



03/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
AUTOR(A/S)(ES)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RÉU(É)(S)	: MARCOS DA ROCHA MENDES
ADV.(A/S)	: CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE. ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA.

I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa

1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, *b* e *c* da Constituição, inclusive os praticados *antes* da investidura no cargo e os que *não guardam qualquer relação* com o seu exercício.

2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados *no cargo e em razão do cargo*. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa.

3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo.

4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com

AP 937 QO / RJ

diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – *i.e.*, a que os protege por 2 suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes.

II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF

5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes.

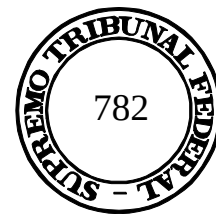
III. Conclusão

6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior.

8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância.

A C Ó R D ã O



AP 937 QO / RJ

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, após os votos dos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, acompanhando em parte o Relator, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso.

Brasília, 02 de maio de 2018.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR



31/05/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
AUTOR(A/S)(ES)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RÉU(É)(S)	: MARCOS DA ROCHA MENDES
ADV.(A/S)	: CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO

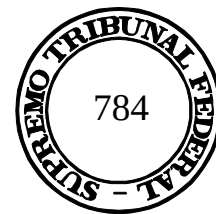
RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro em face de Marcos da Rocha Mendes, pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral). De acordo com a denúncia, nas eleições municipais de 2008, o réu teria angariado votos para se eleger Prefeito de Cabo Frio por meio da entrega de notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e da distribuição de carne aos eleitores (fls. 2-A/2-D).

2. Suscitei questão de ordem, ora trazida a julgamento, com o fim de que haja manifestação do Plenário sobre a possibilidade de conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar tais competências jurisdicionais aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo.

3. É o relatório.



31/05/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, vou só fazer um comentário para ajudar o advogado. Dr. Carlos Magno, eu não vou estar julgando o mérito da causa do seu cliente, portanto Vossa Excelência não precisa fazer uma defesa de mérito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Até porque aí seria diferente o tempo, e aqui são quinze minutos, porque é sobre a questão de ordem.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, seria para essas duas questões, que teremos muito gosto de ouvir Vossa Senhoria.

DR. CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO - Serei bastante breve. Era uma questão prejudicial que eu iria fazer, apesar de já ter ciência de que Vossa Excelência não iria hoje, aqui, julgar o mérito da causa.



31/05/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**ANTECIPAÇÃO AO VOTO****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Senhora Presidente, estou trazendo um voto escrito, que fiz distribuir a todos os Colegas. O meu voto está essencialmente dividido em três partes. Na primeira parte, eu procuro descrever um pouco o sistema de foro por prerrogativa, como ele tem funcionado até aqui e as disfuncionalidades que penso que ele apresenta. Na segunda parte, eu discuto a necessidade da interpretação restritiva do sentido e do alcance do foro por prerrogativa de função. E, na terceira parte, eu discuto o tema da necessidade de se estabelecer o momento a partir do qual a competência do órgão no qual se exerce a prerrogativa de foro seja fixada de maneira imodificável para evitar esse sobe e desce que tem caracterizado com infelicidade esse sistema.

Portanto, começo na "parte 1" discutindo um pouco como é o sistema no Brasil e a sua extensão. A primeira constatação a que se chega sem grande dificuldade é que o sistema abrange gente demais. Embora essa seja uma mudança que dependa de emenda constitucional, não me parece relevante deixar de acentuar que, segundo levantamentos, o foro por prerrogativa atinge 37 mil autoridades no país. Só no Supremo Tribunal Federal são processados e julgados, em tese, mais de 800 agentes, que incluem o Presidente da República, o Vice-Presidente, 513 deputados federais, 81 senadores, os atuais 31 ministros de Estado e, ainda, os 3 comandantes militares, os 90 ministros de tribunais superiores, 9 membros do Tribunal de Contas da União e 138 chefes de missão diplomática de caráter permanente. Além disso, há mais de 30 mil detentores de foro por prerrogativa nos tribunais regionais federais e nos tribunais de justiça.

O sistema é muito ruim e funciona muito mal. A meu ver, ele reclama uma modificação legislativa, que já começou a ser feita pelo

**AP 937 QO / RJ**

Congresso Nacional, ao que se noticia. Penso que isso seja em boa hora.

Essa extensão que o foro adquiriu sob a Constituição de 1988 não encontra parâmetro nem mesmo na tradição brasileira. As Constituições republicanas brasileiras não tinham uma tradição de preverem foro por prerrogativa de função na extensão e profundidade que a Constituição de 1988 o faz. E, no tocante especificamente a membros do Congresso Nacional que em rigor respondem pela quase totalidade dos processos em curso no Supremo, é relevante assinalar que só se estendeu o foro privilegiado a membros do Congresso sob a Constituição de 1969, outorgada pelos Ministros militares do Exército, da Marinha e da Aeronáutica - três senhores insuspeitos, creio eu, de exageros progressistas. Portanto, a extensão do foro privilegiado no Brasil foi desenhada sob a Constituição do regime militar de 1969.

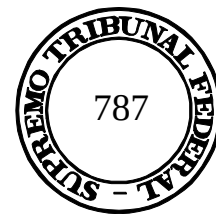
O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Muito obrigado, Ministro Celso, pelo aporte histórico que enriquece a nossa discussão.

Eu passava, então, para o Direito Comparado, onde nenhum país do mundo tem modelo equiparável ao brasileiro. Boa parte das democracias sequer tem foro privilegiado; Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos e Canadá sequer preveem essa possibilidade. E em outros países, como França, Portugal, o foro é limitado constitucionalmente ao Presidente da República, ao chefe de governo e, em alguns casos, ao gabinete de ministros.

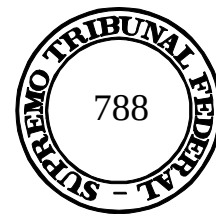
O problema, além da quantidade de pessoas que é beneficiada pelo foro, é a extensão que se tem dado a esse foro privilegiado e a esse ponto que vamos enfrentar aqui, que é discutir se há algum fundamento para que se dê foro por prerrogativa de função para fatos que tenham sido praticados antes que o indivíduo tivesse sido sequer investido no cargo que é beneficiado pelo foro de prerrogativa de função ou pela prática de atos que não guardem qualquer conexão com o exercício do mandato que

**AP 937 QO / RJ**

se deseja proteger. O fato é que não é difícil de demonstrar que, com essa quantidade de pessoas e com essa extensão, o foro se tornou penosamente disfuncional na experiência brasileira. E as disfuncionalidades são múltiplas. Penso que a primeira delas, no caso do Supremo, é atribuir ao Supremo Tribunal Federal uma competência para a qual ele não é vocacionado. Nenhuma corte constitucional no mundo tem a quantidade de processos de competência originária, em matéria penal, que tem o Supremo Tribunal Federal no Brasil. E evidentemente, na medida em que desempenhe esse papel de jurisdição penal de primeiro grau, o Supremo se afasta da sua missão primordial: Guardião da Constituição e de equacionamento das grandes questões nacionais. Funcionar como tribunal criminal de primeira instância, como regra geral, é papel de juiz de primeiro grau e não do Supremo Tribunal Federal. Para dar um exemplo mais emblemático, o julgamento da Ação Penal 470, como todos nós sabemos, conhecida como "Mensalão", ocupou nada menos do que sessenta e nove sessões do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o que é, a meu ver, com respeito às posições divergentes, uma total anomalia para uma corte constitucional.

Portanto, a primeira razão da disfuncionalidade é que atrapalha o funcionamento do Supremo naquilo que lhe é essencial. Mas há uma segunda razão, e é até mais grave. O Supremo Tribunal Federal, por não ser vocacionado para esse papel, não o desempenha de maneira desejavelmente satisfatória. Por quê? Exatamente pelo volume de processos e pelo tipo de formação que as pessoas aqui investidas têm. Esse não é um papel típico que os Ministros consigam desempenhar da maneira mais desejável, além do que o procedimento perante o Supremo Tribunal Federal é muito mais complexo do que perante o primeiro grau. De modo que, sem surpresas, nós constatamos que a existência do foro privilegiado, perante o Supremo, produz números muito ruins.

O prazo médio para recebimento de uma denúncia pela Corte, de acordo com a Assessoria de Gestão Estratégica, é de 581 dias. Portanto, o Supremo leva um ano e meio par receber uma denúncia, quando um juiz de primeiro grau recebe em 48 horas ou um pouco mais, pelo menos o

**AP 937 QO / RJ**

recebimento inicial antes da resposta da parte.

Além disso, também por informação da Assessoria de Gestão Estratégica, a média do tempo de um procedimento perante o Supremo Tribunal Federal é de 1377 dias. E há casos de processos que tramitam por mais de dez anos. A consequência, como nós bem sabemos, é a frequência com que ocorrem prescrições aqui no Supremo Tribunal Federal, nem sempre por culpa do Supremo, mas por culpa de um sistema que faz com que o processo suba, desça, suba, desça...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite uma consideração?

Eu acho que seria bom que a gente depois discutisse esses números com maior precisão. Mas a mim me parece que nós temos um problema sério na Justiça criminal como um todo. Ainda na semana passada, eu participava de uma audiência pública, e os dados são vexatórios. A taxa de revelação de homicídio no Brasil é de 8%, para o país que lidera, que é campeão nestes índices. E isto fala da ineficiência do primeiro grau, de todo o sistema de primeiro grau.

Eu me lembro que, quando presidente do CNJ, Presidente Cármen, estive em Alagoas e havia cinco mil homicídios sem inquérito aberto. Não é por acaso que aquele Estado se tornou o paraíso do crime de mando. Bom, não preciso contar a Vossa Excelência o que acontece no Rio de Janeiro, Vossa Excelência é de lá.

Mas esse é o dado. Inquéritos que não são abertos. Isto tudo responsabilidade da primeira instância. Denúncias que não são oferecidas. Prescrição em massa de crimes de júri. É esse o dado brasileiro. Tanto é que, quando vi exposto na pesquisa da FGV a ineficiência do Supremo Tribunal Federal, liguei a Vossa Excelência, Presidente, para dizer: "Que interessante esse estudo!" Porque a comparação era com o Juiz Moro em Curitiba, e não com a Justiça criminal brasileira, que certamente é muito mais ineficiente do que o mais ineficiente gabinete do Supremo Tribunal Federal. E os números, inclusive, naquela pesquisa, eram falseados, tanto é que virou um artigo jocoso do Lenio, brincando com a brincadeira que estavam fazendo.

**AP 937 QO / RJ**

Colocaram pessoas que não conheciam o processo penal no Supremo. Mas os dados da Justiça criminal no Brasil são espantosos. Ainda, na semana passada, se dizia 8%, Ministro Lewandowski, de homicídios são revelados, são levados a julgamento. E isto é responsabilidade do primeiro grau. Portanto, é preciso se preocupar muito com o sistema de Justiça criminal no Brasil como um todo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Muito obrigado, Ministro Gilmar.

Mas, dizia eu, só aqui no Supremo, segundo dados da Assessoria de Gestão Estratégica, já prescreveram, desde que o Supremo passou a atuar nesta matéria, mais de 200 processos. Portanto, essa é uma estatística que traz constrangimento e desprestígio para o Supremo Tribunal Federal. É claro que há problemas na investigação policial em diferentes partes do País, embora, e sintomaticamente, nos casos que aqui tramitam sob foro privilegiado e que em outros lugares tramitam em primeiro grau, os resultados têm sido muito melhores, o que é inegável.

Mas o problema da prescrição no Supremo, nós ainda esses dias julgamos um caso na Primeira Turma, que envolvia uma pessoa notória, que jamais havia sido colhida pela Justiça criminal e, dos cinco gravíssimos fatos de lavagem de dinheiro imputados, quatro estavam prescritos. Só um não estava prescrito. E, portanto, penso que esse é um ônus que o Tribunal não deveria carregar.

Eu li a pesquisa da Fundação Getúlio Vargas. Como qualquer pesquisa, há metodologias questionáveis, mas há números que me parecem inegáveis, porque são factuais. Duas, em cada três ações penais, o mérito da acusação sequer chega a ser avaliado pelo Supremo. Seja pelo declínio de competência, o elevador a que se referiu o Ministro Marco Aurélio, seja porque prescreve.

Essa questão das mudanças de competência - o zig-zag de que o ilustre advogado, doutor Carlos Magno, na tribuna, reconheceu que ocorreu nesse caso - não é, infelizmente, a exceção nos processos que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal.

Portanto, acho que há um problema da não vocação; há um

**AP 937 QO / RJ**

problema do desprestígio, porque a gente não consegue desempenhar bem este papel; e há uma questão jurídica, que eu não considero desimportante, embora já tenha sido equacionada pelo Supremo Tribunal Federal. É que o Brasil é signatário de convenções internacionais importantes, que prevêm o segundo grau de jurisdição, o que, num julgamento em instância única, não é possível.

Eu bem sei que, na Ação Penal 470, se entendeu - e a meu ver com acerto - que a Constituição brasileira, prevendo a instância única, ela prevalece sobre tratados. Eu sei que o Ministro Celso tem uma visão particular sobre isso. Mas, seja como for, eu penso que seria desejável que nós pudéssemos colocar a legislação brasileira em sintonia com as convenções internacionais e em sintonia com o que se pratica no mundo, de uma maneira geral.

Portanto, essa é a primeira parte do meu voto e das reflexões que queria compartilhar, que é no sentido de que o sistema é ruim; o sistema funciona mau; o sistema traz desprestígio para o Supremo; o sistema traz impunidade.

E penso que a impunidade, em geral, no Brasil, decorrente de um sistema punitivo ineficiente - não apenas aqui, é preciso reconhecer, mas ineficiente de uma maneira geral - fez com que o Direito Penal perdesse, no Brasil, o seu principal papel, que é o de funcionar como prevenção geral. As pessoas não praticam crimes pelo temor, muitas vezes, de que vão sofrer uma consequência negativa. Ou alguém acha que os americanos adoram pagar tributos? Eles pagam - e aplicadamente - porque há consequências reais na hipótese de sonegação deliberada. Pois nós criamos um Direito Penal que, por ser incapaz de colher qualquer pessoa que ganhe mais de cinco salários mínimos, produziu um país de ricos delinquentes, porque as pessoas são honestas se quiserem, porque, se não quiserem, também não acontece nada. Portanto, é preciso enfrentar esse sistema naquilo que esteja ao nosso alcance.

Portanto, a parte dois da minha proposta de encaminhamento diz respeito à necessidade de interpretação restritiva do sentido e do alcance do foro por prerrogativa de função.

AP 937 QO / RJ

O Supremo Tribunal Federal pratica, há muito tempo, uma linha de entendimento de que todo e qualquer crime praticado por qualquer pessoa que desfrute de foro por prerrogativa deve ser julgado aqui, ainda que o delito tenha sido praticado anteriormente ou ainda que o delito não guarde qualquer relação com o exercício do mandato.

Eu acho que é uma boa hora de nós repensarmos essa interpretação, penso que para dar uma interpretação que se tornou mais consentânea com a Constituição.

Eu acho e o Ministro Celso tem defendido o que eu identificaria como uma mutação constitucional em sentido técnico, que é quando uma corte constitucional muda um entendimento consolidado, não porque o anterior fosse propriamente errado, mas porque a realidade fática mudou, ou porque a percepção social do Direito mudou, ou porque as consequências práticas de uma orientação jurisprudencial revelaram-se negativas. E penso que as três hipóteses que justificam a alteração de uma linha de interpretação constitucional estão presentes aqui.

Em primeiro lugar, há uma clara mudança na realidade fática. Quando o Constituinte - seja o de 69, seja o de 88 - concebeu o foro por prerrogativa, ele jamais imaginou que houvesse, perante a Corte Constitucional, mais de quinhentos processos de natureza criminal, envolvendo mais de um terço dos membros do Congresso Nacional. Essa é simplesmente uma realidade que nunca ninguém imaginou. Portanto houve uma clara mudança na realidade fática.

Em segundo lugar, houve uma clara mudança na percepção de qual seja o melhor Direito. Todos nós somos testemunhas de que esse sistema não está funcionando bem, logo é preciso repensá-lo. E os resultados negativos são muito óbvios para nós desmentirmos, que são a impunidade e o desprestígio que isso traz para o Supremo. É tão ruim o modelo que a eventual nomeação de alguém para um cargo que desfrute de foro por prerrogativa é tratado como obstrução de justiça, em tese. É quase uma humilhação para o Supremo o fato de alguém estar sob a jurisdição do Supremo ser considerado obstrução de justiça. Acho que não é preciso dizer mais nada para documentar a falência desse modelo.

**AP 937 QO / RJ**

A meu ver, é preciso dar-se à cláusula do foro privilegiado uma interpretação restritiva. E a interpretação que propus no meu despacho, e aqui reitero, é a de que o foro por prerrogativa só prevaleça para os fatos praticados pelo agente beneficiário do foro no cargo e em razão do cargo. Portanto, como é o caso concreto, se o fato foi praticado quando o indivíduo era candidato a prefeito, e se o foro beneficia quem é deputado, neste caso não se aplica o foro, porque, quando o fato foi praticado, o candidato a prefeito, evidentemente, não era membro do Congresso Nacional. Como tampouco acho que se deva aplicar a regra do foro por prerrogativa por um fato que não guarde nenhuma conexão com o mandato. Se o sujeito fraudou uma escritura na venda de um imóvel particular no seu Estado de origem, isso também não guarda relação com o mandato.

Devo dizer que a minha inspiração, quando propus a afetação ao Plenário, veio de uma manifestação do nosso Decano, Ministro Celso de Mello, que, em uma entrevista e, depois, em outras ocasiões, inclusive neste Plenário, já se manifestou neste sentido, e colhi aqui uma passagem de Sua Excelência, quando disse:

"(...) a prerrogativa de foro merece nova discussão, **para efeito** de uma solução de "jure constituendo", **unicamente** a cargo do Congresso Nacional, **ou**, até mesmo, uma abordagem **mais** restritiva pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **em ordem** a somente reconhecer a prerrogativa de foro em relação aos delitos praticados "in officio" **ou** "propter officium", **e que guardem** íntima conexão com o desempenho da atividade funcional, para que nós não estejamos a julgar membros do Congresso Nacional por supostas práticas delituosas por eles alegadamente cometidas quando prefeitos municipais, vereadores ou deputados estaduais."

E esta tese tem encontrado ressonância também na doutrina. E, aqui, trago uma passagem de artigo do Professor Daniel Sarmiento, quando assim se manifestou: (...) "se o foro por prerrogativa de função não constitui um privilégio estamental ou corporativo, mas uma proteção

AP 937 QO / RJ

outorgada às pessoas que desempenham certas funções, em prol do interesse público, não há porque estendê-lo para fatos estranhos ao exercício destas mesmas funções."

Portanto, essas manifestações, quer do Ministro Celso de Mello quer da doutrina, me inspiraram a trazer essa discussão para o Supremo Tribunal Federal, porque penso que é do interesse do Supremo e é o interesse do País e é o interesse da sociedade brasileira, uma demanda da sociedade brasileira, rever e repensar esta matéria.

A pesquisa da Fundação Getúlio Vargas conclui que, se prevalece esta tese, menos de dez por cento dos processos, que hoje estão aqui, permaneceriam aqui. Portanto, por uma interpretação constitucional, que é legítima, como pretendo demonstrar em seguida, é possível resolver um problema que tem atormentado o Tribunal constitucional brasileiro.

Por qual razão esta interpretação, que estou propondo, me parece constitucionalmente mais adequada? Primeiro lugar, porque acho que é ela que realiza, mais adequadamente, dois princípios constitucionais que inspiram a nossa atuação. O primeiro deles a ideia de igualdade. E o segundo a ideia de República. A ideia de igualdade - bem sei eu -, ela permite que você desequipe as pessoas se houver um fundamento razoável e uma motivação legítima, uma finalidade legítima, mas resguardar, com foro de prerrogativa, um agente público por atos que ele praticou e que não tem nada que ver com a função para a qual se quer resguardar a sua independência viola o princípio da igualdade, porque é a atribuição de um privilégio. No exercício da função, ele terá proteção, mas, fora do exercício da função, viola o sentido mais mezinho da igualdade formal.

Em segundo lugar, o princípio republicano tem como uma das suas dimensões mais importantes a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos. E, como nós verificamos, pela prescrição, pelo excessivo retardamento entre fato e punição e pela impunidade que daí resulta, o modelo de foro por prerrogativa de função tornou-se não republicano no Brasil.

