

## **AS PRERROGATIVAS DO FORO PRIVILEGIADO NA VISÃO DA IGUALDADE SOCIAL (*Las disyuntivas Del Derecho Natural*)**

José Adair Testa

### **INTRODUÇÃO**

A filosofia do direito considera que, o sistema do direito positivo por si só, não é suficiente, pois, pressupõe ainda legitimidade, e, entre esta legitimidade encontra-se o direito natural.

O direito natural possui ainda uma função ordenadora, estando presente nas decisões judiciais, principalmente no concernente à equidade, onde se registram diferentes formas de resistência ao direito humano. Já o direito positivo é aquele estabelecedor de ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou outro, mas, uma vez reguladas pela lei, importa que sejam desempenhadas do modo prescrito por ela.

O tema, apesar de ter sido debatido e fundamentado desde a Grécia, tendo vasta influência no cotidiano, justificando a natureza da existência da ordem regulamentadora da conduta de toda a sociedade.

O direito até o final do século XVIII teve a sua natureza dividida em duas correntes, o naturalismo e o positivismo. As duas correntes do direito não são consideradas diferentes relativas à qualidade ou qualificação. Constata-se uma diferença entre ambas, refere-se ao seu grau, no sentido de que uma corrente do direito é considerada superior a outra, ou seja, sendo postas em planos diferentes.

Na era clássica o direito não era considerado superior do positivo, de fato, o direito natural era concebido como um direito comum e o positivo como especial, assim se baseando no princípio de que o particular prevalece sobre o geral, o direito positivo prevalecia sobre o natural sempre que ocorresse um conflito.

Na idade média há contradição entre as duas espécies invertendo a relação. O direito natural é considerado superior ao positivo. Sendo que o primeiro, visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus, e, por este participada à razão humana.

Desta visão do direito natural como direito de inspiração cristã derivou a tendência permanente do pensamento jus naturalista de considerar tal direito como superior ao positivo.

Esta distinção de grau não implicava uma diversidade de qualificação, ambos eram considerados como direito na mesma acepção do termo. Passado a análise de seus específicos aspectos históricos.

O direito tem como uma de suas naturezas as leis naturais, advindo com a criação da sociedade, como normas, consideradas divinas, pela qual os homens estariam

subordinados. Será no pensamento grego, que encontraremos a idéia da existência de um Direito, baseado no mais íntimo da natureza humana, como ser individual ou coletivo. Acreditavam alguns pensadores, que existe um “direito natural permanente e eternamente válido. Independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem”.

Diversas idéias começam a ser desenvolvidas a partir deste momento, e como são as idéias que direcionam as mudanças, produto do conflito de interesses opostos, vamos analisar começando por Heráclito, melhor expositor da doutrina panteísta da razão universal, considerando todas as leis humanas subordinadas à lei divina dos Cosmos. Heráclito assinala que a justiça assumia também a face da discórdia ou litígio, daí se compreende que a Justiça e o litígio não apenas governam os homens, mas o mundo, a verdade é que ele traduz a justiça como resultado de permanente tensão social resultado jamais definitivo porque sempre renovado. Ele transmitiu para Aristóteles as primeiras especulações em torno de uma tensão de justiça, revolucionária porque sempre renovada, mas sem opor, antes submetendo e integrando a lei positiva ao Direito Natural.

O Direito Natural era idêntico à lei da razão, e os homens, enquanto parte da natureza cósmica, era uma criação essencialmente racional. Portanto, enquanto este homem seguisse sua razão, libertando-se das emoções e das paixões, conduziria sua vida de acordo com as leis de sua própria natureza. A razão como força universal que penetra todo o "Cosmos" era considerada pelos estóicos como a base do Direito e da Justiça. A razão divina acreditava morar em todos os homens, de qualquer parte do mundo, sem distinção de raça e nacionalidade. Existe um Direito Natural comum, baseado na razão, que é universalmente válido em todo o Cosmos. Seus postulados são obrigatórios para todos os homens em todas as partes do mundo.

Há certa discriminação entre os estóicos, que confundem lei geral do universo com o direito natural que se aplicará a todas as criaturas. Entretanto, entre eles e mais tarde entre os romanos, mas, sobretudo entre os filósofos cristãos, se realçará o aspecto humano do Direito Natural. Muitas das formulações encontradas entre os estóicos são semelhantes às estabelecidas por Platão e Aristóteles. Contudo a obscura doutrina dos estóicos fez com que a estrutura da polis não se fundamentasse, o que para os dois filósofos gregos era algo indiscutível. Os estóicos proclamaram a humanidade como uma comunidade universal.

Como já foi determinado, o estoicismo influi sobre a justiça romana, e Cícero será o maior representante na antiguidade clássica da noção de Direito Natural. O que interessa a Cícero é o direito e não a Lei. Para ele os homens nasceram para a Justiça, a realidade social não correspondia, à preocupação demonstrada pelos pensadores. O dinamismo demonstrado no pensamento de Heráclito e Aristóteles fica bem claro quando se confronta certos aspectos da vida na antiguidade, com as mais recentes conquistas no campo dos direitos da pessoa humana.

