

6.01.99 – Direito.

FORO PRIVILEGIADO NO BRASIL: MEMÓRIA VIVA DE UM VITUPÉRIO CONTRA A DEMOCRACIA, A ISONOMIA E A JUSTIÇA

Vinícius Fonseca-Nunes^{1*}, Edvania Gomes da Silva²,

1. Mestrando em Memória: Linguagem e Sociedade - PPGMLS/UESB

2. Doutora em Linguística. Professora e Pesquisadora do PPGMLS e PPGLin da UESB/ Orientadora

Resumo

Objetivamos, neste trabalho, analisar os efeitos de sentido políticos produzidos na sociedade brasileira pela existência do objeto jurídico foro privilegiado na Constituição Federal de 1988 e analisar, neste bojo, que tipos de enunciados (no sentido foucaultiano) estão dentro da ordem do discurso político e social vigentes, legitimando o tipo político-legal do foro por prerrogativa de função. Para tanto, investigamos o funcionamento do foro privilegiado, e supomos que há, nele, conchavados, conceitos legais medievais (antidemocráticos) e fomentadores de privilégios advindos da legislação das Ordenações Filipinas, operando um lugar de memória dentro da esfera legal, política e social nacional. Assim, neste sentido, analisamos, este *modus operandi* legal, no intuito de desenlear se este tipo de poder-saber, no contexto do ordenamento jurídico pátrio, viola normas de direitos humanos fundamentais, e, mais especificamente, se viola os princípios fundamentais da democracia e da isonomia.

Palavras-chave: Foro por prerrogativa de função; Ordenações Filipinas; Constituição Federal de 1988.

Apoio financeiro: CAPES.

Introdução

A democracia dos Estados modernos não se assemelha ao modelo arcaico de democracia da sociedade da Grécia Antiga. Atualmente, nos Estados modernos ocidentais, pensa-se nos já consolidados Estados Democráticos de Direito, nos quais se encontram direitos e garantias fundamentais, sedimentados pelas conquistas históricas referentes à evolução dos Direitos Humanos Universais, que têm o condão de tornar possíveis, supostamente, em diferentes países e sociedades, uma série de procedimentos políticos e processuais que visam a igualdade de todos perante a lei.

O Brasil, neste contexto, por força da Constituição Federal de 1988, é um país com a forma de governo republicana e com um regime de governo democrático, tratando-se de um autêntico Estado Democrático de Direito, onde há o respeito constitucional, pelo menos formal, a todos os direitos e garantias fundamentais presentes na Declaração Universal de Direitos Humanos (de 1948) e em vários outros Tratados internacionais de Direitos Humanos.

Ocorre que, mesmo sendo um país com uma Constituição Federal avançada, em termos de Direitos Humanos Fundamentais, formalmente há, ainda, na Carta Magna, aspectos práticos constitucionais que reforçam conceitos, na sociedade brasileira, identificados com o autoritarismo despótico medieval e com o sistema de privilégios régios, a exemplo do foro privilegiado.

Nas Ordenações do Reino (Ordenações Filipinas), obra sancionada em 1595 e que esteve vigente no Brasil, em matéria civil, até 1916, ano em que foi revogado pelo Código Civil brasileiro de 1916, também se encontra materializado um sistema de defesa de privilégios processuais para membros da Coroa, para clérigos, e para alguns membros do Reino português. Desta arte, através de pronunciamentos emitidos pelas Ordenações Filipinas e pela Constituição atual, de 1988, percebe-se uma certa memória das relações de privilégio (foro privilegiado) ecoando destoante com a democracia e com a isonomia. Assim, objetivamos neste trabalho analisar qual memória é ativada, pela perspectiva do foro privilegiado na Constituição de 1988, e de que modo ela é atravessada pela memória do discurso medieval das Ordenações Filipinas, dentro da perspectiva foucaultiana, no campo discursivo jurídico-político da democracia brasileira.

Metodologia

O presente trabalho seguiu as seguintes etapas: i) inicialmente realizamos leitura e revisão de alguns trabalhos elaborados por Michel Foucault, principalmente no que diz respeito à constituição dos discursos (2002 [1969]) e de seus mecanismos de controle no interior das sociedades (2007 [1971]); ii) elegemos as Ordenações Filipinas, a Constituição Federal de 1988 e diversos julgados dos Tribunais pátrios como arquivo a partir do qual comporíamos o *corpus* a ser analisado; iii) elegemos, também, para o *corpus*, obras da literatura jurídica de diversos autores (em livros, em artigos científicos, em dissertações e em teses de doutorado), tais como Calixto (2021), Delgado (2003), Flores (2009), Kelsen (2000), Mirabette (2002) e Rocha (1996), Mello (1993), Silva (2000), entre outros; iv) fizemos leitura, seleção e catalogação do arquivo, constituindo o *corpus* de análise; v)

analisamos os dados com base nos objetivos do trabalho e na proposta teórico metodológica de uma análise do discurso tal qual pensada e apresentada por Foucault nos trabalhos referidos; vi) por fim realizamos a discussão dos resultados e elaboração das conclusões da pesquisa que resultou neste trabalho.