Nós passamos pelo vexame de que delinquentes brasileiros, por

AP 937 QO / RJ

fatos praticados no Brasil, foram condenados em países estrangeiros há muitos anos, sem que nós conseguíssemos encostar os dedos da Justiça brasileira nessas pessoas. Portanto, o princípio republicano: igualdade, moralidade administrativa e a própria teleologia da norma. Teleologia significa qual é o fim visado por essa norma que atribui foro por prerrogativa de função: assegurar que essas pessoas desempenhem o seu mandato livre de interferências que possam coarctar a independência que devem ter, mas protegê-los por fatos que não são ligados ao mandato simplesmente refoge à finalidade desta norma.

E, aqui, Presidente, parece bem claro, a norma se destina a proteger a independência e não a acobertar crimes que não guardem qualquer relação com o exercício do mandato. E, aqui, eu destaco que o Supremo Tribunal Federal tem inúmeros precedentes aos quais penso que esta interpretação que proponho se ajusta plenamente. Interpretações que são restritivas das exceções constitucionais, porque o foro por prerrogativa é uma exceção. A regra geral é que as pessoas são julgadas pelo seu juiz natural. E aí cria-se uma situação especial para uma determinada categoria de agentes. Se é uma situação especial, é jurisprudência antiga e pacífica do Supremo que ela deve merecer interpretação restritiva. Aliás, o próprio Supremo, em relação a foro por prerrogativa, já preconizou a interpretação restritiva, ao entender, na ADI nº 2.587, ser inconstitucional que Constituição estadual reconheça foro por prerrogativa a Delegado de Polícia. E o que disse o Supremo Tribunal Federal:

No julgamento, assentou-se que os Estados não têm carta em branco para assegurar o privilégio a quem bem entendam, pois não se trata de uma opção política, mas um sistema rígido de jurisdição excepcional que, por diferir dos postulados basilares do Estado de Direito Democrático, exige uma interpretação restritiva.

Portanto, interpretou-se restritivamente a cláusula do foro, quando aplicada pelas Constituições estaduais, que não podem criar hipóteses novas ou, pelo menos, hipóteses que não sejam simétricas. Depois veio o Supremo, na célebre decisão no Inquérito nº 687, quando foi cancelada a Súmula nº 394, e nesse julgamento o Supremo assentou:

AP 937 QO / RJ

As prerrogativas de foro, pelo privilégio...

Todos estarão lembrados, mas a Súmula nº 394 previa que, mesmo após deixar o mandato ou cargo, a autoridade conservava o foro. E o Supremo revogou esta súmula para dizer que não, que se interpreta restritivamente a competência excepcional do Supremo nessa matéria e ela não deve ser exercida sobre quem já deixou o cargo.

E disse o Supremo:

As prerrogativas de foro, pelo privilégio que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns.

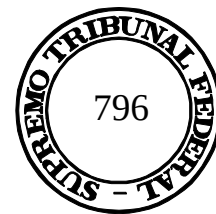
Também o Supremo, em um caso mais análogo ainda com o que nós estamos julgando, interpretou restritivamente a imunidade material dos parlamentares. A imunidade material, como todos sabem, protege os parlamentares por suas opiniões, palavras e votos. E, em mais de uma decisão, uma relativamente recente do Ministro Celso de Mello, o Supremo entendeu, de maneira inequívoca, que a imunidade material - ou seja, que protege o parlamentar por opiniões, palavras e votos - somente se aplica às manifestações que guardem relação com o mandato parlamentar e não para proteger qualquer outro tipo de conduta.

Escreveu o Ministro Celso de Mello:

Nas hipóteses em que as palavras e opiniões tenham sido por ele expendidas no exercício do mandato ou em razão deste é que é legítima a invocação da prerrogativa institucional da imunidade material.

E igualmente interessante, quando a Emenda Constitucional nº 35/2001 mudou o sistema de instauração de ação penal contra parlamentar - que antes exigia, previamente, autorização da Casa Legislativa -, veio a Emenda nº 35/2001 e suprimiu esta exigência de autorização legislativa e passou a permitir a eventual sustação do processo. Mas a Emenda diz, com todas as letras, que esta possibilidade de sustação do processo somente se aplica após a diplomação. E, portanto, o benefício da imunidade processual - também ela - exige que o parlamentar esteja investido no cargo.

Por fim, Presidente, terminando esta parte do meu voto, o Supremo,

**AP 937 QO / RJ**

em muitos precedentes - eu estou procurando demonstrar, e sem dificuldade, devo dizer, que há inúmeros precedentes em que o Supremo foi restringindo o alcance de prerrogativas e muito precedentes em que o Supremo foi restringido as suas próprias competências.

Pois não, Ministro Celso?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Muito obrigado, Ministro Celso. Eu mesmo trago exemplos nessa linha do que Vossa Excelência acaba de assentar. Por exemplo, o Supremo entendeu que só cabe ação direta de inconstitucionalidade contra leis editadas posteriormente à Constituição. Isso não está dito em lugar nenhum. A Constituição brasileira prevê que o Supremo declarará a inconstitucionalidade de leis incompatíveis com a Constituição. Não diz de lei anterior ou de lei posterior. Mas o Supremo fez uma interpretação restritiva, desde a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 2 para dizer que leis anteriores consideram-se revogadas e não viciadas de inconstitucionalidade, contra o protesto do nosso queridíssimo e inspirador para todos nós, Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence.

Uma outra hipótese em que o Supremo perfilhou interpretação restritiva, porque o que o Supremo faz aqui é uma espécie de redução teleológica da sua competência para ajustá-la à finalidade da norma e do sistema constitucional. Em causas e conflitos que envolvam a União Federal e os Estados, a Constituição diz: é competência do Supremo para as causas que envolvam conflitos entre União e Estados. Mas o Supremo refinou esta norma para dizer: só se houver conflito federativo e não qualquer tipo de disputa.

No caso das ações envolvendo o CNJ, também produzimos uma interpretação restritiva para dizer: Não são todas as ações contra o CNJ, são somente as ações constitucionais. E mais do que isso, depois dissemos: Somente as ações constitucionais em que haja prática de um ato positivo, ou seja, se o CNJ tiver se limitado a confirmar a decisão da

**AP 937 QO / RJ**

instância inferior, também não cabe recurso ao Supremo Tribunal Federal.

Ainda nos casos em que todos os membros da magistratura são interessados, o Supremo também produziu uma jurisprudência altamente restritiva para dizer: Se o interesse for não apenas da magistratura, mas de todos os servidores, a competência não é do Supremo, tem que julgar.

Portanto, são múltiplos os precedentes em que o Supremo, geralmente modificando jurisprudência assentada, refinou a sua própria competência para restringi-la, fazendo uma redução teleológica, o que significa dizer: ajustando a competência à finalidade da norma e à realização dos princípios constitucionais.

Portanto, Presidente, encerrando a parte 2 do meu voto, eu penso que a interpretação constitucionalmente adequada do instituto do foro por prerrogativa de função é aquela que o restringe aos atos praticados no cargo e em razão do cargo. E isto não apenas é compatível com a Constituição, mas acho que é o que decorre da Constituição, à vista da realidade fática que reveste o julgamento destas ações. E é consentâneo com tudo que o Supremo já fez para trás no sentido de reajustar o seu próprio entendimento e suas próprias competências.

E passo por fim, Presidente, à terceira parte do meu voto quanto à questão da necessidade de fixação definitiva da competência do órgão que tem foro por prerrogativa a partir de um determinado momento processual para impedir a manipulação da jurisdição, ou, muitas vezes, como no caso concreto, faça-se justiça, eu não penso que o prefeito municipal que responde a esta ação penal tenha deliberadamente manipulado a jurisdição. Não foi isso que aconteceu. Só que ele era candidato a prefeito, portanto ele não tinha foro; depois ele foi eleito prefeito, passou a ter foro; depois, ele deixou de ser prefeito, cumpriu o seu mandato, voltou para o primeiro grau; depois, ele era deputado suplente e assumiu a vaga, a competência se deslocou para o Supremo; deixou a suplência e voltou para o seu município, para sua comarca, a competência voltou para o primeiro grau; depois o deputado de quem ele era suplente é definitivamente afastado, ele volta para o Supremo. Então,

**AP 937 QO / RJ**

nesse caso, não funcionou sem culpa do réu. Faça-se justiça! Mas a prova de que o sistema é muito ruim é evidente, porque, para sorte do constituinte, do ilustre advogado que esteve na tribuna, daqui a pouco, a pena em concreto, o risco de prescrição é muito grande, não houve prescrição em abstrato, mas há um risco real de prescrição da pena provável, o que evidentemente é muito ruim para o sistema de justiça.

Portanto, mesmo que o réu não tenha culpa, o sistema é péssimo. E a gente, evidentemente, tem que reagir a isso. Tudo o que faz com que a Justiça funcione mal, tudo o que desprestige o que a gente simboliza e faz deve ser revisitado. Logo, se está funcionando mal, nós temos que fazer alguma coisa, dentro dos limites que a Constituição permita. Mas acho que tudo que nós estamos refletindo aqui é perfeitamente compatível com a Constituição, tanto é que o Supremo já o fez em diversas outras situações.

De modo, Presidente, que eu estou aqui propondo que a competência, no caso de foro por prerrogativa de função, seja fixada, ou - para usar a linguagem processual técnica, em homenagem ao Ministro Luiz Fux - seja prorrogada a partir do final da instrução. Acabou a instrução do processo, e o Relator, seja no Supremo, seja onde for, determinou às partes que se manifestem em alegações finais, a partir desse momento, perpetuou-se a jurisdição. Se o indivíduo deixar de ser eleito, deixar o cargo, renunciar ao cargo, assumir outro cargo, a jurisdição está previamente definida, e ali ele será julgado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Vossa Excelência me permite?

Eu detesto os apartes. Apenas para afirmar que nós já tivemos esse caso aqui no julgamento da Ação Penal 396 de que fui Relatora, em que, como estava na fase de julgamento, houve até a renúncia do mandato. O advogado, então, veio à tribuna anunciá-la; mas este Plenário entendeu que a fase já era de julgamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte, participando das discussões?

Se prevalecente essa proposta do Relator, ter-se-á a perpetuação da

**AP 937 QO / RJ**

jurisdição em que pese a extinção do mandato ou o afastamento do cargo, contrariando-se o que decidido na questão de ordem na ação penal nº 687, de São Paulo, relator ministro Sydney Sanches, decisão unânime, quando cancelado o verbete nº 394, integrante da Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal. Tem-se mais: o descompasso com o que assentado na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.767, quando declarada a inconstitucionalidade de alteração no Código de Processo Penal, mediante a Lei nº 10.628, de 2002, que implicara essa mesma perpetuação. Ou seja, pouco importa a fase do processo; extinto o mandato ou deixando aquele detentor da prerrogativa de foro o cargo que a ensejava, tem-se a cessação da competência do Supremo.

Na minha oportunidade, votarei a respeito.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Ministro Marco Aurélio, eu o entendo perfeitamente. Nós até já debatemos isso na Turma. Mas Vossa Excelência tem toda razão. Eu estou propondo aqui, neste particular a que se referiu o Ministro Marco Aurélio, que, mesmo cessado o exercício do mandato - era a posição do Ministro Pertence, também vencido naquela ocasião...

Só para concluir; pois já vou fazê-lo e estarei aberto para o debate com Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se me permite, o ministro Sepúlveda Pertence ia adiante. Não atrelava a perpetuação à fase processual. Simplesmente contentava-se com o fato de o crime imputado ter sido cometido mediante o exercício do mandato ou as atribuições do cargo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Certo. A minha hipótese é um pouco mais restritiva.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Mas concluindo, Presidente, eu selecionei os precedentes do Supremo em que nós prorrogamos a jurisdição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Certamente fiquei vencido.



AP 937 QO / RJ

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Há um caso em que Vossa Excelência normalmente fica vencido, quando o Supremo entende que não deve desmembrar, porque isso atrapalharia a investigação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E fico vencido porque a competência do Supremo é de Direito estrito. É o que está na Constituição Federal, e norma processual comum não altera o que dispõe a Constituição. Refiro-me às normas que versam conexão e continência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Vossa Excelência está sendo coerente. Eu estou citando precedentes inclusive em que Vossa Excelência ficou vencido com esse ponto de vista.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pelo visto, não convencido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

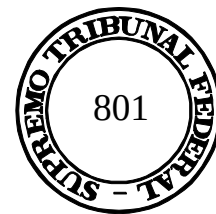
- Um exemplo é quando o Supremo prorroga a competência no caso de não desmembrar. Um outro precedente da Primeiro Turma, quando o Ministro Fachin ainda a integrava, já agora substituído pelo Ministro Alexandre de Moraes, que nos dá grande prazer de estar lá. Lamentamos a ausência de Vossa Excelência, mas recebemos com muito gosto o Ministro Alexandre.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Concordo com as duas colocações.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Nós estabelecemos que, tendo o julgamento começado na origem, no Tribunal de Justiça, e tivesse o acusado virado parlamentar depois de iniciado o julgamento, o julgamento estaria válido no Tribunal de Justiça. Temos a Questão de Ordem no Inquérito 687 - lembrava o Ministro Marco Aurélio -, em que se cancelou a Súmula 394 e o caso, que foi muito importante e emblemático, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, caso "Natan Donadon", em que a renúncia, quando já preparado o início julgamento, foi desconsiderada pelo Supremo, porque a reputou em fraude à jurisdição do Supremo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa

**AP 937 QO / RJ**

Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Sempre.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência admite que se está a lidar com competência funcional e, em o sendo, é absoluta. O sistema revela que competência absoluta não é alvo de prorrogação. Cessada a competência, o órgão não pode continuar atuando, ao contrário da territorial e da em razão do valor.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Eu apenas listei precedentes em que aceitamos a prorrogação.

Eu preciso dizer, Ministro Marco Aurélio, se prevalecer a minha proposição um, o problema ficará extremamente reduzido, porque o número de casos será muito menor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não pretendo ficar na metade do caminho.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Mas eu mesmo vivi situações logo que cheguei ao Supremo. Em dois casos que tive, uma vez pautado o julgamento da ação penal, os senadores renunciaram para escapar à jurisdição do Supremo depois de concluída a instrução. A sensação para o jurisdicionado e para a justiça em geral é muito ruim, porque muitas vezes é preciso recomeçar, as coisas demoram. Como disse, não me é indiferente. A Justiça está para a alma como a saúde está para o corpo. Portanto, se a Justiça não estiver funcionando, há alguma coisa de não saudável em uma sociedade. Se não está funcionando, precisamos fazer alguma coisa.

Presidente, vou concluir meu voto com essas duas proposições que sintetizam a minha análise, e, em seguida, produzir a decisão do caso concreto, do caso específico. Fiz distribuir meu voto, e estarei lendo a conclusão, que consiste na fixação de duas teses.

A primeira: O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

A segunda: Após o final da instrução processual, com a publicação

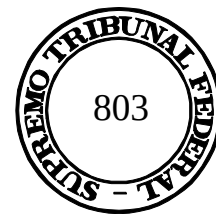
**AP 937 QO / RJ**

do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar as ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

E aí aplicando esta orientação a todos os processos em curso, portanto, eu defendo aplicar essa nova linha de interpretação a todos os processos em curso, ressaltando todos os atos praticados e decisões proferidas até aqui, e, no caso concreto, eu estou determinando a baixa da ação penal ao juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de deputado federal, e tento em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a primeira instância. Esse é o ponto importante da solução do caso concreto. O juiz de primeiro grau já estava pronto para sentenciar, porque já haviam, inclusive, sido apresentadas as razões finais. Neste momento, o réu se torna deputado, depois do final da instrução. Portanto, aplicando a proposição que enunciei ao caso concreto, ela produz a ordem de baixa para o primeiro grau de jurisdição.

Estou convencido, Presidente, de que esta é a melhor interpretação da Constituição. É a melhor para o Supremo Tribunal Federal. É a melhor para a sociedade brasileira. É a posição que corresponde ao anseio da sociedade brasileira. E sempre que é possível interpretar a Constituição de modo a atender os anseios da sociedade, se isso for compatível, e sobretudo se esta for a interpretação mais adequada da Constituição, não há por que hesitar em escolher este caminho.

Portanto, é como voto, Presidente.



31/05/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):****I. APRESENTAÇÃO DO TEMA****I.1. O caso concreto submetido a julgamento**

1. Trata-se de questão de ordem suscitada em ação penal proposta pelo Ministério Público Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro em face de Marcos da Rocha Mendes, pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral). De acordo com a denúncia, nas eleições municipais de 2008, o réu teria angariado votos para se eleger Prefeito de Cabo Frio por meio da entrega de notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e da distribuição de carne aos eleitores (fls. 2-A/2-D).

2. No caso, o réu teria supostamente cometido o crime quando era candidato à Prefeitura de Cabo Frio. Ao ser denunciado, porém, já ocupava o cargo de Prefeito e, assim, detinha foro por prerrogativa de função perante o Tribunal Regional Eleitoral. O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE-RJ) recebeu a denúncia em 30.01.2013 (fls. 329/331). No entanto, com o encerramento do mandato do réu na Prefeitura, o TRE-RJ declinou de sua competência em favor do Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro (fls. 355). Posteriormente, o TRE, em sede de *habeas corpus*, anulou o recebimento da denúncia e os atos posteriores, já que, à época, o acusado “já não ocupava o cargo que lhe deferia foro por prerrogativa de função” (fls. 443/449).

3. O Juízo eleitoral de 1ª instância proferiu, então, nova decisão de recebimento da denúncia em 14.04.2014 (fls. 452/456) e realizou a instrução processual, com a oitiva das testemunhas e o interrogatório do réu (fls. 500/565). Encerrada a instrução na 1ª instância,

AP 937 QO / RJ

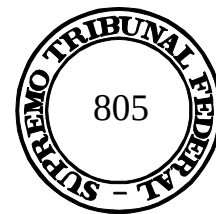
o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 19.11.2014, e a Defesa, em 11.12.2014, apresentaram suas alegações finais. Ocorre que, em razão da diplomação do réu, em 10.02.2015, como Deputado Federal, o Juízo da 256ª Zona Eleitoral/RJ declinou da competência para o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 24.04.2015 (fls. 621). Marcos da Rocha Mendes era o primeiro suplente de deputado federal de seu partido e passou a exercer o mandato por afastamento dos deputados eleitos.

4. Quase um ano depois, em 14.04.2016, Marcos da Rocha Mendes se afastou do mandato, uma vez que os deputados eleitos reassumiram seus cargos. Dias depois, em 19.04.2016, o réu, mais uma vez, assumiu o mandato de Deputado Federal. Já em 13.09.2016, ele foi efetivado no mandato, em virtude da perda de mandato do titular, o Deputado Eduardo Cunha. Finalmente, após o término da instrução processual e a inclusão do presente processo em pauta para julgamento, Marcos da Rocha Mendes foi eleito, novamente, Prefeito de Cabo Frio e renunciou ao mandato de Deputado Federal para assumir a Prefeitura, em 1.01.2017.

I.2. A questão de ordem suscitada

5. Diante das disfuncionalidades práticas do regime de foro por prerrogativa de função (aqui também referido como *foro privilegiado* ou *foro especial*), evidenciadas no caso concreto aqui relatado, em 10.02.2017, afetei a ação penal a julgamento pelo Plenário e suscitei a presente questão de ordem, a fim de que o Supremo Tribunal Federal se manifeste sobre *duas questões*.

6. A *primeira* diz respeito à possibilidade de se conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar tais competências jurisdicionais às acusações por crimes que

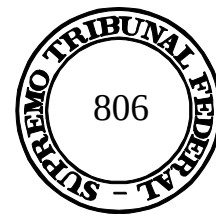
**AP 937 QO / RJ**

tenham sido cometidos: (i) *no cargo, i.e.*, após a diplomação do parlamentar ou, no caso de outras autoridades, após a investidura na posição que garanta o foro especial; e (ii) *em razão do cargo, i.e.*, que guardem conexão direta ou digam respeito ao desempenho do mandato parlamentar ou de outro cargo ao qual a Constituição assegure o foro privilegiado.

7. A *segunda* questão está relacionada à necessidade de se estabelecer um marco temporal a partir do qual a competência para processar e julgar ações penais – seja do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de posterior investidura ou desinvestidura do cargo por parte do acusado (*e.g.*, renúncia, não reeleição, eleição para cargo diverso). Em outras palavras: é preciso definir um determinado momento processual (como o fim da instrução processual) a partir do qual se dá a prorrogação da competência para julgamento da ação penal, independentemente da mudança de *status* do acusado, em razão, por exemplo, de ter deixado de ser Deputado Federal para se tornar Prefeito ou vice-versa. A esse propósito, o caso em exame é exemplo emblemático de como o “sobe e desce” processual frustra a aplicação do direito, gerando prescrição de eventual punição, quando não em razão da pena em abstrato, ao menos tendo em conta a pena aplicada em concreto.