O pensamento cristão primitivo, no tocante ao Direito Natural, é herdeiro imediato do Estoicismo e da Jurídica Romana. A igreja irá pegar dos estóicos a distinção entre Direito Natural absoluto e relativo. Para eles o Direito Natural absoluto era o direito

ideal que imperava antes que a natureza humana tivesse se viciado com o pecado original. Com este Direito Natural absoluto todos os homens eram iguais e possuíam todas as coisas em comum, não havia governo dos homens sobre homens nem domínio sobre escravos.

O direito natural relativo era, ao contrário, um sistema de princípios jurídicos adaptados à natureza humana após o pecado original. Há quem se esforçasse para tentar aproximar o direito natural relativo ao ideal de direito natural absoluto. O papel da Igreja, em sua relação com o governo, levá-lo-á, assim como grande parte dos pensadores medievais, a colocar o Direito Natural como de importância decisiva, pois, só com uma norma de caráter mais geral, colocada acima do Direito Positivo, poderia haver alguma esperança de realização da Justiça Cristã.

O tema igualdade vem desde a Antiguidade greco-romana, incluído entre os direitos do homem, esses conhecidos publicamente por aquela sociedade, em face de sua concepção de Estado.

O Estado grego proporcionava bem estar à comunidade, vez que era por meio dela que o indivíduo alcançava a sua subsistência. Não havia direitos do indivíduo frente a este Estado, que foi reconhecido contemporaneamente desses direitos pela doutrina clássica do Direito Natural.

Cícero ensina esse direito como sendo “é aquele que emana da própria natureza, independente da vontade do homem”, ou “é invariável no espaço e no tempo, insuscetível de variação pelas opiniões individuais ou pela vontade do Estado”, no dizer de Aristóteles.

O direito natural é considerado como base no mais íntimo da natureza humana. Há pensamentos de que existe um direito natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem. Este pensamento já nasce numa perspectiva universal, pois, a idéia de Direito Natural surge da procura de determinados princípios gerais que sejam válidos para os povos em todos os tempos. O direito natural é considerado o critério que se designa o justo. A fundamentação dele dá-se pela observação de conformidade entre regras jurídicas de diferentes povos, que induziu a postular uma justiça superior.

A igualdade como integrante dos direitos naturais é inerente ao homem, proveniente de sua natureza, e assim de reconhecimento obrigatório por parte dos Estados.

O tema é justamente verificar que as prerrogativas do Foro Privilegiado que foi introduzido em nosso ordenamento Jurídico, desde os princípios do Império, alcançou limites insuportáveis, onde os iguais são mais dos que os outros, pois, a eles os julgamentos são sempre favoráveis.

## OS FATOS

O foro privilegiado, também chamado de foro por prerrogativa de função, não tem nenhuma justificativa ética. Ao contrário, desrespeita frontalmente o princípio

republicano de igualdade, segundo o qual a lei deve ser aplicada da mesma maneira a todas as pessoas que se encontrem na situação prevista por ela, independentemente da posição social que ocupem.

Assim, o acusado de cometer um crime deve ser julgado pelo juiz do local onde o fato se consumou qualquer que seja o cargo, o emprego ou o ofício que ele exerce. Do presidente da república ao faxineiro, todos devem ser tratados igualmente, sob pena de não se ter uma democracia, mas uma aristocracia, em que uma elite governante se coloca acima da lei.

No Brasil, a aristocracia está bem definida: são mais de 700 autoridades dos três Poderes (presidente e vice-presidente da república, ministros de estado, senadores, deputados federais e ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho) que só podem ser julgadas penalmente pelo STF<sup>1</sup>. Essa situação traz problemas de cunho ético e prático.

eticamente, tem-se uma situação em que os ministros do STF são indicados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado. O surrealismo da situação é visível: potenciais “acusados” são os responsáveis pela nomeação de seus julgadores! Mais ainda: esse mesmo roteiro é seguido para a nomeação do procurador geral da república, responsável pela acusação perante o STF.

Isso mesmo: os potenciais “acusados” são também os responsáveis pela nomeação de seu acusador! Por mais que o acusador e os julgadores contem com garantias constitucionais para sua independência, há, no mínimo, um grande risco de vinculação política e ideológica com os políticos responsáveis por sua nomeação.

Em termos práticos, verifica-se que o STF não é um órgão apto a realizar investigações, coletar documentos e ouvir depoimentos de testemunhas. Tais atividades instrutórias são típicas de juízos de primeiro grau, que têm por função precípua lidar com os fatos no local onde eles ocorreram. A finalidade do STF é radicalmente oposta a essa, pois cumpre a ele proteger a Constituição Federal, principalmente por meio do controle abstrato das normas. Percebe-se claramente que a realização de processos penais é incompatível com seu caráter de corte constitucional.