Resultados e Discussão

Como já salientado, a democracia dos Estados modernos não se assemelha com o modelo arcaico de democracia da sociedade da Antiga Grécia ateniense. Nesta, entre os cidadãos da Pólis (homens livres, nativos, do gênero masculino, e que detinham posses) havia a discussão dos “assuntos de Estado” no espaço público da Ágora (praça pública), lugar de encontro e de debates sobre ações políticas. Na Ágora, havia a deliberação de assuntos que diziam respeito ao conjunto da coletividade, pois a igualdade política determinava-se apenas entre os cidadãos que estavam dentro de uma mesma realidade, e havia grande desigualdade social de direitos e de deveres. Naquele contexto, o modelo democrático era tão fortalecido que o sistema político era organicista, sendo, dentro do pensamento aristotélico, um sistema em que a Pólis era anterior ao indivíduo.

Atualmente, no Ocidente, quando se fala dos Estados modernos, pensa-se em Estados de Direito que foram atingidos diretamente pelas revoluções liberais americana (1776) e francesa (1789), isto é, pensa-se em sociedades onde a democracia se encontra revestida pelas figuras das instituições e pela legalidade posta (com igualdade formal de todos perante a lei), consolidada, teoricamente, como modo de existência das políticas populares frente ao Estado. As sociedades ocidentais pós-liberais abarcam o regime político democrático em que todos os cidadãos (aqui entendidos, diferentemente da Antiga Grécia, como homens e mulheres, nascidos ou não no território, e de qualquer classe social, com os mesmos direitos e deveres) têm o poder de escolha de seus representantes, os quais, num espaço público próprio muito maior que o da Pólis (casas que recebem deputados, senadores e membros do Executivo), defendem, ao menos idealmente, os interesses de seus eleitores.

O Brasil, neste contexto, por força da Constituição Federal de 1988 é um país com a forma de governo republicana e com um regime de governo democrático, no qual se preceitua a igualdade, a isonomia, no campo da política em quase todo tempo. Contudo, mesmo sendo um país signatário de diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, os indícios socioeconômicos demonstram o contrário (demonstram verdadeiras desigualdades), trata-se, pois, de um país de eleitores estimados, mas de cidadãos desrespeitados.

E, neste ínterim, mesmo sendo o Brasil um país com uma Constituição avançada, em termos de Direitos Humanos Fundamentais, há, ainda, na Carta Magna, aspectos práticos constitucionais que reforçam conceitos, na sociedade brasileira, identificados com o medievalismo, e, por conseguinte, com o seu sistema de privilégios régios, a exemplo do foro privilegiado.

A justificativa para tal preceito legal, conforme apontam alguns doutrinadores, é a necessidade de se proteger o exercício da função ou do mandato público. Assim, fundamenta-se que é de interesse público que ninguém seja perseguido pela justiça por estar em determinada função pública, considerando-se mais seguro e mais prudente que algumas autoridades sejam julgadas pelos órgãos superiores da justiça, tidos como mais independentes (pelo menos na teoria, visto que todos são órgãos políticos), protegendo-se a função (e não a pessoa). O conhecido foro privilegiado é, assim, denominado de Foro por Prerrogativa de Função.

Nas Ordenações Filipinas, obra sancionada em 1595 e que esteve vigente no Brasil até 1916 (pelo menos em matéria civil), encontra-se materializado um sistema de defesa de privilégios processuais, como se pode observar no seguinte excerto:

Dos que fazem assuada, ou quebrão portas, ou as fechão de noite por fora. Qualquer pessoa, que com ajuntamento de gente, além dos que em sua caza tiver, entrar em caza de alguém para lhe fazer mal, e o ferir a ele, morra morte natural.

E postoque não fira, se fôr peão, seja publicamente açoutado pela Villa com barão e pregão, e degradado dez anos para o Brazil. E se fôr Scudeiro, ou Cavalleiro, ou dahi para cima, será degradado dez anos com pregão na audiência para Africa.

E se o ajuntamento de gente, que assi fez, fôr para fazer mal, ou dano a alguma pessoa, e não entrarem em caza alguma, postoque com o ajuntamento não faça mal, nem dano, se fôr fidalgo, seja preso e degradado quatro anos para Africa, e pague cem cruzados, ametade para quem o acusar, e a outra para nossa Camera.

E sendo Scudeiro, ou Cavalleiro, pague cincoenta cruzados pela mesma maneira.

E sendo peão, seja açoutado publicamente com barão e pregão, e pague vinte cruzados pelo mesmo modo: e não os tendo, seja degradado dous anos para Africa.

E estas mesmas penas, segundo a diferença dos casos e das pessoas haverão os que forem na assuada e ajuntamento para fazer mal, ou dano, postoque não seja o que fez o dito ajuntamento: salvo no caso de morte natural, porque sómente haverá o que em tal ajuntamento fôr, morte cível em lugar de morte natural (<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>).