Parte I***O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988*****II. A EXTENSÃO DO FORO PRIVILEGIADO NO TEXTO CONSTITUCIONAL E NA COMPREENSÃO ATUAL**

8. A Constituição de 1988 prevê que um conjunto amplíssimo de agentes públicos responda por crimes comuns perante tribunais, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Estima-se

**AP 937 QO / RJ**

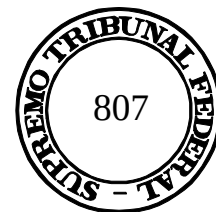
que cerca de 37 mil autoridades detenham a prerrogativa no país¹. Apenas perante o STF são processados e julgados mais de 800 agentes políticos: o Presidente da República, o Vice-Presidente, 513 Deputados Federais, 81 Senadores, os atuais 31 Ministros de Estado. A competência do STF alcança, ainda, 3 Comandantes militares, 90 Ministros de tribunais superiores, 9 membros do Tribunal de Contas da União e 138 chefes de missão diplomática de caráter permanente. Já o STJ é responsável por julgar mais de 2,7 mil autoridades, incluindo governadores, conselheiros dos tribunais de contas estaduais e municipais e membros dos TJs, TRFs, TRTs e TREs. Há, por fim, mais de 30 mil detentores de foro por prerrogativa nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça².

9. Tamanha extensão do foro por prerrogativa de função não encontra paralelo nem na história constitucional brasileira, nem no Direito Comparado. No Brasil, ainda que a prerrogativa tenha sido prevista em todas as Constituições anteriores, o número de autoridades beneficiadas inicialmente era muito reduzido, tendo sido progressivamente ampliado até chegar ao rol atual³. Curiosamente, os

1 Disponível em: <<http://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/02/foro-privilegiado-quem-deve-ser-julgado-no-supremo.html>>. Outras estimativas apontam 22 mil autoridades com foro. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/22-mil-pessoas-tem-foro-privilegiado-no-brasilaponta-lava-jato/>>.

2 Id.

3 Na Constituição de 1824, o foro, perante o Supremo Tribunal de Justiça (atual STF), somente se aplicava aos delitos cometidos por “seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomático, e os Presidentes das Províncias” (art. 164, III; o Imperador era irresponsável, nos termos da Carta imperial). Na Constituição de 1891, eram detentores de foro perante o Supremo o Presidente da República, os Ministros de Estado e os Ministros Diplomáticos (art. 59, I e II). Na Carta de 1934, adicionou-se a esse rol os Ministros da Corte Suprema, o Procurador-Geral da República, juízes dos tribunais federais e das cortes de apelação dos Estados, do DF e territórios, Ministros do Tribunal de Contas, Embaixadores e Ministros Diplomáticos (art. 76, I, a e b). Com poucas alterações, esse catálogo se manteve nas Constituições de 1937 (arts. 86 e 101, I, a e b, com a exceção do Presidente), de 1946 (art. 101, I, a, b e c) e de 1967 (art. 114, I, a e b). Apenas durante a ditadura militar, com a promulgação da EC 1/1969, os membros do Congresso Nacional

**AP 937 QO / RJ**

membros do Congresso Nacional apenas passaram a deter foro por prerrogativa de função durante a ditadura militar, com a promulgação da Carta de 1969 (EC 1). Compensou-se a irrelevância política com prerrogativas processuais.

10. Ademais, não há, no Direito Comparado, nenhuma democracia consolidada que consagre a prerrogativa de foro com abrangência comparável à brasileira⁴. No Reino Unido, na Alemanha⁵, nos Estados Unidos⁶ e no Canadá a prerrogativa de função sequer existe. Entre os países com foro privilegiado, a maioria o institui para um rol reduzido de autoridades. Na Itália, a prerrogativa de foro se aplica somente ao Presidente da República⁷. Na França, o foro especial é instituído apenas para os membros do governo (os Ministros e secretários de Estado)⁸. Em Portugal, são três as autoridades que detêm foro

passaram a deter foro por prerrogativa de função perante o STF (art. 119, I, a e b).

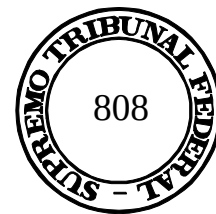
4 Talvez a Espanha seja o único exemplo de democracia avançada que institui um maior número de hipóteses de foro privilegiado. Nesse país, somente há previsão constitucional de julgamento do Presidente e demais membros do governo (Ministros) perante o Tribunal Supremo (Constituição Espanhola de 1978, art. 102, 1). Porém, admite-se a previsão infraconstitucional de outras hipóteses de foro privilegiado. Nesse sentido, a Lei Orgânica do Poder Judiciário 6/1985, previu a responsabilização de várias autoridades perante o Tribunal Supremo. Ainda assim, o número de autoridades com prerrogativa de foro na Espanha é significativamente inferior ao caso brasileiro.

5 Na Alemanha, a Constituição de 1949 atribui ao Tribunal Federal Constitucional competência para julgar o *impeachment* do Presidente federal (art. 61), o que não se confunde com o foro privilegiado.

6 Nos Estados Unidos, os representantes diplomáticos são processados perante a Suprema Corte (Estados Unidos, Constituição dos Estados Unidos, artigo 3º, seção 2, cláusula 1ª).

7 Na Itália, a Constituição apenas prevê que o Presidente da República é julgado apenas por crimes cometidos fora do exercício das funções presidenciais perante o Tribunal Constitucional (art. 134).

8 Na França, a Constituição de 4.10.1958, art. 68-1, dispõe que “Os membros do governo são penalmente responsáveis pelos atos cometidos no exercício de suas funções e qualificados como crimes ou delitos no momento que praticados. Eles são julgados pela

**AP 937 QO / RJ**

privilegiado: o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro⁹.

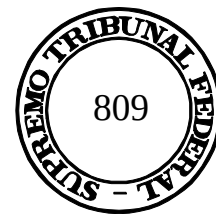
11. E a extensão incomum do foro por prerrogativa de função no Brasil não decorre exclusivamente do número de autoridades contempladas, mas também em razão dos ilícitos abrangidos. Segundo a compreensão atual, um acusado ou réu que ocupe determinado cargo (*e.g.*, Deputado Federal) será processado e julgado, originariamente, por um juízo de instância superior (*e.g.*, STF) mesmo se o crime a ele imputado não tiver qualquer conexão com as funções desempenhadas (*e.g.*, crime de homicídio da esposa ou corrupção praticada quando ocupava cargo diverso). No Direito Comparado, porém, os países que instituem a prerrogativa de foro, em regra, o fazem apenas quanto a atos ilícitos praticados por autoridades “no exercício de suas funções”, como é o caso de Portugal, França e Holanda. Ao considerar os desenhos institucionais e sistemas normativos adotados em diversos países, é possível identificar com maior clareza as inconsistências e os problemas na esfera nacional.

III. A DISFUNCIONALIDADE DO FORO PRIVILEGIADO

12. O atual modelo de foro por prerrogativa de função acarreta duas consequências graves e indesejáveis para a justiça e para o Supremo Tribunal Federal. A primeira delas é a de afastar o Tribunal do seu verdadeiro papel, que é o de suprema corte, e não o de tribunal criminal de primeiro grau. Como é de conhecimento amplo, o julgamento da Ação Penal 470 (conhecida como *Mensalão*) ocupou o STF por 69 sessões. Tribunais superiores, como o STF, foram concebidos para serem tribunais de teses jurídicas, e não para o julgamento de fatos e provas.

Corte de Justiça da República.”

9 Em Portugal, a Constituição da República, no art. 130, e o DL n.º 78/1987, art. 11, determina que: “Compete ao pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal: a) Julgar o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro pelos crimes praticados no exercício das suas funções”.

**AP 937 QO / RJ**

Como regra, o juízo de primeiro grau tem melhores condições para conduzir a instrução processual, tanto por estar mais próximo dos fatos e das provas, quanto por ser mais bem aparelhado para processar tais demandas com a devida celeridade, conduzindo ordinariamente a realização de interrogatórios, depoimentos, produção de provas periciais, etc.¹⁰.

13. A segunda consequência é a ineficiência do sistema de justiça criminal. O Supremo Tribunal Federal não tem sido capaz de julgar de maneira adequada e com a devida celeridade os casos abarcados pela prerrogativa. O foro especial, na sua extensão atual, contribui para o congestionamento dos tribunais e para tornar ainda mais morosa a tramitação dos processos e mais raros os julgamentos e as condenações. É o que evidenciam as estatísticas. Tramitam atualmente perante o Supremo mais de 500 processos contra agentes políticos (435 inquéritos e 101 ações penais)¹¹. Com as operações em curso, em especial a Lava Jato, estima-se que o número de autoridades sob investigação ou respondendo a ação penal perante o STF irá aumentar expressivamente. No entanto, segundo recente estudo “Supremo em Números”, produzido pela FGV do Rio de Janeiro, desde 2007, o número de processos novos tem sido sempre superior ao de processos encerrados: ou seja, a cada ano, o STF sequer tem sido capaz de “vencer” a distribuição¹².

14. A tramitação dos processos também é extremamente lenta.

10 A propósito, vale registrar a positivação do princípio da identidade física do juiz no direito processual penal. A Lei 11.719/2008, que introduziu o § 2º no art. 399 no Código de Processo Penal, estabeleceu que “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Embora tal regra não seja absoluta – sendo possível afastá-la com base na aplicação analógica do art. 132 do CPC (HC 119371, Rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 11/03/2014) –, indica a opção legislativa de valorizar o contato pessoal do magistrado julgador com as provas produzidas na ação penal.

11 Dados de 23.05.2017 fornecidos pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF.

12 V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado. Joaquim Falcão [et al.]. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

AP 937 QO / RJ

Hoje, o prazo médio para recebimento de uma denúncia pela Corte é de 581 dias.¹³ Um juiz de 1º grau a recebe, como regra, em menos de uma semana¹⁴. Além disso, calcula-se que a média de tempo transcorrido desde a autuação de ações penais no STF até o seu trânsito em julgado seja de 1.377 dias¹⁵. No limite, processos chegam a tramitar por mais de 10 anos na Corte. A título ilustrativo, este foi o caso da AP 345, envolvendo acusação da prática dos crimes de quadrilha e falsificação ideológica contra o Deputado Fernando Giacobbo, que, após 11 anos, encerrou-se com a prescrição da pretensão punitiva¹⁶. E pior: mesmo após longa tramitação, o resultado mais comum em ações penais e inquéritos perante o STF é a frustração da prestação jurisdicional. Segundo o relatório da FGV, em 2 de cada 3 ações penais o mérito da acusação sequer chega a ser avaliado pelo Supremo, em razão do declínio de competência (63,6% das decisões) ou da prescrição (4,7% das decisões)¹⁷. Também no caso dos inquéritos, quase 40% das decisões do STF são de declínio de competência ou de prescrição.

15. Como se vê, um dos maiores gargalos da prerrogativa de foro no STF são as frequentes modificações de competências. Ainda de acordo com o estudo da FGV, apenas 5,94% das ações penais que terminaram no Supremo resultam de inquéritos iniciados na Corte¹⁸. Ou seja, na quase totalidade dos casos, ou os processos se iniciam em outra instância e, vindo o réu a ocupar cargo com foro perante o STF, a

13 Dados de 22.02.2017 fornecidos pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF.

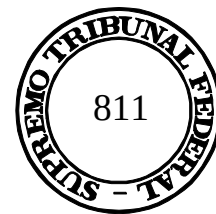
14 É certo que o atual sistema processual, reformado pela Lei 11.719/2008, estabeleceu um regime de duplo recebimento da denúncia em primeira instância, que pode ser um pouco mais demorado. O primeiro se dá de forma bastante célere e apenas viabiliza a citação do réu para apresentação de resposta à acusação, após o que se dá o segundo e definitivo recebimento da denúncia.

15 V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado. Joaquim Falcão [et al.]. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

16 *Ibid.*, p. 23.

17 *Ibid.*, p. 22.

18 *Ibid.*, p. 72.

**AP 937 QO / RJ**

competência se desloca para esta Casa. Ou, na hipótese inversa, sendo o réu, por exemplo, parlamentar, não vindo a se reeleger ou vindo a se eleger a cargo sem foro no Supremo, a competência deixa de ser do STF e passa a ser de outra instância.

16. Todas essas circunstâncias afetam negativamente a condução do processo, gerando prescrição e impunidade. Não por outro motivo, desde que o STF começou a julgar efetivamente ações penais contra parlamentares (a partir da EC 35/2001, que deixou de condicionar as ações à autorização da casa legislativa), já ocorreram mais de 200 casos de prescrição da pretensão punitiva em ações penais e inquéritos perante a Corte¹⁹. Na própria ação penal em que se suscita a presente questão de ordem, as diversas declinações de competência estão prestes a gerar a prescrição pela pena provável, de modo a frustrar a realização da justiça, em caso de eventual condenação.

17. Por fim, coloca-se a questão da ausência de duplo grau de jurisdição nos casos de autoridades com prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, que ficam sujeitas a julgamento por instância única²⁰. Esse modelo enfrenta objeções fundadas em tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário. Tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²¹ asseguram o “*direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*”²². É certo que esta Corte tem

19 Dados de 22.02.2017 fornecidos pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF.

20 Conforme apontou o Min. Sepúlveda Pertence “o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária (RHC 79785, j. 29.03.2000).

21 O art. 14, 5 do PIDCP prevê que “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”.

22 Tais objeções têm sido endossadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos -

AP 937 QO / RJ

entendido que a garantia do duplo grau de jurisdição não ostenta caráter absoluto, já que a Constituição de 1988 prevalece sobre tais tratados internacionais, que ostentam *status* supralegal, mas infraconstitucional, na ordem jurídica brasileira (AI 601832 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Nada obstante isso, deve-se levar em consideração a necessidade de harmonizar as disposições constitucionais com os compromissos internacionais firmados pelo Brasil, bem como de realizar, na maior extensão possível, o princípio do duplo grau de jurisdição em matéria penal.

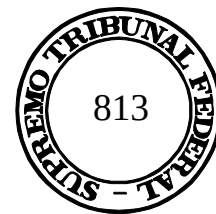
Parte II

NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO SENTIDO E ALCANCE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

IV. NOTA INICIAL

18. Os problemas e as disfuncionalidades associados ao foro privilegiado podem e devem produzir modificações na interpretação constitucional. Assim, a fim de melhor compatibilizá-lo com os princípios constitucionais, bem como reduzir as disfunções produzidas, as normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função devem ser interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele. Como resultado, se o ilícito imputado foi, por exemplo, praticado anteriormente à investidura no mandato de parlamentar federal, não se justifica a competência do STF. E, ainda que cometido após a investidura no mandato, se o crime não apresentar relação direta com as funções parlamentares, tampouco se pode reconhecer a prerrogativa de foro perante esta Corte.

19. Essa interpretação já foi defendida pelo decano da Corte, o CIDH, que já emitiu condenações a Estados por violação ao duplo grau de jurisdição em caso de foro privilegiado (CIDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, j. 17.11.1998).

**AP 937 QO / RJ**

Ministro Celso de Mello, durante o julgamento da AP 470: *“a prerrogativa de foro merece nova discussão, para efeito de uma solução de jure constituendo, unicamente a cargo do Congresso Nacional, ou, até mesmo, uma abordagem mais restritiva pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em ordem a somente reconhecer a prerrogativa de foro em relação aos delitos praticados in officio ou propter officium, e que guardem íntima conexão com o desempenho da atividade funcional, para que nós não estejamos a julgar membros do Congresso Nacional por supostas práticas delituosas por eles alegadamente cometidas quando prefeitos municipais, vereadores ou deputados estaduais”*. A tese também recebeu apoio doutrinário relevante. Com efeito, escreveu o Professor Daniel Sarmento: *“se o foro por prerrogativa de função não constitui um privilégio estamental ou corporativo, mas uma proteção outorgada às pessoas que desempenham certas funções, em prol do interesse público, não há porque estendê-lo para fatos estranhos ao exercício destas mesmas funções”*²³.

20. Para que se tenha uma ideia do efeito prático da interpretação proposta, estima-se que menos de 10% das ações penais perante o STF envolvam crimes cometidos em razão do cargo e após a investidura nele. De acordo com a FGV, *“apenas 5,44% (intervalo de confiança: 3,43% - 7,45%) das imputações e 5,71% dos processos (intervalo de confiança: 1,75% - 9,68%) da amostra satisfazem ambas condições”*²⁴. Assim, conforme conclusão do relatório, *“se essa interpretação houvesse sido adotada em 2006, 19 de cada 20 ações penais processadas pelo Supremo nos últimos 10 anos teriam corrido em instâncias diferentes”*²⁵.

21. A limitação do alcance do foro especial aos crimes praticados durante o exercício funcional e que sejam diretamente relacionados às funções desempenhadas é, desse modo, mais condizente com a exigência de assegurar a credibilidade e a efetividade do sistema penal. Além disso, tem a aptidão de promover a responsabilização de

23 Disponível em: <<http://jota.info/constituicao-e-sociedade-4>>.

24 V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado / Joaquim Falcão...[et al.]. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017, p. 80.

25 *Ibid.*, p. 80.

AP 937 QO / RJ

todos os agentes públicos pelos atos ilícitos praticados, em atenção ao princípio republicano. O Supremo, ao interpretar suas competências, tem assentado, com base na teoria dos poderes implícitos, que se deve buscar “conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional”, sempre como forma de garantir a “integral realização dos fins que lhe foram atribuídos” (voto do Min. Celso de Mello na ADI 2.797). Assim, a capacidade de o Tribunal desempenhar devidamente suas atribuições, com a qualidade e a rapidez desejadas, não pode ser desconsiderada na definição do alcance das competências jurisdicionais que instituem o foro privilegiado²⁶.

V. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA PRERROGATIVA DE FORO

V.1. Razões de princípio e teleologia da norma

22. A atual conformação do foro por prerrogativa de função constitui uma violação aos *princípios da igualdade e da república*, conferindo um privilégio a um número enorme de autoridades, sem fundamento razoável²⁷. A igualdade formal veda as discriminações arbitrárias e todos os tipos de privilégios. Trata-se de fundamento central da noção de república. Nas Repúblicas, todos os cidadãos são iguais e devem estar

26 Esse raciocínio foi, inclusive, utilizado pelo STF para o cancelamento da Súmula 394. A respeito, veja-se o trecho do voto do Min. Sydney Sanches, relator do Inq 687-QO: [Q]uando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte. Mas os tempos são outros. (...). E a Corte (...) já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição (...) É de se perguntar, então: deve o Supremo Tribunal Federal continuar dando interpretação ampliativa a suas competências, quando nem pela interpretação estrita tem conseguido exercitá-las a tempo e a hora? Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte, em seu papel de guarda maior da Constituição Federal e de cúpula do Poder Judiciário Nacional.

27 A Constituição Federal contempla a igualdade no art. 5º, *caput*: “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”.

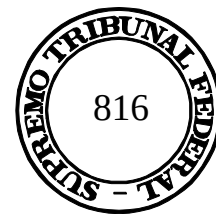
AP 937 QO / RJ

sujeitos às mesmas normas. O princípio republicano, consagrado no art. 1º, *caput*, traduz também a ideia fundamental de responsabilização político-jurídica de todos os agentes estatais, sem exceção, pelos atos que praticarem²⁸.

23. Na origem, a prerrogativa de foro tinha como fundamento a necessidade de assegurar a independência de órgãos e o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes. Entendia-se que a atribuição da competência originária para o julgamento dos ocupantes de tais cargos a tribunais de maior hierarquia evitaria ou reduziria a utilização política do processo penal contra titulares de mandato eletivo ou altas autoridades, em prejuízo do desempenho de suas funções²⁹. Se, em nossa história constitucional, os magistrados de primeira instância tinham suas garantias muitas vezes limitadas, de direito ou de fato, a verdade, porém, é que hoje todos os juízes, independentemente do grau de jurisdição, desfrutam das mesmas garantias destinadas a assegurar independência e imparcialidade. Cabe lembrar, a propósito, que foi a Carta de 1969, outorgada pelos Ministros militares, que estendeu a prerrogativa de foro nos crimes comuns aos membros do Congresso, providência que, até então, jamais fora considerada como necessária para o bom e livre

28 Cf. Enrique Ricardo Lewandowski. Reflexões em torno do Princípio Republicano. In: Carlos Mário da Silva Velloso; Roberto Rosas; Antonio Carlos Rodrigues do Amaral. (Org.). *Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005. p. 375 e sgs.