Essa incompatibilidade é cabalmente demonstrada pelas estatísticas: levantamento feito pelo próprio Supremo verificou que, nos últimos dez anos, foram concluídos apenas vinte processos penais envolvendo políticos. Em treze, foi declarada a prescrição, e em outros sete, os réus foram absolvidos. Ou seja, não houve condenação nenhuma nesse período. A situação é semelhante no STJ, que nunca condenou criminalmente um desembargador.

## O FUNDAMENTO DE DIREITO

O foro privilegiado, foro por prerrogativa de função ou foro especial foi contemplado desde a Constituição Imperial de 1824. Foi conferida ao Senado a competência para

conhecer dos delitos individuais praticados pelos membros da família real, ministros, conselheiros, senadores e deputados, conforme o artigo 47. A constituição republicana de 1891, bem como todas que seguiram, manteve o instituto, bem como o ampliou.

A atual constituição confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar o presidente e o vice-presidente da República, os membros do Congresso Nacional, os ministros e o procurador geral da República, quando acusados pela prática de infrações comuns, artigo 102, inciso I, “b”; na letra “c” do mesmo diploma amplia as benesses para outras autoridades.

No Executivo, Legislativo e Judiciário não era grande o número de pessoas contempladas com o foro especial, porém, hoje são milhares. No Executivo, antes da Constituição de 1988, os prefeitos eram processados no local do crime, atualmente ganharam o privilégio de responderem às ações penais nos Tribunais de Justiça, distantes do local do cometimento da infração e com todas as dificuldades para a instrução do processo.

Com este instituto vislumbrava-se proteger o mandato, o exercício da função de determinadas autoridades, quando submetidas a julgamento, porém, passou-se da raia do absurdo para inviabilizar a conclusão de processos criminais cometidos pelos “privilegiados”. Não se pode entender como proteção de mandato para o cidadão, político ou não, que pratica crime comum e até mesmo pequenas infrações. O processo e julgamento dos infratores à lei, ainda mais quando a autoria é dos que executam, dos que fazem e dos que fiscalizam o cumprimento da lei, não devem ser deslocados do local onde se praticou o crime, com todos os obstáculos naturais para o perfeito andamento. O tratamento constitucional de igual para todos e a preservação da ordem jurídica não combinam com a proteção aos inescrupulosos.

Nas causas cíveis e trabalhistas, as pessoas com prerrogativas de foro privilegiado já se submetem aos juízes de primeira instância, não existe justificativa para merecer o mesmo privilégio na justiça criminal. São pessoas esclarecidas e tem por obrigação legal e moral, de obedecer às leis do País.

Nosso sistema judicial é mais ou menos idêntico, se não dizer semelhante ao americano e lá não existe a figura do foro privilegiado pelo exercício da função, até porque seu maior mandatário o presidente foi julgado por um juiz de primeiro grau. Em outros países a constituição admite o instituto, porém, nenhum deles com a amplitude existente no Brasil.

A Constituição de 1946, a mais democrática previa competência do STF (Supremo Tribunal Federal) para o processo e julgamento dos crimes comuns contra o Presidente da República, seus ministros e o procurador geral; imprimiu o mesmo tratamento dispensado pelas Constituições anteriores, quando submetia o processo criminal à concessão de licença dos próprios congressistas, artigo 45. A Emenda Constitucional 1 de 1969 incluiu no foro privilegiado os deputados e senadores. A Constituição atual conferiu ao Congresso Nacional o poder de suspender o andamento de ação penal contra deputados federais e senadores, artigo 53, parágrafo 3º.

## CONCLUSÃO

Do ponto de vista humano é uma indignidade pessoas terem privilégios em detrimento de outros tantos, vindo assim a ferir os princípios de igualdade dos Direitos Constitucionais e humanos.

#### BIBLIOGRAFIA:

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado – 7ª edição – Revista dos Tribunais

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de Processo Penal – 9ª Edição

STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação – Doutrina – Revista dos Tribunais

LIMA, Pris. Educação Inclusiva e Igualdade Social – Avercam

PETIT, Eugene. Tratado Elementar de Direito Romano – Pg. 29/31 – 1ª Edição – Russell

KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas, Tradução – José Florentino Duarte Sergio Antonio Fabris – Editor – Porto Alegre – RS – 1986

MONGENOT – Curso de Processo Penal – 3ª Edição

JUS NAVIGANDI – Site de busca jurídico – Direito Natural

ALEXANDRE MAGNO – Site de busca

AUTOR: JOSÉ ADAIR TESTA, bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes/SP, Especialista em Criminologia pela Faculdade Afirmativo/MT, Delegado de Polícia Aposentado do Estado de Mato Grosso, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA – Universidade del Museo Social Argentina