No excerto acima, retirado do texto das Ordenações Filipinas, observamos que as penas são aplicadas de acordo com a condição social de cada pessoa, bem como com o lugar que cada um ocupa na sociedade. Dessa forma, quem é peão é publicamente humilhado, mas quem é escudeiro ou cavaleiro ou “dahi para cima”

é exilado, e não sofre a humilhação do açoitamento público. Conforme o texto, as penas são aplicadas “segundo a diferença dos casos e das pessoas”. Vejamos, a seguir, como há, ainda hoje no Brasil, desigualdade antidemocrática pelo que preceitua o ordenamento jurídico atual (Constituição Federal de 1988) acerca do foro privilegiado (por prerrogativa de função):

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos

§ 1º. Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (Emenda Constitucional nº. 35, In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice- Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República [...] (Emenda Constitucional nº. 23, In: (Emenda Constitucional nº. 23, In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

Segundo Foucault (1969, p. 99), o *enunciado*, “não é uma estrutura (isto é, um conjunto de relações entre elementos variáveis, autorizando, assim, um número talvez infinito de modelos concretos); é uma função de existência que pertence, exclusivamente, aos signos [...]”. Pelo que vimos nos dois exemplos acima, mesmo que enunciem em períodos bastante distintos, com signos diferentes e que tratam de questões também diversas entre si, há algo que se repete, que atravessa o texto das Ordenações e também as duas Emendas Constitucionais supracitadas. Isto que se repete é um enunciado segundo o qual “quem tem algum tipo de poder, merece tratamento especial”. Ainda segundo Foucault (1969), a noção de *sujeito* é histórica e tem diferentes usos, em diferentes epistemes, e o *sujeito* “tem consistido em criar uma história dos diferentes modos de subjetivação do ser humano em nossa cultura” (FOUCAULT, 1982, p. 231). O *sujeito* é, assim, uma posição, como uma função determinada, vazia, que pode ser ocupada por um ou mais indivíduos, sob certas condições. O sujeito do enunciado em questão é o legislador, aquele que elabora as leis e é ele também o sujeito beneficiado pelo foro privilegiado, afinal, no caso do Brasil contemporâneo, a lei do foro privilegiado foi elaborada pelos mesmos sujeitos que dela se beneficiam. Não se trata, nesse caso, do sujeito empírico, ou seja, do deputado X ou do senador Y ou do presidente W, mas das posições de sujeito de poder ocupadas por indivíduos que antes ocupam lugares sociais de deputado, de senador, de presidente, etc. Lugares esses que lhes permitem, muitas vezes, valendo-se do princípio da segurança jurídica do país, legislar em causa própria.

Conclusões

A partir do que foi exposto, podemos defender que há uma memória dos institutos legais de privilégios medievais das Ordenações Filipinas no ordenamento jurídico pátrio atual, mormente como pôde ser visto na Constituição Federal de 1988. A existência do foro privilegiado (por prerrogativa de função) na Constituição Federal de 1988, portanto, viola normas (outras) de direitos humanos fundamentais da Carta Política, principalmente aquelas relacionadas aos princípios da igualdade e da democracia. Destarte, a existência do foro privilegiado (especial) na Constituição Federal faz com que sejam perpetuadas no Brasil relações de saber-poder que privilegiam agentes políticos conservadores, em detrimento da dignidade humana coletiva de um povo politicamente não educado e, propositadamente, desprivilegiado.

Assim, por fim, deve-se frisar que, conforme Nogueira (2020, p. 25), “etmologicamente, prerrogativa significa a concessão ou vantagem com que se distingue uma pessoa ou uma corporação; privilégio, regalia; faculdade ou vantagem de que desfrutam os seres de um determinado grupo ou espécie”. Desse modo, pergunta-se: qual seria a razão do foro privilegiado? A razão para tanto reside extremamente na diferenciação da natureza do cidadão, fato que remonta às origens coloniais do processo de formação do povo brasileiro. Assim, deve-se rejeitar o instituto do foro privilegiado, como ficou impregnado na história do Brasil, devendo-se descartar uma diferenciação desta magnitude entre as qualidades de cidadãos (em razão de sua classe social e política) para que, independentemente do cargo ou função que qualquer cidadão brasileiro ocupe, não haja distinção entre eles, garantindo-se a mesma espécie de julgamentos justos e equilibrados para todos, com isonomia, em prol de uma democracia reta.

Referências bibliográficas

Código Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Senado Federal. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em 15 de março de 2022.

Constituição Federal de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em 15 de março de 2022.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. **Foro Privilegiado no Brasil.** In: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/368/270>. Acesso em: 13 de março de 2022.

formas jurídicas (1973). Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

DELGADO, José Augusto. Foro por prerrogativa de função. Conceito. Evolução histórica. Direito comparado. Súmula 349 do STF. Cancelamento. Enunciados". In **Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 239.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso** (1971). São Paulo: Edições Loyola, 2007.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber** (1969). 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Foro por prerrogativa de função no processo penal: investigação, processo e duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, Ano 33, n. 131, jul/set, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.