29 Nesse sentido, a célebre passagem do voto do Ministro Victor Nunes Leal na Reclamação 473, julgada em 31.1.1962, em que se decidiu que o foro deveria subsistir quando a ação penal é proposta depois de cessada a função (entendimento hoje superado): A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse da pessoa do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuem contra ele.



AP 937 QO / RJ

desempenho parlamentar³⁰.

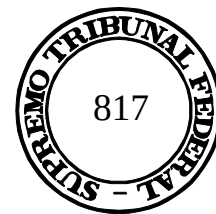
24. Assim, parece claro que se o foro privilegiado pretende ser, de fato, um instrumento para garantir o livre exercício de certas funções públicas, e não para acobertar a pessoa ocupante do cargo, não faz sentido estendê-lo aos crimes cometidos antes da investidura nesse cargo e aos que, cometidos após a investidura, sejam estranhos ao exercício de suas funções. Fosse assim, o foro representaria reprovável privilégio pessoal. Trata-se, ainda, de aplicação da clássica diretriz hermenêutica – *interpretação restritiva das exceções* –, extraída do postulado da unidade da Constituição e do reconhecimento de uma hierarquia material ou axiológica entre as normas constitucionais³¹. Não há dúvida de que direitos e princípios fundamentais da Constituição, como o são a igualdade e a república, ostentam uma preferência axiológica em relação às demais disposições constitucionais. Daí a necessidade de que normas constitucionais que excepcionem esses princípios – como aquelas que introduzem o foro por prerrogativa de função – sejam interpretadas sempre de forma restritiva, de modo a garantir que possam se harmonizar ao sistema da Constituição de 1988.

25. Esse postulado foi adotado pelo STF em inúmeros casos³². Especificamente em relação à prerrogativa de foro, na ADI 2587, esta Corte declarou a inconstitucionalidade da norma de Constituição estadual que conferia o foro especial aos delegados de polícia. No julgamento, assentou-se que os Estados não têm “carta em branco” para

30 Como bem assinalado pelo Ministro Celso de Mello, “*já se entendeu que a dignidade do ofício parlamentar e a independência do exercício do mandato legislativo houvessem sido afetadas ou comprometidas pelo fato de os membros do Congresso Nacional estarem submetidos, até então, à jurisdição penal dos magistrados de primeira instância*”. (AP 470, Antecipação de voto do Min. Celso de Mello).

31 A respeito, confira-se: Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed., 2011. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2ª ed., 2015.

32 A título exemplificativo, ver: STF, RE 669069; ADI 890; HC 70648.

**AP 937 QO / RJ**

assegurar o privilégio a quem bem entendam, pois não se trata de “simples opção política”, mas *“um sistema rígido de jurisdição excepcional, que por diferir dos postulados basilares do Estado de Direito Democrático exige uma interpretação restritiva e expressa”* (Red. p/ acórdão Min. Carlos Britto, j. 01.12.2004). Essa lógica já foi também aplicada pelo Tribunal no julgamento de questão de ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), quando houve o cancelamento da Súmula 394³³ e se passou a entender que, após a cessação do exercício do cargo que conferia ao seu ocupante foro privilegiado, cessa igualmente a competência do STF para o julgamento. Na ocasião, esta Corte assentou que *“as prerrogativas de foro, pelo privilégio que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns”*.

V.2. Interpretação restritiva das prerrogativas constitucionais e precedentes do STF

26. No caso do foro privilegiado, quando se analisa o tratamento constitucional das demais prerrogativas conferidas a detentores de cargos institucionalmente relevantes, reforça-se a necessidade de exigir-se o nexo de causalidade ora defendido. Esse é o caso das imunidades material e formal atribuídas pela Constituição de 1988 aos parlamentares³⁴.

27. No caso da *imunidade material*, a Constituição dispõe simplesmente que *“os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”* (art. 53, caput). Embora, à primeira vista, o texto do dispositivo pareça aplicar-se a todas as manifestações dos parlamentares, sem qualquer distinção, este Supremo Tribunal Federal entendeu, em diversos julgados, que só é

33 A súmula previa que *“cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”*.

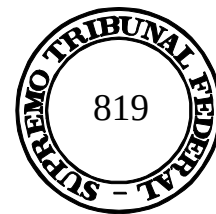
34 Espanha, Tribunal Constitucional, Sentença 22/1997, de 11.02.1997.

AP 937 QO / RJ

legítima a proteção conferida pelo texto se presente um “nexo de implicação recíproca” com o ofício congressional. Já em 1989, esta Corte assentou que o silêncio do texto quanto à referência ao exercício do mandato “*não tem, todavia, o efeito de tornar extensível, para além do exercício do mandato, a proteção da imunidade material, pois esta não pode ser entendida como um privilégio pessoal do deputado ou senador, mas como verdadeira garantia de independência do exercício do poder legislativo. É assim, inerente ao instituto, o liame indispensável entre a prerrogativa em causa e a função parlamentar*” (Inq 396 QO, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 21.09.1989). Essa interpretação tem vigorado desde então.

28. Mais recentemente, o Ministro Celso de Mello assinalou que somente se legitima a invocação da prerrogativa institucional assegurada em favor de parlamentar “*nas hipóteses em que as palavras e opiniões tenham sido por ele expendidas no exercício do mandato ou em razão deste*” (AI 401.600, j. 08.10.2009). No mesmo sentido, os seguintes julgados: Inq 1.024 QO (j. 21.11.2002); Inq 2.134 (j. 23.03.2006); Inq 1.400 QO (j. 04.12.2002).

29. Já no caso da *imunidade formal*, a redação originária da Constituição de 1988 condicionava a persecução criminal e a prisão de parlamentares à licença prévia e expressa de sua Casa, de modo que a mera ausência de deliberação impedia a instauração ou o prosseguimento da ação penal (art. 53, § 1º). Como resultado da disposição constitucional, nenhum parlamentar foi processado perante o STF desde 1988 até a promulgação da Emenda Constitucional 35, em 2001. Na prática, a prerrogativa representava privilégio odioso e garantia de impunidade aos congressistas. Para alterar esse cenário, foi promulgada a Emenda 35/2001, que fez duas alterações básicas nesse regime. Primeiro, inverteu o procedimento: ao invés de a Casa ter que conceder licença prévia, o processo passou a poder tramitar normalmente perante o STF, mas com a possibilidade de a Casa sustar o andamento da ação. Segundo: limitou-se a imunidade processual aos crimes ocorridos “após a diplomação” (art.

**AP 937 QO / RJ**

53, § 3º), a fim de que, conforme a própria exposição de motivos da PEC, se pudesse permitir o prosseguimento do processo relativo a fatos anteriores ao mandato e, assim, restabelecer “o conceito de igualdade, suprimindo privilégios odiosos”³⁵.

30. Portanto, é preciso aplicar para a prerrogativa de foro a mesma exigência de relação de causalidade que vale para as demais imunidades: a conexão do crime imputado com o exercício da função, embora não seja requisito expreso textualmente na Constituição, é requisito inerente à prerrogativa institucional, necessário para legitimar o regime especial.

V.3. Interpretação restritiva das competências constitucionais e precedentes do STF

31. Ademais, não há qualquer impedimento para que o Supremo Tribunal Federal interprete de forma restritiva as normas constitucionais que instituem o foro privilegiado. No caso, tais competências constitucionais são sobreinclusivas, já que, ao abrangerem a possibilidade de que autoridades sejam processadas originariamente perante tribunais por ilícitos inteiramente desvinculados de suas funções, distanciam-se da finalidade que justificou a criação da prerrogativa. Por isso, é possível fazer uma “redução teleológica” das mesmas para que sejam interpretadas como aplicáveis somente quanto aos crimes

35 Veja-se o trecho da exposição de motivos: “Sob pena de comprometimento do exercício do mandato e da própria representação política, o instrumento da imunidade parlamentar não pode produzir efeitos retroativos, em relação a fatos praticados pelo detentor do mandato quando ainda não investido da condição de autoridade com jurisdição nacional, que constitui a justificativa constitucional da atribuição de tal prerrogativa. (...) A possibilidade ora apresentada, com a presente emenda constitucional, de que a Justiça possa prosseguir seu curso, sem obstáculos ou impedimentos, a apuração da regularidade da conduta daqueles que foram investidos em mandatos eletivos, no período antecedente a tal investidura, restabelece o conceito de igualdade, suprimindo privilégios odiosos, que a consciência democrática repudia”.

**AP 937 QO / RJ**

praticados no cargo e em razão dele.

32. O foro especial está previsto em diversas disposições da Carta de 1988. Vejamos alguns exemplos. O art. 102, I, 'b' e 'c', estabelece a competência do STF para *"processar e julgar, originariamente, (...) 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"*, bem como *"os Ministros de Estado e os Comandantes Militares, os membros dos Tribunais Superiores, os membros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente"*. O art. 53, § 1º ainda determina que *"Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal"*. Já o art. 105, I, 'a', define a competência do STJ para *"processar e julgar originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal"*, e, ainda, *"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 e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais"*. E o art. 29, X, prevê *"o julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça"*.

33. Embora se viesse interpretando a literalidade desse dispositivo no sentido de que o foro privilegiado abrangeria todos os crimes comuns, é possível e desejável atribuir ao texto normativo acepção mais restritiva, com base na teleologia do instituto e nos demais elementos de interpretação constitucional³⁶. Trata-se da chamada *"redução teleológica"*³⁷ ou, de forma mais geral, da aplicação da técnica da *"dissociação"*³⁸, que consiste em reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das situações de fato

36 Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Trad. Marina Gascón, Miguel Carbonell, 1999, p. 31-34.

37 Karl Larenz. *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p.535.

38 Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Trad. Marina Gascón, Miguel Carbonell, 1999, p. 43.



AP 937 QO / RJ

previstas por ela segundo uma interpretação literal, que se dá para adequá-la à finalidade da norma. Nessa operação, o intérprete identifica uma lacuna oculta³⁹ (ou axiológica) e a corrige mediante a inclusão de uma exceção não explícita no enunciado normativo, mas extraída de sua própria teleologia. Como resultado, a norma passa a se aplicar apenas a parte dos fatos por ela regulados. A extração de “cláusulas de exceção” implícitas serve, assim, para concretizar o fim e o sentido da norma e do sistema normativo em geral⁴⁰.

34. Essa técnica não constitui nenhuma novidade para o STF, que já realizou, em diversas hipóteses, a interpretação restritiva das competências previstas na Constituição por meio da inclusão de cláusulas de exceção que reduzem o seu alcance. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal tem enfatizado *“a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, atuando na condição de intérprete final da Constituição, proceder à construção exegética do alcance e do significado das cláusulas constitucionais que definem a própria competência originária desta Corte”* (ADI 2797). Em verdade, quase nenhuma competência jurisdicional prevista na Constituição permanece imune a interpretações que limitem a abrangência que, *prima facie*, parecem ter. Por exemplo, a Carta Magna prevê que compete ao Supremo processar e julgar *“a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”* (art. 102, I, “a”). Embora o dispositivo não traga qualquer restrição temporal, o STF consagrou entendimento de que não cabe ação direta contra lei anterior à Constituição, porque, ocorrendo incompatibilidade entre ato normativo infraconstitucional e a

39 Segundo Larenz, “Existe uma lacuna ‘patente’ quando a lei não contém regra alguma para um determinado grupo de casos, que lhes seja aplicável – se bem que, segundo a sua própria teleologia, devesse conter tal regra. Falamos de uma lacuna ‘oculta’ quando a lei contém precisamente uma regra aplicável a casos desta espécie, mas que, segundo o seu sentido e fim, não se ajusta a este determinado grupo de casos, porque não tende à sua especificidade, relevante para a valoração. A lacuna aqui consiste na ausência de uma restrição. Por isso, a lacuna está ‘oculta’, porque, ao menos à primeira vista, não falta aqui uma regra aplicável”. Karl Larenz. *Op. Cit.*, p.535.

40 Ricardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, 2011.

**AP 937 QO / RJ**

Constituição superveniente, fica ele revogado (ADI 521, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 07.02.1992).

35. Do mesmo modo, o Supremo definiu que a competência para julgar *“as causas e os conflitos entre a União e os Estados”* (CF, art. 102, I, “f”) não abarca todo e qualquer conflito entre entes federados, mas apenas aqueles capazes de afetar o pacto federativo (ACO 359-QO; ACO 1048-QO; ACO 1295-AgR-Segundo). Veja-se a respeito trecho da ementa de julgamento da ACO 597-AgR (Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.10.2002): *“a jurisprudência da Corte traduz uma audaciosa redução do alcance literal da alínea questionada da sua competência original: cuida-se, porém, de redução teleológica e sistematicamente bem fundamentada, tão-manifesta, em causas como esta, se mostra a ausência dos fatores determinantes da excepcional competência originária do S.T.F. para o deslinde jurisdicional dos conflitos federativos”*.

36. A Constituição também atribui a esta Corte a competência para julgar *“as ações contra o Conselho Nacional de Justiça”* (CF, art. 102, I, “r”). *Prima facie*, essa disposição se refere a todas as ações, sem exclusão. No entanto, segundo a jurisprudência do Tribunal, somente estão sujeitas a julgamento perante o STF o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data* e o *habeas corpus*, pois somente nessas situações o CNJ terá legitimidade passiva *ad causam* (AO 1706 AgR). E mais: ainda quando se trate de MS, o Supremo só reconhece sua competência quando a ação se voltar contra *ato positivo* do Conselho Nacional de Justiça (MS 27712; MS 28839 AgR).

37. Há, ainda, previsão constitucional de julgamento pelo Supremo da *“ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados”* (art. 102, I, “n”). Em relação à primeira parte do dispositivo, o STF entende que a competência só se aplica quando a matéria versada

AP 937 QO / RJ

na causa diz respeito a interesse privativo da magistratura, não envolvendo interesses comuns a outros servidores (AO 468 QO). Em relação à segunda parte do preceito, entende-se que o impedimento e a suspeição que autorizam o julgamento de ação originária pelo STF pressupõem a manifestação expressa dos membros do Tribunal competente, em princípio, para o julgamento da causa (MS 29342).

38. Em todos esses casos (e em muitos outros), entendeu-se possível a redução teleológica do escopo das competências originárias do STF pela via interpretativa. E em nenhum deles a adoção de interpretação mais abrangente implicaria clara ofensa a preceitos fundamentais da Constituição, como ocorre no presente caso. Afinal, se o STF reconhecesse o cabimento de MS perante a Corte contra *ato negativo* do CNJ (como o fez inicialmente), não haveria, de plano, violação a qualquer princípio ou valor constitucional. Diversamente, em relação à competência criminal originária, a adoção de interpretação ampliativa põe em risco os princípios da igualdade e da república. É, no mínimo, incoerente que o Supremo adote um parâmetro geral de interpretação restritiva de suas competências, mas não o aplique justamente para as competências que instituem o foro por prerrogativa de função, que são as que têm maior potencial para ofender princípios estruturantes da ordem constitucional.

39. Portanto, a interpretação restritiva proposta é a interpretação mais adequada da Constituição e está em linha com diversos precedentes do STF.

Parte III

*NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DEFINITIVA DA COMPETÊNCIA APÓS O FINAL DA
INSTRUÇÃO PROCESSUAL*

40. Além da adoção da interpretação restritiva acima enunciada, esta Corte deve estabelecer um marco temporal a partir do

**AP 937 QO / RJ**

qual a competência para processar e julgar ações penais – seja do STF ou de qualquer outro órgão jurisdicional – não mais seja afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo (*e.g.*, renúncia, não reeleição, eleição para cargo diverso). Como visto, as estatísticas demonstram que o foro especial produz, como regra, uma ou mais mudanças de competência ao longo da tramitação do processo.

41. Os frequentes deslocamentos (o “sobe-e-desce” processual) são um dos maiores problemas da prerrogativa, capazes de embaraçar e retardar o processamento dos inquéritos e ações penais, com evidente prejuízo para a eficácia, a racionalidade e a credibilidade do sistema penal. Isso alimenta, ademais, a tentação permanente de manipulação da jurisdição pelos réus. Há os que procuram se eleger para mudar o órgão jurisdicional competente, passando do primeiro grau para o STF; há os que deixam de se candidatar à reeleição, com o mesmo propósito, só que invertido: passar a competência do STF para o órgão de primeiro grau. E há os que renunciam para produzir o efeito de baixa do processo, no momento que mais lhes convém.

42. A esse respeito, veja-se que no caso subjacente a esta QO, toda a instrução processual foi realizada e encerrada perante Juízo eleitoral de 1ª instância, inclusive com a apresentação das alegações finais pela defesa e pelo MP. No entanto, quando o processo estava pronto para julgamento, o réu foi diplomado como Deputado Federal e o Juízo da 256ª Zona Eleitoral/RJ declinou da competência para o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 24.04.2015. O processo foi então distribuído nesta Casa e incluído em pauta de julgamento. No entanto, antes da sessão de julgamento, o réu renunciou ao mandato de Deputado Federal para assumir a Prefeitura. Assim, até a presente data, a ação penal não teve o seu mérito julgado, com o risco de gerar a prescrição pela pena provável.

43. Por isso, proponho que a partir do final da instrução

**AP 937 QO / RJ**

processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, seja prorrogada a competência do juízo para julgar ações penais em todos os graus de jurisdição. Desse modo, mesmo que o agente público venha a ocupar outro cargo ou deixe o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo, isso não acarretará modificações de competência. Caso esse critério tivesse sido aplicado ao presente processo, por exemplo, o réu teria sido julgado pela 1ª instância e o processo não teria sido deslocado para o STF.

44. É certo que, como regra, não se admite a prorrogação de competências constitucionais, por se encontrarem submetidas a regime de direito estrito (Pet 1.738 AgR). No entanto, a jurisprudência da Corte (e também do STJ⁴¹) admite a possibilidade excepcional de prorrogação justamente nos casos em que seja necessária para preservar a efetividade e racionalidade da prestação jurisdicional. Há diversos precedentes nesse sentido, inclusive relativos ao próprio foro por prerrogativa de função. O STF já admitiu, por exemplo, a possibilidade de prorrogar a sua competência para conduzir o inquérito ou realizar o julgamento de réus desprovidos da prerrogativa, nos casos em que o desmembramento seja excessivamente prejudicial para a adequada elucidação dos fatos em exame (AP 470 QO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 02.08.2002). Esta Corte também definiu que, proferido o primeiro voto em julgamento de apelação criminal por Tribunal de Justiça, o exercício superveniente de mandato parlamentar pelo réu, antes da conclusão do julgamento, não desloca a competência para o STF (AP 634 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 06.02.2014).

41 O Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 122, criou a hipótese de prorrogação da competência da justiça federal quando há conexão probatória entre o crime estadual e federal. E mais, na hipótese de aplicação da súmula 122, ainda que a Justiça Federal absolva o réu pelo crime federal, continuará competente para julgar o crime estadual remanescente (STJ, RHC 70213, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior). O mesmo ocorreria se o crime estadual absorvesse o crime federal: a Justiça Federal remanesceria com a competência para o julgamento desta infração estadual pela *perpetuatio jurisdictionis*, em razão da aplicação analógica do art. 81 do CPP (STJ, HC 353818, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca)

AP 937 QO / RJ

45. Além disso, não se deve esquecer que até o julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 27.08.1999) e o cancelamento da Súmula 394, o STF admitia a prorrogação de sua competência para julgar ex-exercentes de mandato quando o crime fosse cometido durante o exercício funcional. E mesmo após a consolidação da orientação de que a renúncia de parlamentar teria como efeito extinguir de imediato a competência do Supremo Tribunal Federal, esta Corte já admitiu exceções a essa regra em caso de abuso processual.

46. No julgamento da Ação Penal 396, em que o réu era Natan Donadon (Rel. Min. Cármen Lúcia j. 28.10.2010), a maioria do Tribunal reconheceu que a renúncia, apresentada à Casa Legislativa na véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo, teria sido *“utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas”*, de modo a justificar a manutenção da competência para julgamento no STF. Na ocasião, porém, a Corte não firmou uma orientação mais ampla que se aplicasse a todos os casos posteriores. Mais recentemente, no julgamento da AP 606-QO (sob minha relatoria, j. 12.08.2014), a Primeira Turma estabeleceu uma presunção relativa de que a renúncia após o final da instrução processual é abusiva, *“não acarretando a perda de competência do Supremo Tribunal Federal”*. Porém, o Plenário deste STF ainda não se pronunciou sobre a definição de um marco temporal uniforme e objetivo de *perpetuatio jurisdictionis* que se aplique a todos os casos de investidura ou desinvestidura de cargo com foro privilegiado, independentemente de abuso processual.

