p. 83).

Tais achados seguem a linha desenvolvida por Escrivão Filho e Sousa Junior (2016), para quem as causas da morosidade do Judiciário brasileiro, em matéria criminal, não estariam ligadas a um suposto excesso de garantias, mas à *seletividade judicial*, pois há uma seleção institucional realizada pelos agentes do sistema de justiça, quanto a quem será julgado e punido e quem poderia esperar pelo processo.

Seria ingênuo atribuir os resultados das ações penais originárias exclusivamente ao volume da carga de trabalho, pois o que se observa é um comportamento inteligente, omissivo e estratégico, resultante de sofisticado cálculo de custos políticos e organizacionais, individualmente realizado pelos Ministros, em relação aos processos (incluindo as ações penais), de modo a selecionar o que "vale a pena" ser julgado e o que "não vale".

Figura 3

Distribuição percentual dos resultados.



Fonte: Elaborado pelos autores.

Este cenário de não julgamento conserva-se quando se observa nos dados a distribuição média dos resultados entre os Ministros relatores que atuaram no período observado na pesquisa. Os resultados *realocação de instância*, *aguardando julgamento* e *prescrição* do delito destacam-se, sempre nesta ordem, seja qual for a pessoa responsável por conduzir a ação penal no ambiente da Suprema Corte.

Alguns pontos encontrados são dignos de nota. A Ministra Carmem Lúcia foi quem mais recebeu denúncias transformadas em ações penais no período, especificamente em função da conexão entre diversos processos criminais, mantida a proporção entre os resultados de maior incidência, sem qualquer alteração proporcional na taxa de julgamentos.

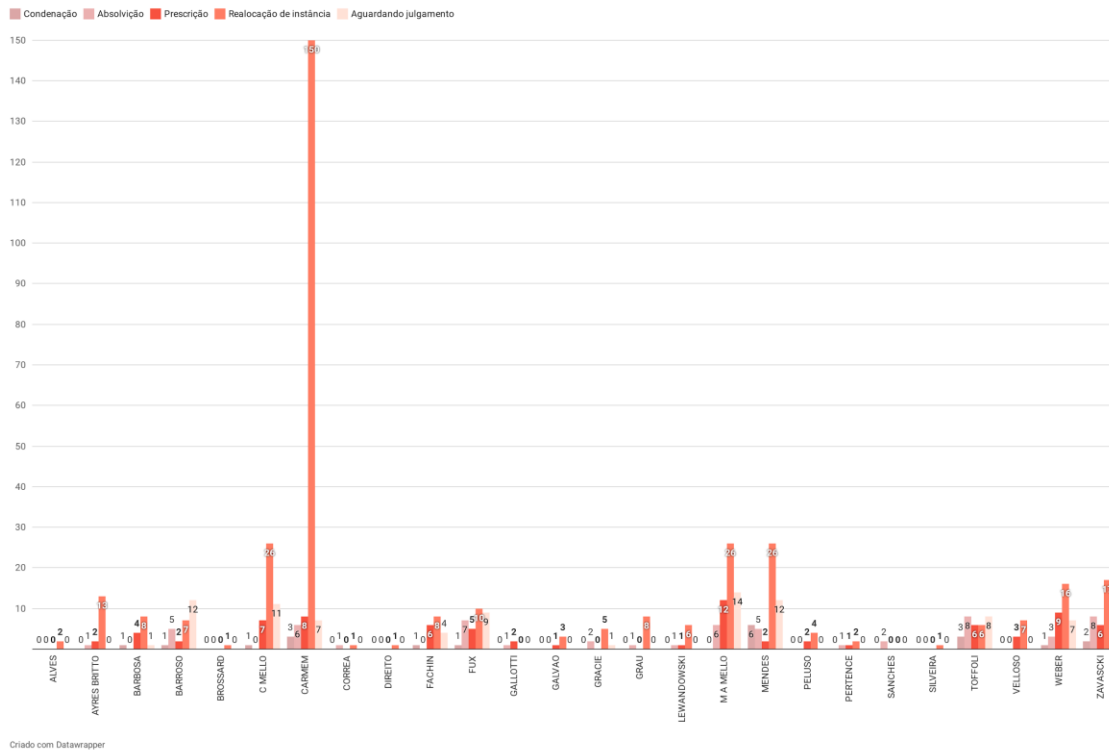
Os Ministros Relatores que mais propuseram condenações ao colegiado foram Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso e Carmem Lúcia, enquanto que a maioria dos Ministros em exercício no período sequer pediu uma única vez a inclusão em pauta das ações penais, propondo a condenação dos acusados.