47. Esta é uma excelente oportunidade de fazê-lo. Em todos os exemplos acima, o fundamento para a prorrogação excepcional da competência foi, precisamente, o interesse em se preservar a eficácia e a racionalidade da prestação jurisdicional. Essa *ratio* é igualmente aplicável ao contexto em análise, tendo em vista a necessidade de resguardar a seriedade da jurisdição, evitando que a prerrogativa de foro se converta

AP 937 QO / RJ

em instrumento de retardamento da solução processual e de frustração da prestação jurisdicional, com o risco de prescrição.

48. Além disso, o critério do fim da instrução processual, *i.e.*, a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, parece ser adequado a esses objetivos por três razões. *Primeiro*, trata-se de um marco temporal objetivo, de fácil aferição, e que deixa pouca margem de manipulação para os investigados e réus e afasta a discricionariedade da decisão dos tribunais de declínio de competência. *Segundo*, a definição do encerramento da instrução como marco para a prorrogação da competência privilegia, em maior extensão, o princípio da identidade física do juiz, ao valorizar o contato do magistrado julgador com as provas produzidas na ação penal. *Por fim*, esse critério já foi fixado pela Primeira Turma desta Casa na AP 606-QO, sob minha relatoria, ainda que apenas em relação à renúncia parlamentar abusiva.

49. Desse modo, esta Corte deve fixar que a partir do fim da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, prorroga-se a competência do juízo para julgar ações penais em todos os graus de jurisdição, sem que a investidura ou desinvestidura de cargo com foro privilegiado produza modificação de competência.

VI. CONCLUSÃO

50. Por todo o exposto, resolvo a presente questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”. Essa nova linha interpretativa deve se aplicar

**AP 937 QO / RJ**

imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999).

51. Como resultado, no caso concreto em exame, determino a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento. Isso porque (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, aplicando-se as duas teses fixadas acima, o presente processo deve ser julgado pela 1ª instância.

31/05/2017**PLENÁRIO****QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO****QUESTÃO DE ORDEM**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Resolvendo-se, portanto, a questão de ordem no sentido da interpretação da norma constitucional, fixando o alcance do seu objeto quanto à competência constitucional pelo foro e o momento a partir do qual se terá a competência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Exatamente, Presidente.

O SENHOR CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO (ADVOGADO) - Excelência, uma colaboração com a Corte, questão fática, e até para que a gente dê celeridade, eu vou ser muito leal à Corte. Eu queria que o Ministro Barroso apenas esclarecesse, para evitar um embargo de declaração e mais uma protelação. É que o prefeito, quando praticou o ato, era prefeito; apesar de o ato ter um cunho eleitoral, ele era prefeito candidato à reeleição.

Do processo, apesar de isso não estar, ele não praticou, em tese, os atos da infração eleitoral como prefeito. Mas eu pergunto: Como prefeito candidato à reeleição, o foro dele seria o foro de primeira instância ou de segunda instância? Eu quero uma colaboração, só para definir, porque senão vai acabar prescrevendo se voltar e eu embargar. E a gente não quer isso. Eu quero uma definição nesse sentido. Exemplo: ele poderia ter usado o dinheiro da prefeitura, que não é o caso, num ilícito. E, nesse caso, ele estaria praticando o ato lesivo eleitoral em razão do cargo?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Muito obrigado, Doutor.

Presidente, não penso que essa questão se coloque aqui, porque claramente, no momento em que foi recebida a denúncia, ele tanto já não era mais o prefeito que o recebimento da denúncia, pelo Tribunal Regional Eleitoral, foi anulado.



AP 937 QO / RJ

Doutor, eu não vou debater com o senhor.

O SENHOR CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO (ADVOGADO) - Não, pelo amor de Deus, eu estou concordando.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Eu já ouvi Vossa Excelência. Nós não estamos num debate.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O Ministro-Relator está com a palavra. Eu agradeço a questão de fato.

O SENHOR CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO (ADVOGADO) - Obrigado. Eu estou até satisfeito. Só queria um esclarecimento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Já entendi.

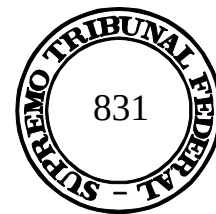
Então, o que se passou: o fato foi praticado, instaurada a ação perante o primeiro grau, depois, foi oferecida a denúncia e recebida pelo Tribunal Regional Eleitoral. Aí, vem, em *habeas corpus*, e anula-se o recebimento da denúncia sob o fundamento de que o Tribunal Regional Eleitoral não poderia ter recebido porque ele não era mais prefeito. E, aí, volta para o primeiro grau, que recebe a denúncia, faz a instrução do processo e conclui a instrução do processo. Portanto, eu estou devolvendo para o juízo que concluiu a instrução do processo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não.

Portanto, posto, como o foi, os termos do voto e da solução da questão, Ministro Barroso, o objeto dessa questão - porque aqui é a questão de ordem numa ação penal - é a definição do foro por prerrogativa de função, dito, como Vossa Excelência diz, no início do voto como se fosse um privilégio. Como privilégio é incompatível com a República, estamos, portanto, definindo o que é prerrogativa. Basicamente isto. E Vossa Excelência está, então, resolvendo nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O envolvido, hoje, é um cidadão comum?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)



AP 937 QO / RJ

- Acho que, hoje, voltou a ser prefeito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Hoje, é prefeito.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Voltou a ser prefeito, mas a instrução foi concluída, por este fato, quando não era.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isso.
Então, exatamente, o que está posto, é isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E o crime, supostamente praticado, não teria sido no exercício do mandato atual.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Não, porque foi na campanha. Teria sido compra de voto na campanha. Essa é a acusação: corrupção eleitoral.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não!



31/05/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

ADIAMENTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (REVISOR) - Senhora Presidente, a existência da figura do Revisor, em questão de ordem, supõe obviamente a manifestação do Revisor, mas não tenho nenhuma dificuldade em ouvir o voto do Ministro Alexandre de Moraes para não quebrar a ordem. Mas, também, estou em condições de proferir o voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Para manter a tradição, se existe o Revisor, devemos ouvi-lo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O Revisor é o primeiro.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (REVISOR) - É um gesto de gentileza com o Ministro Alexandre de Moraes.

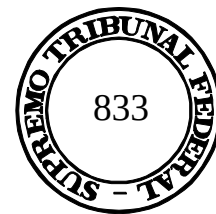
O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Na Turma, eu já tentei também. E o entendimento, na Turma, é que, onde há Revisor, não é possível antecipar voto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Revisor **somente** intervirá nos procedimentos penais originários **instaurados** perante esta Corte *em sua fase final*, **momento em que poderá, então, adotar** as providências **a que se refere** o art. 25 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Tenho impressão de que a questão de ordem não foi nem submetida ao Revisor.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (REVISOR) - Não, não recebi previamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ainda que fosse, não o foi oficialmente, porque eu entendo, e fui Revisor da AP 470, que a revisão é do mérito.



AP 937 QO / RJ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Seria interessante ouvir o Revisor, porque a matéria tem repercussão na ação penal.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O art. 25 de nosso Regimento Interno é bastante claro a esse respeito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Com a possibilidade de o Relator cassar o Revisor!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Tenho a impressão de que, em sendo suscitada questão de ordem, *como sucede na espécie*, não se justificará a intervenção processual da figura do Revisor.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu não tenho nenhuma dificuldade em acatar.

Tive a preocupação de verificar e verifiquei que, em outros casos, no Plenário, já houve as duas situações. Em que o Plenário decidiu ouvir, mesmo na questão de ordem, primeiro o Revisor, e o Ministro-Presidente deu a palavra. E, também, já teve questões... Agora, da minha parte, não teria nenhuma dificuldade...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

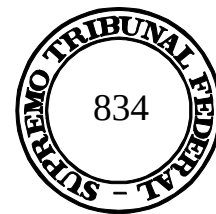
Ministro **Barroso**, só para relembrar. O caso do qual Sua Excelência a Presidente foi a Relatora e eu o Revisor, em que houve a renúncia...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ação Penal 396.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Vossa Excelência, Presidente, me informou previamente que levaria em questão de ordem a manutenção do julgamento aqui, e me informou, como Revisor, e eu fui o primeiro a votar acompanhando Vossa Excelência, no sentido de não dar efeitos àquela renúncia, que entendemos fraudulenta, para os fins de tentar adiar o julgamento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Que inclusive invertia a jurisprudência do Supremo.



AP 937 QO / RJ

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas, também, há casos de outras questões de ordem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Na 396 foi expressa, o Ministro Toffoli falou depois de mim.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Vossa Excelência, com toda lealdade, trouxe o tema a mim.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, posso fazer só uma sugestão?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por favor.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Nós todos temos muitos processos, e às vezes você faz uma avaliação se vai votar ou não num determinado momento, de modo que, se parecer bem ao Ministro Fachin e a Vossa Excelência, retomariamos amanhã com o voto dele, para que Sua Excelência possa digerir o que foi discutido aqui.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Talvez sim.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (REVISOR) - Eu apenas gostaria de dizer que estou pronto e em condições de votar agora ou amanhã.

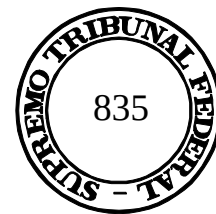
O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Melhor ainda.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (REVISOR) - Claro, não vai ser um voto breve, porque acho que a matéria suscita um debate alongado, independentemente de convergir ou não com a relatoria.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então poderíamos, talvez, acatar a sugestão, em razão até da hora, porque seriam poucos minutos.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (REVISOR) - Agora, a ponderação que o nosso Decano, ilustre Ministro Celso de Mello, faz vem um pouco ao encontro do meu sentimento. Como disse, estou pronto a votar tanto hoje quanto amanhã, mas o gesto de gentileza que fiz ao

**AP 937 QO / RJ**

Ministro Alexandre de Moraes carregava, nas entrelinhas, essa suscitação que a perspicácia e a arguta inteligência de sempre do Ministro Decano trouxe, obviamente, à baila.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Tive essa preocupação exatamente porque, quando relatei, o Ministro-Presidente deu a palavra, na sequência, ao Ministro-Revisor, e acho que aí há uma lógica, porque inclusive o Revisor poderá suscitar algum dado que repercuta na ação penal.

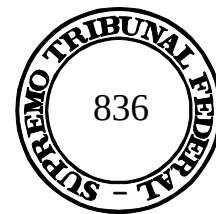
Então, para evitarmos qualquer quebra de dados, indicaria o adiamento para continuidade amanhã, tomando o voto a partir do Revisor, porque aí fica estabelecida uma regra para este caso, independentemente de esta ser considerada a melhor interpretação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Nada impede, obviamente, que o eminente Revisor antecipe o seu voto, valendo-se de possibilidade que assiste a qualquer dos Juízes desta Corte e não porque seja o Revisor da causa penal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas, como ele diz que o voto dele seria um pouco mais longo, em razão do horário, talvez pudéssemos deixar para continuidade amanhã. E aí teríamos tempo, inclusive, todos nós para digerirmos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu queria, desde logo, com o devido respeito, manifestar-me na linha que foi agora sinalizada pelo eminente Decano desta Corte.

Eu entendo que as questões de ordem são de natureza formal, processual, e escapam da competência do Revisor, regimentalmente consignada. Eu fui Revisor talvez de uma das maiores ações penais já levadas a julgamento nesta Corte, que foi a Ação Penal 470, e, nessa ação, eu me lembro, com muita clareza, que eu me manifestava sempre logo depois do Relator apenas sobre questões substantivas, questões de natureza material, que diziam respeito à culpabilidade ou não dos réus, que diziam respeito à dosimetria da pena. Mas inúmeras questões de

**AP 937 QO / RJ**

ordem, naquela ocasião, foram suscitadas e foram resolvidas pelo Plenário, porém na ordem regimental correta, sem que o Revisor se manifestasse antecipadamente.

Eu tenho um pouco de receio, Senhora Presidente, sempre com o devido acatamento - porque, claro, a Presidente é que conduz a sessão -, de que abramos um precedente no sentido de obrigar que o Revisor, de bate-pronto, resolva questões de natureza formal, procedimental ou até processual sem que esteja devidamente preparado para isso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Tem **plena** razão o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. **Nada impede** que o eminente Ministro EDSON FACHIN **antecipe** o seu voto, *como qualquer um de nós pode regimentalmente fazê-lo*. **Atuará, contudo, não** na condição de Revisor, mas na de Juiz do Tribunal que, **pedindo** a palavra pela ordem, **solicite** autorização **para antecipar** o seu voto.

Não constitui demasia insistir na asserção de que a intervenção formal do Revisor, nessa específica condição processual, **somente** se justificará, *como anteriormente acentuei*, **na fase final** que antecede o julgamento da ação penal originária (RISTF, art. 243, “caput”), **quando, então**, poderá adotar as medidas previstas no art. 25 de nosso Regimento Interno.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Celso, com todo o respeito, eu acho que onde há Revisor, o Revisor vota.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Peço que, como nós temos precedente, e, pelo adiantado da hora, continuássemos amanhã. Nós continuaríamos, em princípio, amanhã, começando a tomar o voto do Ministro Fachin.

Agradeço aos Senhores Ministros. Fica indicado adiamento, para reinício, amanhã, às quatorze horas, dessa Questão de Ordem na Ação Penal 937.

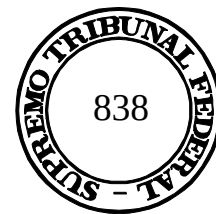
Agradeço aos Senhores Ministros, senhores advogados, Senhor



AP 937 QO / RJ

Procurador-Geral da República, senhora Secretária, senhores servidores.

Declaro encerrada a presente sessão, agradecendo a presença de todos, desejando a todos uma excelente noite. Muito obrigada!

**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937**

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RÉU(É) (S) : MARCOS DA ROCHA MENDES

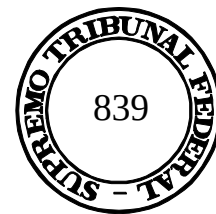
ADV.(A/S) : CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO (73969/RJ)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), resolvendo questão de ordem com a fixação das seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo", com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, e, pelo réu, Marcos da Rocha Mendes, o Dr. Carlos Magno Soares de Carvalho. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 31.05.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário



01/06/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**VISTA**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Trata-se de questão de ordem suscitada em ação penal proposta em face de Marcos da Rocha Mendes, pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral).

Na questão de ordem, discute-se a possibilidade de conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar a aplicação do foro às acusações por crimes cometidos no cargo e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo ao qual a Constituição assegura esse foro especial.

Debate-se, ainda, se deve haver perpetuação de competência do Supremo Tribunal Federal nos casos em que a cessação do mandato ocorra após o término da instrução processual, como na hipótese que obteve repercussão geral.

Foi apontada como Tese de Repercussão Geral a seguinte:

COMPETÊNCIAS JURISDICIONAIS. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ALCANCE E APLICAÇÃO. CF/88, ARTS. 102, I, 'B' E 'C', 105, I, 'A', E 29, X.

Saber se o foro por prerrogativa de função deve abranger apenas as acusações por crimes (i) estritamente relacionados ao desempenho do cargo, e (ii) enquanto o réu estiver no exercício daquele cargo ao qual a Constituição assegura um determinado foro privilegiado.

Saber se a jurisdição do Supremo Tribunal Federal deve se perpetuar nas hipóteses em que a cessação do mandato ocorra após o término da instrução processual.

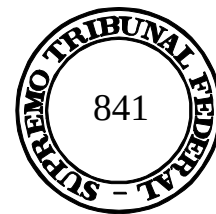
Saber se, no caso, o STF deve (i) declinar da competência para o Juízo eleitoral de 1ª instância, (ii) declinar da competência para o Tribunal Regional Eleitoral, ou (iii) julgar o

**AP 937 QO / RJ**

processo, uma vez que a instrução processual já foi encerrada e o feito já havia sido incluído em pauta para o julgamento antes da renúncia do réu ao mandato de Deputado.

Gostaria de cumprimentar o ilustre Ministro Relator LUÍS ROBERTO BARROSO, pela profundidade de seu voto e pela qualidade de sua fundamentação, que me permite inúmeras e importantíssimas reflexões.

A importância do presente julgamento transcende a própria definição dada pela Tese de Repercussão Geral, que diretamente se refere às prerrogativas de foro tratadas **no artigo 102, I, “b”**, da CF (competência do STF, nas infrações penais comuns do Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os próprios Ministros do STF e o Procurador-Geral da República) e **“c”** (competência do STF nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, 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); **no artigo 105, I** (competência do STJ, nos crimes comuns de Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais) e, **finalmente, no artigo 29, X** (competência do TJ no julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça); uma vez que, **em seu voto, o ilustre Relator concluiu pela aplicação desse novo entendimento a todas as hipóteses de foro privilegiado**, pretendendo, certamente, que esse novo posicionamento, caso adotado por esta Corte, se aplique também aos artigos **108, I, “a”** (competência do TRF, ressalvada a eleitoral, os Juízes Federais, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade e aos membros do Ministério Público da União, desde que não atuem em Tribunais); **96, III** (Tribunal de Justiça, nos crimes comuns e de



AP 937 QO / RJ

responsabilidade, ressalvada a competência eleitoral, os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios e os membros do Ministério Público Estadual); além das autoridades que, no âmbito estadual, têm previsão de prerrogativa de foro estipulada com base no **artigo 125, § 1º**, da Constituição Federal, **não citadas anteriormente na tese de repercussão geral analisada nesse momento, o que, certamente, acabará trazendo outra série de consequências.**

Concordo com o Ilustre Relator, quando afirma a existência de disfuncionalidade no sistema. A atual amplitude da aplicação das previsões constitucionais da denominada prerrogativa de foro em razão de função, instituto que é conhecido como “foro privilegiado”, **é, como venho defendendo há anos**, não resta dúvida, extremamente extensiva e generosa, para não se dizer exagerada, especialmente, a partir de **interpretações que ora possibilitaram a atração do foro privilegiado para coautores e partícipes, ora possibilitaram a cada uma das 26 Constituições estaduais e à Lei Orgânica do Distrito Federal ampliar o rol das autoridades a serem julgadas originariamente em segunda instância pelos Tribunais de Justiça.**

Porém, ousado, pedindo todas as vênias, discordar de uma das afirmações do Ilustre Relator, quando, ao propor a alteração aos crimes praticados *no cargo e em razão do cargo*, afirmou que “a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por *impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal*, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa”, para concluir em momento posterior que “**A experiência e as estatísticas** revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo”.

Parabenizo o brilhante voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, inclusive por trazer à colação a questão da “**experiência**” como importante fundamento jurídico de seu voto, no estilo do **realismo**

AP 937 QO / RJ

jurídico de um dos grandes nomes da Corte Suprema Norte-Americana, OLIVER HOLMES, que, inclusive, chegou a afirmar: “**a vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência**” (OLIVER WENDELL HOLMES JR. *The Common Law*. New York: Dover, 1991, p. 1); porém, preciso ressaltar que não consigo concordar com algumas de suas premissas, tampouco com as conclusões **de alguns trechos de seu voto**.

Em primeiro lugar, porque não há nenhuma, repito, nenhuma pesquisa estatística que compare o grau de efetividade de ações penais contra altas autoridades da República, antes e depois do aumento das hipóteses de “foro privilegiado”, inicialmente pela EC 1/1969 e, depois, confirmado e ampliado pela Constituição de 1988; tampouco há pesquisas comparativas sobre a efetividade penal do Supremo Tribunal Federal em relação à 1ª instância; e, consequentemente, não há fundamento técnico-científico para a afirmação de que uma instância jurisdicional é melhor ou pior no combate à corrupção que as demais.

Em segundo lugar, porque essas importantíssimas considerações do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO sobre a impunidade de agentes públicos corruptos e a justa indignação da sociedade **nos levam a uma essencial reflexão**: antes da ampliação do foro privilegiado aos parlamentares com a EC 1/1969 e essa enorme difusão de hipóteses de foro privilegiado no Brasil, com a Constituição de 1988, o histórico brasileiro era de responsabilizar criminalmente sua elite política? Tínhamos, no Brasil, efetivo combate à impunidade de agentes políticos corruptos? A ausência de efetividade da justiça penal anteriormente à Constituição de 1988, como é fato notório, era quase absoluta, tanto que vários ditados populares foram criados, tais como “rouba mas faz”, para agentes políticos, e a “justiça criminal só funciona para os 3 Ps”, em relação à impunidade das elites política e econômica, que sempre existiu no Brasil e se ampliou com a chegada da família real no Rio de Janeiro, em 1808.

Inclusive, concordemos ou não com o “foro privilegiado”, um dos históricos motivos para a previsão de prerrogativas de foro em razão da função foi a necessidade de se retirar a influência nas justiças locais, que

AP 937 QO / RJ

desde o Império atuavam com certo compadrio com as lideranças políticas locais, nesses julgamentos. Lembremo-nos do que salientava o grande constitucionalista do Império, PIMENTA BUENO:

“A constituição do império, no art. 164, § 2, fiel ao princípio da igualdade da lei, proscreeu os foros privilegiados; foi, porém, ela mesmo quem criou esta competência do supremo tribunal e vistas não tanto destes altos funcionários, como de verdadeiro interesse público. Era sem dúvida de mister atribuí-la a uma corte ilustrada e independente para que se tivesse a garantia de um julgamento imparcial” (Direito público brasileiro e análise da constituição do império. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de documentação: 1958, p. 371 e ss).

No Brasil, como nos lembrou o Ministro CELSO DE MELLO, na sessão de ontem, em 31/5/2017, o foro privilegiado é menos um instituto monárquico e mais, lamentavelmente, um instituto que cresceu na República, por paradoxal que isso possa parecer.

Mas não é possível, seja do ponto de vista histórico, seja do ponto de vista sociológico, ou mesmo jurídico, estabelecer uma conexão entre impunidade no Brasil e ampliação do foro privilegiado pela Constituição de 1988. Da mesma maneira, entendo não ser possível estabelecer como consequência do aumento da corrupção no Brasil um eventual desprestígio deste Supremo Tribunal Federal. Infelizmente, ainda é ignorado por muitos críticos do Supremo Tribunal Federal que, até a promulgação da EC 35/2001, havia a necessidade de prévia licença das Casas Parlamentares para o recebimento de denúncia contra parlamentares, caracterizadora de obstáculo à atuação da Corte. Além disso, também se ignora que há maior complexidade de análise para recebimento de denúncias criminais de um órgão colegiado que atua em única e última instância – sem possibilidade de recurso para o réu, e, conseqüentemente, com necessidade de maior detalhamento no exame

AP 937 QO / RJ

das hipóteses de justa causa para a ação penal.

Com todo o respeito às opiniões contrárias, entendo que as afirmações ligando o foro privilegiado existente nesta Corte à impunidade ofendem e acabam por tentar desonrar, injustificadamente, seus Ministros, de ontem e de hoje, o que é absolutamente inaceitável pelo histórico do Supremo Tribunal Federal.

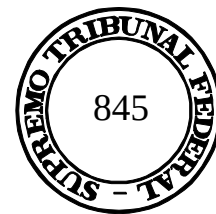
Basta lembrar que, poucos anos atrás, a sociedade clamava ao Supremo Tribunal Federal que não desmembrasse a AP 470 (“Mensalão”) para a primeira instância, sob pena de impunidade.

Vamos recordar o sentimento da Nação brasileira em novembro de 2012 – **4 anos e meio atrás** –, por meio da opinião dos maiores meios de comunicação do Brasil.

Vejam, nesse sentido, EDITORIAL DO JORNAL “O GLOBO”, de 4 de outubro de 2012, com o título “Afronta ao Supremo e ao Estado de Direito”, em que, após criticar a iniciativa de alguns réus condenados no “mensalão” ajuizarem pedidos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), contra veredictos da mais alta instância da Justiça brasileira, afirma textualmente:

“O pedido de desmembramento do processo foi encaminhado diversas vezes ao STF, inclusive na primeira sessão do julgamento, reivindicação sempre rejeitada pelos ministros. E com razão, pois fragmentar o processo inviabilizaria o julgamento de forma organizada de crimes cometidos. Só numa avaliação do conjunto da denúncia do Ministério Público Federal seria possível cada juiz votar com o máximo conhecimento dos fatos”, para concluir **“sem considerar que transferir a maioria dos réus para a primeira instância significaria inocentá-los, a priori, dada a conhecida lerdeza dos tribunais. Não seria feita justiça, ao contrário”**.

Da mesma maneira, em 13 de novembro de 2012, o jornal FOLHA

**AP 937 QO / RJ**

DE S. PAULO, em EDITORIAL DE CAPA, sob o título “Julgamento para a história”, destaca que a atuação do Supremo Tribunal Federal representou um marco no combate à corrupção, afirmando “um país em que a indignação dava lugar para o conformismo e em que todo o escândalo estava destinado à impunidade e ao esquecimento - talvez esse país comece a ser outro, a partir de agora”, e concluindo, infelizmente de maneira profética, que “não será num dia que se banirá a impunidade da política brasileira, mas emergiram, como nunca, as condições para que isso ocorra”.

E, por fim, em EDITORIAL, de 14/11/2012, o jornal O ESTADO DE S. PAULO afirmou “ao fixar, anteontem, os termos dos seus merecidos castigos por corrupção ativa e formação de quadrilha, a Corte Suprema brasileira fez história não apenas quebrando o paradigma da impunidade dos poderosos, mas dissipando qualquer dúvida sobre a capacidade técnica e integridade moral do colegiado para levar a cabo uma ação penal sem precedentes por sua complexidade, ramificações, número e calibre da grande maioria dos acusados”.

Em comum nos três maiores jornais do País a constatação da excelência da atuação do Supremo Tribunal Federal e a reversão à tradição de impunidade da política brasileira.

Será possível, hoje, utilizar esse mesmo argumento – reversão à tradição de impunidade da política brasileira –, só que em sentido inverso, para pleitear a extinção ou drástica redução do “foro privilegiado”, com remessa imediata de todas as investigações para a primeira instância, que seria mais eficiente e eficaz do que o Supremo Tribunal Federal?

Paradoxal analisar que, sem nenhuma alteração constitucional no tema em questão, e com meros 4 anos e meio a separar os maiores e mais lamentáveis casos de corrupção da vida política brasileira, duas interpretações diametralmente opostas são pretendidas, baseadas na mesma motivação, qual seja, evitar a impunidade. Afirmava-se que a primeira instância de ontem geraria a impunidade e, portanto, que seria vital ao Supremo Tribunal Federal concentrar todo o processo e

**AP 937 QO / RJ**

juízo do “mensalão”. Porém, hoje alguns afirmam que a impunidade estará consagrada se o “petrolão” permanecer no Supremo Tribunal Federal, pois somente a primeira instância é capaz de medidas eficazes e rápidas contra a corrupção. **Erros e exageros, ontem e hoje.** O Poder Judiciário brasileiro é competente e independente em todas as suas instâncias, que precisam de mais estrutura e instrumentos processuais mais modernos para garantir maior celeridade e efetividade na distribuição de Justiça, para todos, e não somente para os casos que terminam com “ão”: “Mensalão”, “Petrolão”.

Se o Poder Judiciário prosseguir sem estrutura, e amanhã? Qual a instância do Poder Judiciário que será a única capaz de exterminar eventual novo caso de corrupção? Cada momento uma livre opção interpretativa para a aplicação da Constituição? Como ficam a defesa do Juiz Natural, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas?

Mas, nesse momento, minha maior preocupação é com a análise sistemática dos reflexos de eventual alteração de posicionamento desta Corte em relação ao foro privilegiado, em virtude da existência de previsões constitucionais conexas relacionadas a prerrogativas institucionais.

No Brasil, concordemos ou não com a previsão ou com os excessos de foro privilegiado, os atuais contornos definidores dessa prerrogativa – mesmo que tenha se ampliado excessivamente ao longo do tempo – estão presentes desde a nossa primeira Constituição do Império, de 1824, passando por todas as Constituições Republicanas, dentro, sempre, de um conjunto de garantias institucionais concedidas aos exercentes dos altos cargos e funções dos Poderes de Estado, Legislativo, Executivo, Judiciário e, mais recentemente, porém com igual incidência e importância, ao Ministério Público, sempre com a finalidade de assegurar a garantia de autonomia e independência de suas importantes atribuições constitucionais.

A Assembleia Nacional Constituinte, no intuito de preservar esse mecanismo recíproco de controle e a perpetuidade do Estado

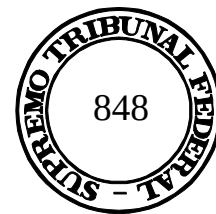
AP 937 QO / RJ

democrático, previu, para o bom exercício das funções estatais, pelos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e pela Instituição do Ministério Público, diversas prerrogativas, imunidades e garantias a seus agentes políticos, como, por exemplo, a opção política de ampliar as hipóteses de prerrogativa de foro se comparadas com os textos anteriores.

Como salientado pelo Ministro VICTOR NUNES (Rcl 473), *“a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse das pessoas, do ocupante do cargo, mas no interesse do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade”*.

A manutenção dessa previsão foi uma opção política da Assembleia Nacional Constituinte, consubstanciada no texto aprovado em 5 de outubro de 1988, pela manutenção do instituto da prerrogativa de foro, com ampliação das hipóteses, em virtude de questões políticas, jurídicas e culturais existentes à época e discutidas longamente em suas diversas comissões. Portanto, **uma opção consciente**. Como exemplo, vejamos o histórico de aprovação do atual art. 102, I, “b”, do texto constitucional, para não nos alongarmos muito na análise do processo legislativo das previsões de “foro privilegiado”.

No substitutivo I, apresentado na Comissão de Sistematização em 26/8/1987, o artigo 148, I, previa a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, o Presidente da República, o Primeiro-Ministro e os Ministros de Estado, os seus próprios Ministros, os Deputados e Senadores, o Defensor do Povo e o Procurador-Geral da República. No Substitutivo II, apresentado perante a mesma Comissão de Sistematização, em 19/9/1987, o renumerado artigo 121, I, “b”, acrescentou os membros do Conselho Nacional de Justiça, retirou o Defensor do Povo, substituiu “deputados e senadores” por membros do Congresso Nacional e o termo “crimes comuns” por “infrações penais comuns”. Essa redação foi mantida em 24/11/1987, como Projeto A, perante o Plenário, no início da votação em primeiro turno, porém como artigo 126, I, “b”. Sofreu diversas emendas e chegou

**AP 937 QO / RJ**

para o início de votação em 2º turno, em 5/7/1988, como artigo 108, I, b”, do Projeto B, com a seguinte redação: “nas infrações penais comuns, o Presidente da República e os Ministros de Estado, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República”.

Em 13/9/1988, após outras emendas e já renumerado como artigo 102, I, “b”, do Projeto C, chegou ao Plenário para votação em 2º turno com nova redação, na qual foram retirados os “Ministros de Estado” (que passaram para a alínea “c” do artigo 102, I) e **incluído o “Vice-Presidente da República” (nosso Decano Ministro CELSO DE MELLO ressaltou, em Sessão anterior, a tradicional inexistência de foro privilegiado para o Vice-Presidente)**. Essa redação foi aprovada em 2º turno, posteriormente, pela Comissão de Redação Final, em 21/9/1988, e promulgada em 5/10/1988. Após meses de discussão, portanto, foi apresentado o Substitutivo I da Comissão de Sistematização, que até sua aprovação consumiu outros 14 meses de debates, obviamente, de todo o atual texto constitucional.

Essa opção consciente do legislador constituinte originário na **definição de prerrogativas de foro poderia ter sido rediscutida na Revisão Constitucional de 1993/1994**. Nesse sentido, diversas emendas foram apresentadas em relação ao artigo 102 da Constituição Federal. Porém, em relação à alteração da previsão da prerrogativa de foro, somente se pretendia incluir o Advogado-Geral da União na redação do artigo 102, I, “b”, e ampliar a competência do STF para “processar e julgar as ações populares contra as autoridades cujos atos estejam submetidos à jurisdição” da Corte. Ressalte-se que ambas as propostas receberam parecer favorável do relator da Revisão Constitucional (Parecer 27, em 16/3/1994), porém não foram votadas, e o texto original foi mantido.

Da mesma maneira, em que pese a apresentação de 143 propostas revisionais em relação ao artigo 53, que prevê o conjunto de garantias e prerrogativas parlamentares, entre elas a prerrogativa de foro, como destacado pelo então relator da Revisão Constitucional e, posteriormente, Ministro desta Casa, NELSON JOBIM, “de um modo geral, tais propostas

AP 937 QO / RJ

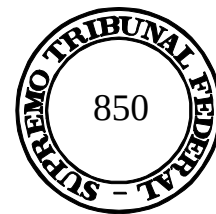
tendem a manter o foro privilegiado no STF”, pois “a grande maioria das propostas revisionais, referentes ao art. 53, tem como escopo manter o instituto da imunidade parlamentar apenas no tocante às inviolabilidades (imunidade material)”. O Parecer 12 foi apresentado pelo Relator em 17/1/1994, porém não foi apreciado, e o texto do artigo 53 foi mantido integralmente. A única alteração proposta foi a substituição da então necessária “licença prévia” para iniciar os processos contra parlamentares pela possibilidade posterior de sustação da ação penal por maioria absoluta da Casa respectiva (CONGRESSO REVISOR – Relatoria da Revisão Constitucional. Pareceres produzidos. Histórico. Tomo I, Brasília, 1994).

Em 2001, as garantias dos congressistas foram rediscutidas pelo Congresso Nacional, resultando na aprovação da EC 35, de 20/12/2001, que alterou substancialmente a redação do artigo 53, acrescentando expressamente a “inviolabilidade civil e penal” para a imunidade material e substituindo a imunidade processual em relação ao processo, nos termos anteriormente sugeridos pela Revisão Constitucional, ou seja, revogando a necessidade de licença-prévia para o processo de parlamentares e possibilitando, somente para os crimes praticados após a diplomação, a sustação da ação penal por maioria absoluta dos membros da casa, desde que devidamente provocada por iniciativa de partido político nela representado.

Novamente, a prerrogativa de foro foi reafirmada, inclusive com alteração tópica e de redação, passando do § 4º para o § 1º e fixando como termo inicial para o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal a expedição do diploma.

E, posteriormente, no já citado julgamento da AP 470 (“mensalão”), em questão de ordem (2/8/2012), o instituto do “foro privilegiado”, como disciplinado na Constituição de 1988 foi novamente amplamente discutido e mantido.

A proposta do ilustre Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, como bem salientado em seu brilhante voto, pretende alterar “essa linha de entendimento” por não estar realizando adequadamente “princípios



AP 937 QO / RJ

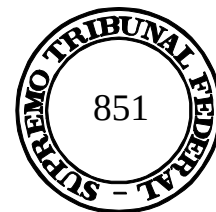
constitucionais estruturantes”, estabelecendo, por interpretação restritiva, dois critérios específicos para a definição da prerrogativa de foro em razão da função: (i) a atualidade no exercício do cargo ou mandato e (ii) a infração penal ter sido praticada “*propter officium*”, e não mais “*intuitu functionae*”.

Sua Excelência trouxe profundos argumentos fáticos e jurídicos sobre a possibilidade de uma interpretação restritiva das competências constitucionais, citando inclusive precedentes relacionados ao controle abstrato de constitucionalidade e do CNJ, bem como, em sua manifestação oral, salientou a ocorrência de mutação constitucional.

Trata-se, portanto, de significativa alteração na maneira de aplicação histórica do foro privilegiado, que, caso aprovada por esta Corte, conseqüentemente, terá graves e importantes reflexos na própria instrumentalização do regime de garantias, imunidades e prerrogativas de seus detentores, em especial, os parlamentares, membros dos Poderes Executivo, Judiciário e integrantes do Ministério Público.

Para análise e eventual adoção desse novo entendimento pelo Plenário desta Corte, entendo absolutamente necessária a análise das consequências dessa alteração, pois as prerrogativas institucionais concedidas aos integrantes dos três Poderes e aos membros do Ministério Público foram instituídas dentro de um sistema orgânico, e não isolado, com a finalidade constitucional de garantir o bom exercício de suas funções e permitir suas responsabilizações nos casos de desvios.

Parece-me, portanto, imprescindível que esta Corte analise os principais reflexos de determinadas situações intrinsecamente relacionadas ao “foro privilegiado”, que atualmente estão pacificadas no entendimento da Corte, mas que poderiam sofrer alterações interpretativas, que gerariam incerteza e insegurança jurídica, o que acabaria por acarretar inúmeros recursos, em cada um dos casos em que houvesse declinação de competência, e, conseqüentemente, atraso nas investigações e nos processos, com risco de prescrição e impunidade. Relembrando o JUIZ HOLMES, o “Direito é experiência”, e, no caso brasileiro, a experiência demonstra que alterações substanciais,



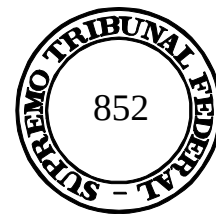
AP 937 QO / RJ

principalmente de competência, acabam gerando inúmeros recursos.

A) Como se fará procedimentalmente a aplicação da imunidade formal processual por crimes **praticados após a diplomação, porém sem nexos com a atividade parlamentar, ou seja, não *propter officium***? Nos termos do artigo 53, § 3º, recebida a denúncia, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. **O mandamento constitucional parte da premissa de o recebimento ter sido realizado pelo STF, que oficiará à Casa parlamentar?** Essa imunidade formal parlamentar também deixará de existir para os crimes praticados após a diplomação, porém não relacionados com o exercício do mandato? Ou será o juiz de primeira instância que deverá officiar à Casa parlamentar? Ou comunicará ao STF, que oficiará ao Parlamento? **Não se diga tratar-se de mera questão burocrática, pois diz respeito à observância de imunidades parlamentares, essenciais para o equilíbrio entre os poderes e a permanência da Democracia.**

B) Adotando interpretação extremamente restritiva em relação às **previsões constitucionais expressas** sobre hipóteses de foro privilegiado, a Corte manterá a possibilidade de ampliação ilimitada de foros privilegiados estaduais e distrital, com base na **previsão constitucional implícita** do artigo 125, § 1º, da CF? Ou, reduzindo o alcance de normas constitucionais expressas, não seria essencial também reduzir a amplitude das normas implícitas?

C) Da mesma maneira, adotando interpretação extremamente restritiva em relação às **previsões constitucionais expressas**, esta Corte estaria afastando seu entendimento de, mesmo que excepcionalmente, utilizar as hipóteses de **conexão e continência** para que investigados ou réus sem previsão de foro sejam atraídos? Se esta Corte reduzir a interpretação de previsão constitucional expressa de foro privilegiado (artigo 102, I, “a” da CF), quando se refere a “infrações penais”, somente para aquelas praticadas em virtude da função, seria possível manter a **aplicação de regras infraconstitucionais de conexão e continência**

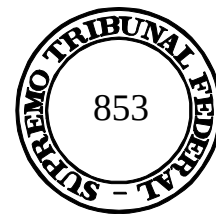


AP 937 QO / RJ

previstas no Código de Processo Penal, para conceder foro privilegiado àqueles que não possuem? Não estaria havendo uma contradição, pois ao mesmo tempo se pretende reduzir as competências penais expressas do STF, mantendo-se competências penais implicitamente criadas por interpretação de normas legais? Não seria também a oportunidade de reanálise conjunta desta questão, lembrando que foi mantida pelo Plenário do STF na citada AP 470, que se encerrou há somente 4 anos? Lembro, nesse sentido, as palavras do Ministro MARCO AURÉLIO, que, em julgamento de 3/10/2008, na 1ª Turma, em relação a essa contradição de ampliação do foro privilegiado por interpretação de normas infraconstitucionais, afirmou: “**Não abro exceção, já disse inclusive em Plenário. Não posso conceber que uma norma instrumental comum alusiva à continência e à conexão modifique a situação, altere a Carta da República, tão mal-amada, quanto à competência do Tribunal, seja do Superior Tribunal ou do Supremo. Por isso é que estou, agora no julgamento de fundo, determinando o desmembramento. A possibilidade de decisões conflitantes em relação a co-réus é própria do sistema e pode ser corrigida, pode ser afastada mediante a interposição de recurso pelo Ministério Público**”.

D) A análise, também, da perpetuidade da competência do STF por fatos praticados em razão do ofício, em mandato anterior de parlamentar, seria possível ou não?

E) Ressalto, ainda, que, em virtude do próprio voto proferido pelo Ministro BARROSO, no sentido da aplicação da nova interpretação a todos os casos de foro privilegiado, haveria também a necessidade de análise da aplicação ou não de eventual alteração proposta por Sua Excelência em relação aos precedentes do Plenário desta Corte (Rcl. 2.138 e Questão de Ordem em Petição 3.211-0), que estabeleceram no âmbito do Poder Judiciário – no dizer do Ministro AYRES BRITTO – “a impossibilidade de subverter a lógica de jurisdições subsuperpostas” – ou seja, a impossibilidade de aplicação de sanção de perda do cargo por magistrados de instâncias inferiores a instâncias superiores. O mesmo se aplicaria em relação aos membros do Ministério Público.