O Ministro Joaquim Barbosa, por seu turno, notório pela condução da ação penal nº 470 (*Escândalo do Mensalão*) apenas decidiu pela condenação dos acusados naquele único processo, tendo apresentado os resultados decisórios *realocação de instância* e *prescrição* em todos os outros processos criminais que lhe foram submetidos durante o período em que esteve no Supremo Tribunal Federal, o que mostra sua seletividade (estratégica) quanto aos processos penais sob seus cuidados.

Figura 4

Distribuição dos resultados entre os Relatores.

[Resultado por Ministro]



Fonte: Elaborado pelos autores.

De modo geral, ao longo da série temporal exposta (1989-2016), ser uma autoridade com foro por prerrogativa de função denunciada ao STF por qualquer espécie de delito era uma condição relativamente confortável, porque sempre foram altas as chances de serem verificadas as situações de *realocação de instância*, *prescrição* ou *aguardando julgamento*.

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

Neste sentido, quais fatores (legalistas, atitudinais ou estratégicos) estariam associados ao aumento ou diminuição das chances de ocorrer cada um dos resultados previstos?

Quadro 6*Logit* (modelo legalista)

Variável	B (coeficiente)	S.E. (desvio padrão)	Significância (p-valor)	Exp (B) (razões de chance)
Crimes de responsabilida de (condenação)	2,066	0,759	0,006	7,893
Crimes eleitorais (condenação)	2,437	0,804	0,002	11,444
Corrupção (condenação)	1,318	0,704	0,061	3,734
Crimes contra a honra (prescrição)	0,912	0,371	0,014	2,458
Crimes ambientais (realocação de instância)	2,296	0,336	0,000	9,933

Fonte: Elaborado pelos autores.

Os *outputs* estatísticos da análise por regressão logística (*Logit*), envolvendo as variáveis do modelo legalista apontam para a existência de associações positivas entre a natureza dos crimes atribuídos às autoridades com foro privilegiado e as chances de ocorrer cada uma das situações previstas.

As denúncias por crimes eleitorais estão fortemente associadas, com alta significância estatística, ao aumento das chances de *condenação* (possuem 11,5 mais chances de obter uma condenação que os outros delitos); por sua vez, as denúncias por crimes de responsabilidade aumentam 7,9 vezes as chances de haver a condenação; já as denúncias por corrupção seriam capazes de aumentar as chances de condenação em 3,7 vezes, embora com baixa significância estatística

(0,061), uma vez que apenas recentemente surgiram condenações neste sentido. Os dados desta pesquisa expressam claramente não apenas a referida seletividade, mas a existência de *padrões de seletividade*, dentro dos quais há variação comportamental (decisória) conforme variam os fatores, v. g., há delitos com maiores e menores chances de julgamento (condenação ou absolvição), bem como delitos outros com altas chances de serem resolvidos por prescrição ou pela realocação de instância.

Quadro 7

Logit (modelo atitudinal)

Variável	B (coeficiente)	S.E. (desvio padrão)	Significância (p-valor)	Exp (B) (razões de chance)
Gilmar Mendes (condenação)	2,006	0,599	0,001	7,432
Dias Toffoli (condenação)	1,765	0,735	0,016	5,839

Fonte: Elaborado pelos autores.

Por sua vez, entre as variáveis extraídas do modelo atitudinal, especificamente aquelas relacionadas às características dos Ministros relatores, as denúncias distribuídas a Gilmar Mendes e Dias Toffoli estão associadas ao incremento das chances de *condenação*: a relatoria de Mendes aumentaria 7,4 vezes as chances de condenação (com alta significância estatística), enquanto que a relatoria de Dias Toffoli ampliaria as chances de condenação em 5,8 vezes, também com boa significância estatística. Não foram encontradas associações estatisticamente significantes entre as variáveis atitudinais e as chances de ocorrerem os demais resultados a serem preditos.

Quadro 8

Logit (modelo estratégico)

Variável	B (coeficiente)	S.E. (desvio padrão)	Significância (p-valor)	Exp (B) (razões de chance)
Deputado (absolvição)	0,749	0,295	0,011	2,111
Senador (prescrição)	1,153	0,332	0,001	3,169
Senador (aguardando)	1,150	0,370	0,002	3,150
Deputado (aguardando)	1,833	0,288	0,000	6,252

Fonte: Elaborado pelos autores.