**AP 937 QO / RJ**

F) Por fim, parece-me imprescindível analisar a necessidade de modulação dos efeitos de eventual mudança de entendimento na aplicação de todas essas regras de foro privilegiado, sob pena de reflexos negativos em casos ainda em tramitação, principalmente em relação às grandes operações em andamento. Seria eficaz transferir todas as delações e diligências de mais de centena de investigados com foro privilegiado, já realizadas de maneira concentrada por uma equipe na PGR, para, de maneira difusa, a primeira instância recomençar tudo, novamente? Seria eficiente do ponto de vista do titular da ação penal? Da Justiça Criminal? Seria eficiente do ponto de vista da sociedade?

A análise conjunta de todas essas questões também possibilitará outra importante reflexão sobre os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal como “GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO”, possibilitando a diferenciação entre eventuais hipóteses de interpretação restritiva em relação a outras nas quais se possa pretender a substituição de legítimas opções do legislador – inclusive legislador constituinte, pela vontade do STF, por mutação constitucional.

Apesar de ter trazido o voto integral para a sessão de ontem, a partir da excelência da fundamentação exposta pelo ilustre Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, entendo que a importante alteração proposta, caso aprovada pelo Plenário desta Corte, exige que se definam todos os parâmetros a serem aplicados, impedindo que eventuais situações reflexas não analisadas causem extrema insegurança jurídica, inúmeras batalhas judiciais para definição de competência, e decorrente IMPUNIDADE, pois a utilização das prerrogativas institucionais, entre elas a previsão de foro privilegiado, não pode implicar isenção da lei penal, impunidade ou privilégios. Como, mais uma vez, PIMENTA BUENO afirmava, as prerrogativas institucionais são previstas para proteger e fortalecer as Instituições: “Tudo o mais será uma falsa aplicação do princípio do privilégio, da inviolabilidade, que certamente não foi instituída para proteger a impunidade do crime, e sim somente a independência legislativa contra os abusos” (*Direito Público Brasileiro e*

AP 937 QO / RJ

Análise da Constituição do Império. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de documentação: 1958, p. 117 e ss).

Em virtude de minha necessidade de melhor analisar a complexidade de uma eventual alteração de posicionamento sobre a interpretação do foro privilegiado e seus reflexos concretos, peço VISTA dos autos, comprometendo-me a devolvê-los rapidamente para a continuidade do julgamento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência me permite um brevíssimo aparte?

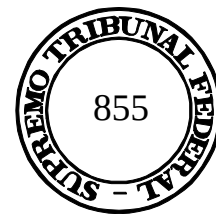
Na verdade, mais do que um aparte, é uma pergunta, eu diria, retórica. Uma dúvida que me remanesceu dos debates de ontem, que foram muito aprofundados, é justamente o seguinte: alguém que tenha cometido um determinado delito no exercício da função e depois, por alguma razão particular, perde essa função, ele será julgado pela Justiça Comum ou, tendo praticado o crime no exercício do cargo que lhe ensejava um foro especial, ele continuará tendo esse direito, ou não? É uma questão que, para mim, ficou irresolvida e que talvez, não sei, se Vossa Excelência, aprofundando o tema, possa mergulhar sobre ela.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Cancelado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite uma observação?

É interessante esse debate do foro, porque ele se tornou um tipo de panaceia, um tipo de populismo constitucional. Fala-se do foro como se fosse responsável pelas mazelas nacionais.

Eu, na época do Mensalão, quando começou o julgamento, tive o cuidado de procurar, na Procuradoria da República, onde estavam os processos que já haviam sido desmembrados. E hoje nós podemos também nos dar este trabalho: ir atrás dos processos que foram desmembrados. Em geral, na Procuradoria nem se sabia, não havia

**AP 937 QO / RJ**

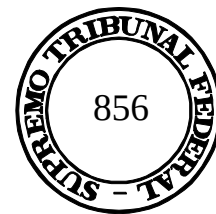
controle sequer desses processos. Vejam, estou falando do processo do Mensalão - não se sabia -, para provar que não existe essa coisa da eficiência da Primeira Instância.

Agora, nós tivemos vários desdobramentos também do Mensalão, já quando do julgamento de mérito, e, de novo, não temos ainda o tema resolvido. De modo que, a mim me parece, aqui é um conceito que tem que ser relacional. Quer dizer, a ineficiência do Supremo *vis-à-vis* à eficiência - ou eficiência enorme - da Justiça de Primeiro grau.

Eu vi - eu ontem comentava - a matéria que foi publicada, com grande estardalhaço, no O Globo, e depois em todos os jornais da Rede Globo, e foi repetida depois em todos os jornais do País: "Levantamento mostra que 68% de ações penais de quem tem foro privilegiado prescrevem". Isso foi estampado grande na página. E depois foi discutido na Globo News com aqueles especialistas - Merval e todos os demais. Aí o que o texto e diz - segundo a citação da FGV do Rio de Janeiro? E esses números depois foram sendo mudados. Essa foi uma pesquisa que foi vazada. Não havia ainda a pesquisa para ver o tipo de ética, Ministro Fachin, na pesquisa. Quer dizer, quem discute temas de moral e ética tem que ter ética no plano intelectual, Ministra Cármen, o que faltou aqui. Mas veja, o que se dizia: "Numa das Cortes que julga os que possuem foro privilegiado, de 404 ações penais concluídas entre 2011 e março de 2016, 68%, portanto, 276, prescreveram ou foram repassados para instâncias inferiores, porque a autoridade deixou o cargo". Misturaram alhos com bugalhos. Mas o título - "Levantamento mostra que 68% de ações de quem tem foro privilegiado prescrevem" -, Presidente, é a manchete de O Globo de 16/2/2017. E isso se tornou...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Gilmar, dos 68%, salvo engano, 64% foram repassados para outras instâncias e, em 4% só, há prescrição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Aí, veja a que ponto chegamos. É uma pesquisa feita pela FGV; usando o santo nome da Fundação Getúlio Vargas, essa gente faz esse tipo de coisa sem saber de que está falando. Veja, aqui, Presidente. E nós temos que melhorar muito

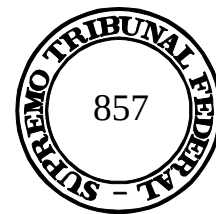
**AP 937 QO / RJ**

as nossas estatísticas para evitar que esses sujeitos fiquem fraudando.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Estamos trabalhando nisso, pelo menos no CNJ, Ministro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Veja, Presidente: em apenas 5,8% de 987 inquéritos, houve decisão desfavorável ao investigado com abertura de processo penal. Aí, vem a conclusão do gênio: "Os números mostram que é muito mais vantajoso para os réus serem julgados pelo Supremo". Essa pobre figura que fez essa pesquisa não sabe, Presidente, quem inquérito é inquérito e que processo é processo. Não sabia disto. Quer dizer, se o Ministério Público pediu um inquérito e depois pediu o arquivamento - e nós fazemos assim; agora ele está dizendo que nós estamos decidindo favoravelmente, porque os inquéritos não foram transformados em denúncia, quando, na verdade, deveria ter dito é que o Ministério Público pediu talvez, irresponsavelmente, abertura de inquérito. Se poucos inquéritos se transformaram em denúncia, é exatamente por isso.

Mas veja a que picaretagem o Supremo está submetido, que custou enorme preço para este Tribunal. Isso foi discutido e se tornou verdade absoluta, e não pediram desculpas! É uma coisa constrangedora! Hoje, nós temos esses picaretas produzidos em Harvard. Sujeitos que mentem sem nenhuma ética, a serviço de quê? Por que desmoralizar o Supremo? Qual é o intuito? Por que não trouxe conceito, usar os bons recursos que tem, recursos públicos, inclusive, que vão para a FGV, para fazer uma pesquisa sobre a justiça criminal do Brasil, que, de fato, é uma vergonha? Eu não quero defender foro. Acho que, de fato, os números..., mas usar desse expediente para denegrir a imagem do Supremo, realmente, é de uma grande irresponsabilidade. Esses são os números, Ministro Lewandowski, consistentes. O sujeito não sabe distinguir, Presidente, inquérito de ação penal! E diz que o Tribunal, porque os inquéritos foram arquivados, decidem favoravelmente. E tem uma concepção autoritária e nazista, porque acha que tribunal bom é tribunal que condena! Irresponsáveis! Realmente é uma vergonha para a FGV-Rio patrocinar esse tipo de pesquisa. E, depois, vazou! Quando nós procurávamos a

**AP 937 QO / RJ**

pesquisa, ela não existia, ela tinha sido vazada para O Globo, e depois foram fazer as corrigendas. Quem fez a pesquisa não sabia o que era processo penal no Supremo Tribunal Federal, Ministro Lewandowski.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência me permite, Ministro Gilmar Mendes?

Na minha época, quando fui presidente, logo que foram divulgados esses dados pela FGV, eu pedi para o nosso Setor de Gestão Estratégica fazer um estudo para verificar se eram, ou não, válidos esses dados que foram divulgados por essa instituição de ensino e pesquisa. E nós chegamos a conclusões diametralmente opostas. Esse estudo existe, está arquivado no Tribunal, e nenhum desses dados que foram divulgados, que vieram a público, correspondem à realidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A manchete é enganosa, mas é enganosa por quê? O estudo queria ser enganoso! Dizer que misturaram processos que desceram para Segunda Instância, porque a pessoa perdeu o foro, com prescrição. E, aí, o resultado é que 68% das ações penais prescrevem. Mas o pior é em relação aos inquéritos, porque as decisões de arquivamento de inquérito foram debitadas na conta do Supremo Tribunal Federal. E o sujeito não sabia distinguir inquérito de ação penal. É com esse tipo de gente que nós estamos lidando: fraude acadêmica comprovada. Quem quiser discutir questões de ética tem que começar com ética na academia. Não se pode fazer fraude aqui.

Obrigado.

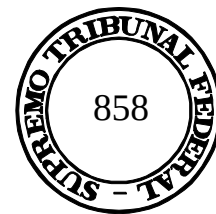
O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Cancelado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (CANCELADO)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

– Só uma observação, não vou interromper, porque, ontem, votei longamente e estou ouvindo com todo o interesse.

Registro que, antes da Emenda Constitucional nº 35/2001, simplesmente não era possível instaurar ação penal perante o Supremo, porque a instauração de ação penal dependia de prévia autorização da Casa Legislativa. Como a autorização nunca vinha, os casos simplesmente inexistiam. De modo que só há possibilidade de se contabilizar essa

**AP 937 QO / RJ**

situação depois da aprovação da Emenda nº 35/2001, que deixou de exigir a prévia licença. Portanto, só há estatística desses últimos quinze, dezesseis anos.

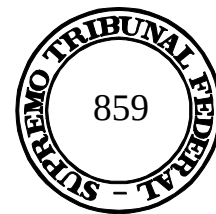
O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Cancelado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite uma observação?

Outra coisa curiosa, e todos nós temos, nos nossos gabinetes, inquéritos, vários inquéritos que são abertos a pedido da Procuradoria da República e que, em geral, são encerrados também a pedido da Procuradoria-Geral da República, com raras exceções, tem havido um ou outro caso de trancamento de *habeas corpus* de ofício, mas é essa é a nossa toada.

Tenho um caso no meu gabinete relativo a um senador, que foi prefeito, e que está tramitando alguma coisa como doze anos. É evidente que não tem perspectiva. Quer dizer, aqui, a Procuradoria teria que oferecer a denúncia ou pedir o arquivamento. Mas esses processos ficam por aí como inquérito, até porque, politicamente, é muito difícil para a Procuradoria pedir, agora, o arquivamento. Abre-se um inquérito absolutamente implausível e fica-se anos.

Há um caso – eu conversava isso com o Ministro Fachin - em que agora - essa é a moda - investiga-se obstrução de justiça, Doutor Bonifácio. De quem? Do Ministro Falcão e do Ministro Marcelo Navarro. E lá estão também Lula e Dilma nesse processo. Para investigar o quê? Se eles pediram para serem nomeados, se aquilo tinha a ver com obstrução de justiça. Eu não sei quem daqui foi nomeado e não participou de algum périplo político. Poucos. Agora fica pedindo câmeras e coisas do tipo. Qual é o objetivo desse inquérito? Esse inquérito vai chegar a provar obstrução de justiça desses magistrados? Obviamente que não. Não vai provar, mas o inquérito está lá. Qual o objetivo desse inquérito, Ministro Fachin - eu já lhe disse isso, portanto, estou dizendo publicamente? É castrar iniciativas do STJ, é amedrontá-lo. É esse o objetivo. Por isso que, inclusive, nós devemos ter coragem civil de não permitir que esses inquéritos tramitem. O Ministro Fux, esses dias, dizia-me que ele tem

**AP 937 QO / RJ**

pedido agora informações antes de abrir os inquéritos e muitas vezes não os abre, porque, de fato, isso passa a ser um peso. Veja este caso. Estou falando deste caso específico. Esses dias, um advogado comentava comigo que esse inquérito está sendo mantido, primeiro, com este objetivo de constranger o STJ e, segundo, de manter Dilma e Lula no Supremo Tribunal Federal. Se for por isso, está-se fazendo de maneira indevida.

Mas vejam que propósitos escusos inspiram muitas vezes o inquérito, e nós temos que ter uma função não de autômatos, mas de controladores desse processo. E temos certamente, nos nossos gabinetes, muitos casos. Tanto é que nós fixamos prazo. É muito comum: pede-se 90 dias na Polícia Federal, o processo volta sem nenhuma providência. Os inquéritos se alongam indevidamente, porque não se faz investigação, papel que é da Polícia e do Ministério Público - nós mesmos reconhecemos. Mas depois isso fica na conta do Supremo Tribunal Federal, e isso precisa ser devidamente avaliado.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Em relação a essa questão, Ministro Gilmar, também com respeito às opiniões contrárias, principalmente de vários articulistas da imprensa, essa afirmação de que a existência de foro privilegiado no Supremo Tribunal Federal acaba gerando impunidade, acaba ampliando a impunidade, volto a insistir, não só não há nenhuma comprovação estatística, sociológica, empírica, mas acaba por ofender e desonrar a própria história do Supremo Tribunal Federal. Basta lembrar que há pouquíssimos anos, pouco mais de quatro anos, toda a sociedade clamava para que o Supremo Tribunal Federal não desmembrasse a Ação Penal nº 470, o Mensalão. A imprensa e a sociedade civil organizada clamavam para que o Supremo Tribunal Federal não desmembrasse, entendendo que, se houvesse esse desmembramento, haveria a impunidade, situação absolutamente inversa do que agora alguns na imprensa afirmam.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Alexandre, Vossa Excelência me permite?

AP 937 QO / RJ

Louvando Vossa Excelência pela profundidade de suas considerações, mas, sem entrar no mérito, eu o farei na oportunidade do meu voto, mas, eu quero dizer também, reforçando da injustiça das acusações que se faz ao Supremo Tribunal Federal quanto à morosidade, destacando exatamente o seguinte: a Lei 8.038/90 - vejam, do longínquo 90 - impõe-nos um rito absolutamente bizantino, ultrapassado, incompatível com a celeridade que hoje requer o processo penal. E inclusive incompatível com o número de ações penais que tramitam aqui e em outros Tribunais Superiores. Tivéssemos nós, nesta Lei de regência dos nossos procedimentos penais, que é exatamente a Lei 8.038, um dispositivo como o artigo 400 do CPP, que permite a concentração de atos processuais, *verbis*:

"Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, (...)".

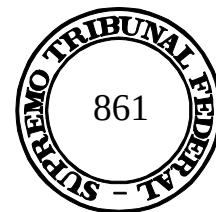
Portanto, até com relação ao vetusto CPP, a Lei 8.038 está absolutamente defasada relativamente ao ritmo como deve proceder-se à instrução criminal.

Ministro Alexandre, apenas para mais uma vez expressar a minha indignação - que acho que é comum em todos os Pares - no sentido de repelir essas acusações de morosidade na tramitação dos feitos criminais nesta Suprema Corte.

E há mais, pode-se eventualmente acusar: "Por que o Supremo não fez nada?" Porque nós não temos a iniciativa legislativa em matéria processual, que deveríamos ter. Isso talvez fosse uma modificação processual constitucional importante para que nós do Judiciário, que lidamos dia a dia com o processo, tivéssemos também a iniciativa em matéria processual.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Lewandowski, apenas uma breve observação.

É preciso esclarecer que o Supremo Tribunal Federal tem jurisdição

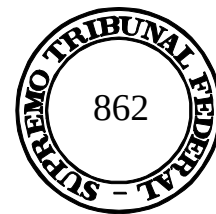
**AP 937 QO / RJ**

sobre todo o território nacional e a sua competência *ratione materiae* é múltipla, julgamos desde a união homoafetiva, *habeas corpus*, questões tributárias. Então, é muito diferente de uma Vara especializada, que só julga esses casos. *Mutatis mutandis*, uma Vara especializada, quando muito, profere dez sentenças por mês; os Ministros do Supremo Tribunal Federal são instados a produzir novecentas decisões por mês. Evidentemente que, acrescentando as ações penais, que são em número bem inferior, nós temos, por exemplo, sessenta mil processos diferentes; numa Vara singular, não há sessenta mil processos para julgar.

Então, a duração razoável do processo no Supremo obedece também a essa plêiade de litígios que torna absolutamente impossível que se preste uma justiça utópica, porque a justiça instantânea também é uma utopia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas o pior aqui é que sequer esse conceito relacional está definido, não há prova da eficiência da Justiça de Primeiro Grau; este que é o grave problema. Criou-se essa névoa de inteligência de que a maldição da Justiça criminal brasileira é o foro, mas não há nenhuma prova de eficiência da Justiça de Primeiro Grau, não há nenhum estudo sobre isso; esta que é a grande questão. E esta que é a grande fraude, porque aqui o conceito teria que ser relacional. E, pelo contrário, os indicativos vão em outro sentido. Ainda ontem, eu falava que só oito por cento dos homicídios no Brasil são desvendados, poucos chegam a julgamento, prescreve crime de júri em massa. E tudo isso tem a ver com a Primeira Instância, porque é a investigação que se dá na Primeira Instância, são as denúncias que se fazem na Primeira Instância. Portanto, essa é a questão.

Na verdade, por esse motivo - e eu concordo -, de fato tem que haver outra disciplina para o foro, mas isso tem que ser definido. Claro que não se esperava esse grau de envolvimento, de investigações no meio político, nessa grande clientela que afeta o Supremo, mas daí a dizer-se que a solução está na supressão, e vender ilusão à população, o que é mais grave. Passar a ideia de que o problema está no foro, quando nós temos

**AP 937 QO / RJ**

um sistema altamente ineficiente no Primeiro Grau, como se sabe.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite?

É um brevíssimo intervalo para dizer que, no próximo dia 16, Vossas Excelências receberão com prioridade, os membros do Conselho Nacional de Justiça também, mas, nos últimos nove meses, encabeçado pela Professora Tereza Sadek, que é a Diretora do Departamento de Pesquisas Jurídicas do Conselho Nacional de Justiça, realizou-se um enorme e ingente trabalho, exatamente com dados pormenorizados, atualizados até agora com comparação, inclusive, com todas essas pesquisas antes realizadas, com critérios objetivos, e isso será entregue no próximo dia 16. Digo isso, porque aí ter-se-á dados. Não imaginaria que poderíamos antecipar para, pelo menos, Vossas Excelências terem isso, mas apenas para dar essa notícia, e, portanto, isso foi feito nesses nove meses com o Conselho, separadamente, inclusive, por cada uma das Instâncias, quais os problemas de inquérito e tudo mais.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, só para explicitar minha intervenção.

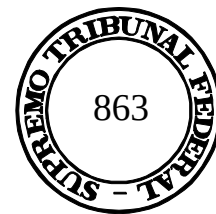
Eu apenas fiz aqui, vamos dizer assim, uma manifestação de esclarecimento do porquê os processos no Supremo têm uma duração compatível com o volume de litígios que aqui são julgados.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Claro, estou dando a notícia, porque há várias referências a pesquisas anteriores. Então, só para dizer que há uma que será apresentada nos próximos dias, feita pelo Conselho Nacional de Justiça.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, mas, com isso, eu quero só destacar que, pelo tanto que eu pude ouvir, esse não foi o fundamento central do voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Ministro Fux, eu não preciso de muitas palavras, basta verificar que se distribuem cargos com foro no Supremo para impedir o alcance da Justiça de Primeiro Grau. É só ler os jornais.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

**AP 937 QO / RJ**

Senhora Presidente, o Ministro **Alexandre de Moraes**, que tem a palavra e está proferindo o voto, me permite um aparte?