Por fim, duas das variáveis extraídas a partir das informações relacionadas ao modelo estratégico do comportamento judicial mostraram-se associadas ao incremento das chances de ocorrência de alguns dos resultados preditos: os acusados que ocupavam mandato de deputado federal estavam associados a 2,1 vezes mais chances de *absolvição* dos crimes imputados, em comparação com as demais autoridades com foro privilegiado no STF, com menor significância estatística quanto ao seu poder explicativo (0,011). Os senadores acusados de praticarem delitos, por seu turno, estão fortemente associados ao resultado *prescrição* (significância 0,001), possuindo 3,2 vezes mais chances que os outros acusados de receberem este resultado.

Da mesma forma, tanto os senadores, quanto os deputados federais, estão fortemente associados aos processos *aguardando julgamento*: os senadores possuem 3,1 vezes mais chances de seus processos permanecerem parados sem decisão alguma, enquanto que os deputados federais possuem 6,2 vezes mais chances de ser verificada a ausência de decisão nos seus processos. Não foram encontradas associações estatisticamente significantes entre as demais variáveis estratégicas e os resultados a serem preditos pelo modelo de regressão logística utilizado nesta pesquisa.

Vê-se, no caso em tela, mais um padrão seletivo, em que o cargo ou função pública do acusado importa para o comportamento judicial, notadamente para o aumento das chances de ocorrer uma opção autorrestrita, afastando-se as chances de julgamento de mérito do suposto crime, seja pela condenação ou pela absolvição, poupando os julgadores dos custos de decidir em tais casos.

A predominância das situações de não julgamento, a despeito da longa tramitação dos processos, sem qualquer manifestação sobre a prática (ou não) dos delitos imputados às autoridades com foro por prerrogativa de função, mostra que a opção estratégica pelo silêncio judicial (Arguelhes & Ribeiro, 2018), em seletividade autorrestrita (Lima & Gomes Neto, 2018), evitando os (indesejados?) custos políticos decisórios, é comportamento presente e concreto nas ações penais originárias, disseminado entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

6. CONCLUSÕES

Este artigo foi um esforço inicial com o objetivo de demonstrar, através de abordagem empírica, como se comporta o Supremo Tribunal Federal (STF), quando investido no papel de Corte de primeira instância, para o julgamento das *ações penais originárias*. Foram identificadas as peculiaridades do comportamento judicial nestes casos, inclinado ao não julgamento das questões criminais, em indicação de uma opção pelo não exercício da jurisdição penal (situação que pode ser enquadrada como uma espécie de autorrestrição).

É preciso observar que as causas da morosidade do Judiciário brasileiro, em matéria criminal, não estariam unicamente ligadas a um suposto excesso de garantias, mas à *seletividade judicial*, verificada como uma seleção institucional, realizada pelos agentes do sistema de justiça, quanto a quem será julgado e punido e quem será beneficiado pelos efeitos do tempo (demora) sobre a pretensão estatal punitiva.

Em ambientes judiciais institucionalmente férteis à seletividade, há campos propícios à autorrestrição das Cortes, uma vez que, visando a preservar seu capital

político, teriam interesse em reduzir seu poder em relação às outras instituições de governo, através de mecanismos de atuação contida.

Os dados expressam uma fragilidade sistêmica no processamento dos julgamentos do assim chamado foro privilegiado. O baixo número de casos efetivamente julgados se coaduna com o perfil judicante do modelo penal brasileiro. No entanto, seria ingênuo atribuir os resultados negativos das ações penais originárias exclusivamente ao volume da carga de trabalho, pois o que se observa é um comportamento estratégico, resultante de sofisticado cálculo de custos políticos e organizacionais, onde o tempo é um fator primordial para a redução máxima dos custos decisórios em matéria penal.

Os dados desta pesquisa, dentro dos limites inferenciais do modelo estatístico da análise por regressão logística, expressam a predominância de uma estratégia de autopreservação utilizando para tanto *padrões de seletividade*, dentro dos quais há variação comportamental (decisória) conforme variam os fatores, importando para chances de julgamento ou de restrição, a natureza do crime, o perfil dos Ministros, bem como o cargo e/ou função pública exercida pela pessoa acusada.

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.

Neste sentido, as evidências encontradas nesta pesquisa mostram que a restrição verificada no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937 é, na verdade, apenas mais um passo numa longa trajetória de comportamentos autorrestritos dos membros da Corte, que seletivamente já vêm reduzindo, ao longo do tempo, as situações de julgamento das questões criminais submetidas ao Supremo Tribunal Federal.

A criação do foro privilegiado se deu para proteção da atividade política, dado o histórico recente de autoritarismo na América Latina, muito influenciada pelos estudos de redemocratização na região. Os dados apresentados mostram que o instituto foro privilegiado produziu efeitos distintos do esperado. O que se pode perceber, no atual formato, é que o foro tem servido de escudo para ações ilícitas perpetradas por membros da classe política. Seria preciso investigar com mais atenção se esse fenômeno está presente nas outras esferas, ou seja, se as demais autoridades julgadas por outros Tribunais Superiores também replicam esse padrão decisório, bem como verificar se o referido instituto possui performance análoga ao Brasil em outros países da América Latina.

REFERÊNCIAS

- Arantes, R. B. (2007). Ministério Público na Fronteira entre a Justiça e a Política. *Justitia*, 64(197), 325-335.
- Arguelhes, D. W., & Ribeiro, L. M. (2018). Ministrocracy: The Individual Supreme Court in Brazilian Democracy. *Novos Estudos CEBRAP*, 37(1), 13-32.
- Baum, L. (2009). *Judges and their audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton: Princeton University Press.
- Bowie, J. B., & Songer, D. R. (2009, june). Assessing the Applicability of Strategic Theory to Explain Decision Making on the Courts of Appeals. *Political Research Quarterly*, 62(2), 393-407.
- Carvalho, E. (2005). *Revisão judicial abstrata da legislação e a judicialização da política no Brasil*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo. São Paulo, Brasil.
- Cintra, A. C. de A., Grinover, A. P., & Dinamarco, C. R. (2001). *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros.
- Costa, A. A., Carvalho, A. D. Z. de, & Farias, F. J. de F. (2016). Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. *Revista Direito GV*, 12(1), 155-187.
- Da Ros, L. (2017). Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. In F. Engelman (Org.),

- Sociologia Política das Instituições Judiciais* (pp. 57-97). Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV.
- Dantas, H., & Gomes Neto, J. M. W. (2016, junho). E a Justiça? Podemos ao menos questioná-la? *Brasil em Foco*, Fundação Konrad Adenauer.
- Demaris, A. (1992). *Logit Modeling: Practical Applications*. Newbury Park: SAGE.
- Epstein, L., & Knight, J. (1998). *The Choices Justices Make*. Washington, D. C.: Congressional Quarterly.
- Escrivão Filho, A., & Sousa Júnior, J. G. (2016). *Para um debate teórico, conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: Livraria D'Plácido.
- Falcão, J. (2015). *O Supremo: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas.
- Falcão, J. et al. (2017). *V Relatório Supremo em números: o foro privilegiado e o Supremo*. Rio de Janeiro: FGV.
- GILLMAN, H. (2001). What's Law Got to Do with It? Judicial Behavioralists Test the "Legal Model" of Judicial Decision Making. *Law & Social Inquiry*, 26(2), 465-504.
- Gomes Neto, J. M. W. (2012). As várias faces de um leviathan togado: um espectro das abordagens teóricas em ciência política acerca do fenômeno da judicial politics. *Mnemosine Revista*, 3, 107-120.
- Koerner, A. (2017). *Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso*. Ponta Grossa: Editora UEPG.
- Mendes, G. F., Coelho, I. M., & Branco, P. G. (2017). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- Moreira, R. (2003, jul./set.). A competência por prerrogativa de função. *Revista Brasileira de Direito Público*, 1(2),
- Levin, J. et al. (2012). *Estatística para ciências humanas*. São Paulo: Pearson.
- Lima, F. D. S. (2014). *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá.
- 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*, 5(1), 221-247.

Lima, F. D. S., Gomes Neto, J. M. W., & Barbosa, L. V. Q. (2016). Exploring the Wonderful Mystery of Time: Lack of Grounds in Constitutional Judicial Review as an Evidence of Passive Virtues in Brazilian Supreme Court (STF). In *24th IPSA World Congress of Political Science*, Montreal, Canada.

Tavares Filho, N. (2016). *Foro privilegiado: pontos positivos e negativos*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos deputados.

Tonelli, M. L. Q. (2016). Todas as ditaduras do século 20 foram jurídicas. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, 15(494), 25-33.

Segal, J. A., & Spaeth, H. J. (2002). *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. New York: Cambridge University Press.

• **FINANCIAMENTO:** Esse trabalho teve suporte do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

†José Mário Wanderley Gomes Neto: Doutor em Ciência Política pela UFPE. Professor no PPGD da Univerdade Católica de Pernambuco (UNICAP).

†Ernani Carvalho: Doutor em Ciência Política pela USP. Coordenador do Mestrado Profissional em Políticas Públicas (MPPP) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Data de submissão: 01/06/2020

Data de aprovação: 19/10/2020