Primeiro para dizer que Vossa Excelência me designou para, agora no período da tarde, em nome da Presidência do Supremo, participar do Vigésimo Terceiro Encontro Latino-americano de Cortes Constitucionais, que está sendo hospedado exatamente pelo Supremo Tribunal Federal. Vossa Excelência, na qualidade de Presidente, com o encargo de presidir a sessão, me designou, na qualidade de Vice-Presidente, para receber os Colegas das outras Cortes dos países da América Latina.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Para conduzir os trabalhos com os vinte e cinco Presidentes.

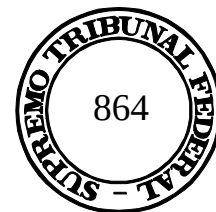
O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Por isso, eu vou ter que me ausentar.

Mas, neste ponto do debate, quando se está falando do número de processos no Supremo, de eficiência e ineficiência, se me permite o Ministro **Alexandre de Moraes**, eu gostaria de trazer os números, rapidamente, de meu gabinete desde que aqui cheguei.

Tomei posse, aqui, em 23 de outubro de 2009, portanto, lá se vão sete anos e meio de judicatura no Supremo. Nesse período todo, a mim foram distribuídas trinta ações penais. Dessas trinta ações penais, Senhora Presidente, vinte uma já foram resolvidas. Remanescem em meu gabinete nove ações penais, Ministro **Fux**, nove ações penais. Dessas, algumas já julgadas, outras que estão em diligências, outras pautadas. Não há nada parado! E são só nove ações penais! Inquéritos, desde que eu tomei posse, Ministro **Celso de Mello**, recebi, ao longo desse período, em meu gabinete, cento e quarenta e oito. Já foram julgados ou baixados, Ministro **Gilmar**, cento e sete. Remanescem quarenta e um. Isso, perto do volume total de feitos que nós temos, é praticamente insignificante. Na data de hoje, não há nenhuma ação pendente, em meu gabinete, para revisão.

E, quanto a Vossa Excelência, Senhora Presidente, tive a honra, mais do que honra, a responsabilidade, de ser o Revisor de tão culta magistrada, mas eu gostaria de dar alguns exemplos. Recebi de Vossa Excelência, para revisão, a AP nº 427, de São Paulo. Ela me chegou

**AP 937 QO / RJ**

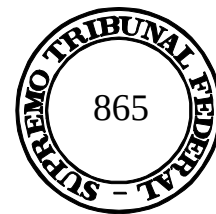
conclusa em 28 de setembro de 2010. Eu liberei no dia 15 de outubro de 2010, duas semanas depois. Ação Penal nº 474: esse processo me veio concluso, da relatoria de Vossa Excelência, em 1º de agosto de 2012. Eu o devolvi no dia seguinte, em 2 de agosto de 2012.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Este processo acho que ficou um ano entre o Gabinete do Ministro Barroso e o Gabinete do Ministro Fachin, salvo engano. Este caso que nós estamos julgando.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A AP nº 565, em que fui revisor da Ministra **Cármen Lúcia**, Presidente, chegou conclusa para mim, como revisor, em 25 de junho de 2013 - eu a liberei em 2 de julho de 2013, em menos de trinta dias. A AP nº 465 - Fernando Collor - chegou conclusa para mim em 13 de novembro de 2013 - eu a liberei no dia 14 de novembro de 2013, no dia seguinte. A AP nº 523 chegou conclusa para mim no dia 28 de outubro de 2014 - eu a liberei no dia 7 de novembro de 2014, duas semanas depois. A AP nº 504 chegou conclusa para o revisor em 1º de agosto de 2016 - eu a liberei em 3 de agosto de 2016, dois dias depois. A AP nº 920 chegou conclusa para mim em 23 de agosto de 2016 - eu a liberei no mesmo dia. Todas elas foram julgadas de imediato. Essa última que eu liberei em 23 de agosto de 2016 foi julgada em 6 de setembro de 2016. A que eu liberei em 3 de agosto de 2016 foi julgada em 9 de agosto de 2016. A que eu liberei em 7 de novembro de 2014 foi julgada em 9 de dezembro de 2014. A que eu liberei em 14 de novembro de 2013 foi julgada em abril de 2014. A que eu liberei em 2 de julho de 2013 foi julgada em agosto de 2013. A que eu liberei em agosto de 2012 foi julgada em setembro de 2012. E aquela que eu liberei em outubro de 2010 foi julgada em novembro de 2010. Onde está a ineficiência?

Também consta dos dados estatísticos de meu Gabinete: dos 148 inquéritos que já recebi, desde quando tomei posse em 23 de outubro de 2009 até a data de hoje, 1º de junho de 2017, remanescem apenas 41. Sendo que, desses, encontram-se em meu Gabinete, conclusos para algum despacho, apenas três, porque, obviamente, eles estão em diligências, seja no Ministério Público, seja na Polícia Federal.

**AP 937 QO / RJ**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E Vossa Excelência não tem controle sobre essas diligências. Essas diligências, em geral, demoram ou o processo volta, depois de decorrido o prazo, sem qualquer providência. Este é o fato.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

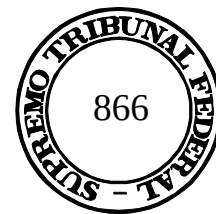
As outras ações penais, rapidamente, e me escusando, Senhora Presidente, eminentes Colegas, Ministro que ora vota, Ministro **Alexandre de Moraes**, ao longo desse período, de 23 de outubro de 2009 a 1º de junho de 2017 - minha judicatura nesta Suprema Corte -, passaram por mim 3.460 **habeas corpus**. Eu já julguei 3.309; remanescem, em meu Gabinete, 151. Recursos em **habeas corpus**, Ministro **Alexandre de Moraes**, ao longo de todo esse período - sete anos e meio - foram 409, julguei 352, remanescem 57. Onde há ineficiência desta Corte para julgar matéria penal?

Senhora Presidente, eu vou pedir licença, agradeço, ainda não votei, mas agradeço a atenção de Vossas Excelências, é porque foi dito muito sobre eficiência e ineficiência. Com todos os outros casos, Ministro **Luiz Fux**, que Vossa Excelência lembrou, novecentos por mês, esses são os dados estatísticos de meu Gabinete. Quero ver quem pode dizer que há algum tipo de ineficiência.

Peço licença para ir receber os Presidentes das Cortes Latinoamericanas, Senhora Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por favor, tenha a bondade. Não só receber, como lá agora, é o quadro de trabalho mesmo dos vinte e cinco Presidentes. Por favor, fique à vontade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Senhora Presidente, as considerações feitas pelos Ministro Lewandowski, Ministro Fux, Ministro Gilmar, Ministro Toffoli, mostram, a meu ver, exatamente, que houve, seja em comentários, interpretações, o que eu costumo dizer, de pseudoespecialistas, que vão em vários programas de televisão, seja na época do chamado Mensalão, seja agora no denominado Petrolão, erros, exageros e manifestações nos dois momentos. Naquele momento, era errôneo afirmar que, se fosse para a Primeira Instância, a Primeira

**AP 937 QO / RJ**

Instância não julga, a Primeira Instância garante impunidade, a Primeira Instância garante prescrição. Era errôneo com a Primeira Instância, como agora é absolutamente errado em relação ao Supremo Tribunal Federal e aos demais foros, porque não importa se é Mensalão, Petrolão, ou outro ÃO que venha a surgir, o que se faz necessário - e o Ministro Fux bem colocou -, para uma maior celeridade, é, primeiro, mais estrutura para o Poder Judiciário. Quem conhece a Primeira Instância sabe também que há determinadas Varas criminais nas Justiças estaduais que têm sete, oito, nove, dez mil processos criminais para um juiz com dois escreventes, sem nenhuma estrutura - melhor estrutura e melhor instrumental.

Foi citada a Lei nº 8.038/90. Realmente, é uma lei que dificulta, além de tudo, o procedimento. Por que não se alterar? Eu estive, agora, a três quartas-feiras atrás, na Comissão que vem tratando do Código de Processo Penal na Câmara, dando algumas sugestões, que eu vinha já tratando com a Comissão como Ministro da Justiça, e uma das considerações é exatamente a Lei 8.038. Por que não permitir um rito mais célere, unificado? Por que não permitir ao Relator receber a denúncia, referendada, mas sem interrupção, pelo Plenário?

Há hipóteses possíveis de se melhorar, mas, mesmo com o instrumental que hoje existe e mesmo com a estrutura existente é ofensivo dizer que tanto a Primeira Instância como os Tribunais que têm a competência para foros privilegiados podem induzir à impunidade, induzir à prescrição - isso é desrespeitoso, ao meu ver, com o próprio Poder Judiciário.

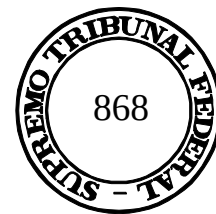
O Ministro Toffoli mostrou os números. O que há é um Poder Judiciário querendo, e devendo colaborar para o combate à corrupção no País. O que houve foi um marco do Supremo Tribunal Federal rompendo paradigma na ação penal do Mensalão, rompendo paradigma de que, como disse a imprensa, poderosos no Brasil jamais haviam sido condenados. Nós temos esse histórico para mostrar.

Precisamos aprimorar a legislação, precisamos aprimorar procedimentos, precisamos aprimorar infraestrutura, mas não podemos, a meu ver, nos deixar levar por erros e exageros de comentários antes e



AP 937 QO / RJ

depois.



01/06/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, prometo não ser tão extenso como o autor do pedido de vista, no “nariz de cera” que lançou para formulá-lo.

Adianto o voto, Presidente.

Em primeiro lugar, assento que cada dificuldade deve ser analisada no momento próprio.

A colocação feita pelo Ministro Relator está estrita à interpretação da Constituição Federal e à definição – e diria melhor definição – dos parâmetros da competência por prerrogativa de foro. Reporto-me a dois anos: ao de 1999 e ao de 2005.

No ano de 1999, portanto, passado algum tempo após a promulgação da Constituição de 1988, este Plenário enfrentou certa questão de ordem, visando nova interpretação do Texto Constitucional, e o fez mediante a relatoria de um grande juiz do Tribunal, o ministro Sydney Sanches. Refiro-me expressamente à questão de ordem no inquérito nº 687-4. Nessa oportunidade, deu-se nova interpretação à Lei Maior, chegando-se mesmo a cancelar verbete de Súmula que retratava a jurisprudência predominante do Supremo, tendo em vista também o período posterior a 1988.

Leio, Presidente, para efeito de documentação, e considerado o meu voto, a ementa desse acórdão. Ficou assim redigida:

"1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segundo a qual, "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício" – cometido o crime durante o exercício.

"2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I,

AP 937 QO / RJ

b, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar "os membros do Congresso Nacional", nos crimes comuns.

Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, b e c).

Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato.

Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce.

Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal.

Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo.

Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontrada no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos.

Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.

3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal.

Acolhimento de ambas as propostas, por decisão

AP 937 QO / RJ

unânime do Plenário."

O Tribunal reescreveu a Constituição Federal em 1999? A resposta é desenganadamente negativa. Interpretou-a no tocante às balizas subjetivas da competência do Supremo.

Por que me referi ao ano de 2005? Porque, depois dessa decisão, veio à balha a Lei nº 10.628, de dezembro de 2002, para como que cassar – e a cassação se fez com "ç" – o que decidido pelo guarda maior da Constituição Federal, pelo Supremo. Essa Lei, além de dispor sobre a competência para a ação de improbidade, restabeleceu a interpretação pretérita do Supremo, que fora suplantada no ano de 1999, referente à perpetuação da competência.

Seguiu-se o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade contra a inovação que transpareceu em causa própria, a qual foi relatada pelo, também grande Juiz do Tribunal, ministro Sepúlveda Pertence, que teve a oportunidade de apontar a Lei, e o fez com a indispensável coragem, predicado do grande Juiz, como reação normativa ao que decidido na questão de ordem no inquérito nº 687, em 1999, fazendo constar, escancarando portanto, a problemática, esse enfoque na própria ementa. Leio o item 1:

"1. O novo § 1º do art. 84 CPPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente.

2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal.

3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei

AP 937 QO / RJ

interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição –, às razões dogmáticas acentuadas se impõem (...) usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames."

Presidente, volta-se a interpretar – considerada a questão de ordem que está na bancada – a Constituição Federal. Há premissa inafastável, e, talvez, todos os integrantes estejam a concordar. A competência em análise é funcional e está no âmbito da competência ou incompetência absoluta – não há prorrogação.

Se digo que a competência é funcional, a fixação – sob o ângulo definitivo – ocorre ante o cargo ocupado quando da prática delituosa. Há de haver o nexo de causalidade, consideradas as atribuições do cargo e o desvio de conduta, glosado criminalmente, verificado.

Não tenho a menor dúvida de que é preciso observar o princípio sensível da razoabilidade, e este exclui interpretação que leve ao que aponte como elevador processual, ao sobe e desce do processo. O Procurador-Geral da República referiu-se à montanha-russa processual. Não chego sequer perto da montanha-russa verdadeira, porque não sou afeito a emoções maiores.

Em tese, é possível figurar o seguinte: alguém comete o crime quando ocupante do cargo de Prefeito – e crime ligado ao cargo, portanto, existente o nexo de causalidade. Ao término desse mandato, considerado o precedente na questão de ordem que resultou no cancelamento do verbete de Súmula nº 394, passa ele à jurisdição da primeira instância. Mas, se vier a ser eleito Deputado Estadual, o processo-crime é deslocado

AP 937 QO / RJ

para o Tribunal de Justiça, segundo a jurisprudência até aqui assentada, a interpretação até aqui prevalecente. Se, por acaso, é eleito Deputado Federal, chega a Brasília, deixando, portanto, o Poder Judiciário do Estado, atuando o Supremo. Se, findo o mandato de Deputado Federal, vem a ser escolhido, a dedo, Secretário de Estado, passa a deter a prerrogativa de ser julgado pelo Tribunal de Justiça. Vindo, ante o desempenho como Secretário de Estado, a ser eleito Governador, e não encerrado ainda o processo-crime, este é deslocado para o Superior Tribunal de Justiça. Terminado o mandato, desce à primeira instância, e, eleito Senador, não encerrado ainda o processo-crime, devido à morosidade da Justiça, volta a contar com a prerrogativa de ser julgado pelo Supremo. Será que a Constituição Federal em vigor enseja interpretação que leve a esse resultado? Para mim, não, Presidente. A fixação da competência está necessariamente ligada ao cargo ocupado na data do cometimento da prática criminosa. E essa competência, em termos de prerrogativa, é única, não flexível, no que viria uma eleição posterior, após o término do mandato ou desincompatibilização, a implicar o deslocamento do processo da primeira instância para outro Tribunal, ressoando o novo mandato, para alguns – não sei por que acreditam tanto no taco dos Tribunais, com menosprezo à pedreira da magistratura, que é a primeira instância –, como verdadeiro escudo.

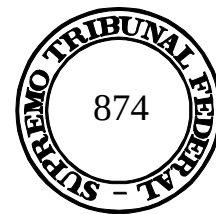
Presidente, não posso, reinterpretando, afirmo, como reinterpretei a Constituição em 1999, quando do exame da questão de ordem no inquérito nº 687-4, assentar que a Lei Fundamental, mitigando princípio básico do Estado Democrático de Direito, que é o do tratamento igualitário, encerre esse vaivém, esse verdadeiro elevador processual, a ponto de ter-se modificações sucessivas da competência. Fixada a competência por prerrogativa de foro, considerado o liame entre a prática delituosa e o mandato, deixando o detentor da prerrogativa o cargo, passa a ter o tratamento reservado aos cidadãos comuns, pouco importando que, amanhã ou depois – sob pena de afastar-se a premissa, que é a ligação do crime ao cargo ocupado, gerador da prerrogativa –, haja eleição posterior para um novo cargo. E o dia a dia revela que

**AP 937 QO / RJ**

aqueles que claudicaram na arte de proceder em sociedade, cometendo crime, acabam logrando mandatos mais importantes, até mesmo, do que aquele no qual praticado o crime.

Li o voto do Relator e, quanto à solução da questão de ordem, concordo com as premissas de Sua Excelência. Apenas divirjo no que Sua Excelência mitiga o que decidido na questão de ordem, em 1999, e acaba por contemplar a projeção da prerrogativa de foro conforme o estágio em que esteja o processo-crime, assentando que, se o processo-crime estiver na fase de alegações finais, com instrução já encerrada, portanto – ou, pelo menos em tese, encerrada –, tem-se que o órgão continua com essa mesma competência, como se pudesse – e não pode, pelo sistema processual, que é um grande todo – ser prorrogada, ao contrário da competência territorial e da em razão do valor.

Feita essa restrição, acompanho a solução preconizada, e, a meu ver, em boa hora – e sempre é tempo de evoluir –, pelo ministro Luís Roberto Barroso.



01/06/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**VOTO**

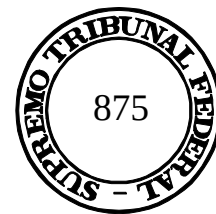
A MINISTRA ROSA WEBER: Senhora Presidente, Egrégio Tribunal. cumprimento o eminente relator, Ministro Luís Roberto, pelo voto primoroso proferido ao exame de questão de ordem em que propõe uma redução teleológica da competência do STF no tocante ao instituto do foro por prerrogativa de função – também conhecido como foro especial ou privilegiado -, considerado o atual estado da arte na jurisprudência da Casa.

2. Trata-se de tema da maior relevância, de natureza técnica, que se revisita no exercício da atividade hermenêutica do texto constitucional que cabe precipuamente a esta Casa, enquanto guardião da nossa Carta Política.

3. Como já amplamente destacado, nossa tradição constitucional revela progressiva ampliação do instituto do foro por prerrogativa de função. Lembrou o Min Celso de Mello que o Vice Presidente da República só passou a contar com o foro perante o STF com a Constituição de 1967. Em compensação, pontuou o eminente Relator, sob a égide da Constituição de 1988 cerca de 800 agentes políticos passaram a titularizá-la só nesta Suprema Corte.

4. Nessa revisita ao tema, comungo com a visão do Relator, pedindo vênua aos que entendem de forma contrária.

5. Reputo presentes as hipóteses reveladoras de mutação constitucional, seja pela mudança da realidade fática, seja pela mudança na percepção de qual seja a melhor exegese, seja pelas consequências práticas da orientação dominante, geradoras de impunidade e mesmo de desprestígio ao Judiciário, na esteira do voto do Relator. A disfuncionalidade do sistema vigorante é manifesta.



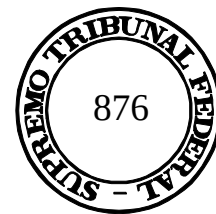
AP 937 QO / RJ

6. Já manifestei, em sessão da 1ª Turma, mais de uma vez, minha compreensão de que o instituto do foro especial, pelo qual não tenho a menor simpatia, mas que se encontra albergado na Constituição, só encontra razão de ser na proteção à dignidade do cargo, e não à pessoa que o ocupa, o que evidencia a pertinência, a meu juízo, no mínimo de interpretação restrita que o vincule aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão do cargo, como proposto pelo Relator.

7. Tal restrição teleológica tem sido feita, como anotado pelo Relator, quanto a diversos temas. Inúmeros os exemplos lembrados, *v.g.*, a Súmula 394 desta Casa, a imunidade material dos parlamentares e a competência originária desta Corte em ações contra o CNJ.

8. Nessa linha, e forte ainda nos **princípios republicano e da igualdade**, resolvo a questão de ordem acompanhando na íntegra o voto do eminente Relator, sem prejuízo de ouvir com o maior gosto e atenção o voto-vista do eminente Ministro Alexandre de Moraes, quando for trazido, inclusive para eventual adequação do meu.

É o voto.



01/06/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Peço licença ao Ministro Alexandre de Moraes, se Vossa Excelência me permite? Não é nem comum fazer a antecipação de voto.

Entretanto, tenho voto escrito, até alongado, e, claro, sempre sujeito a reajustes, diante do espectro que Vossa Excelência abriu com tanta profundidade, mas apenas para computar o meu voto, sujeito às modificações, assim, se for o caso, quando Vossa Excelência trazer o voto-vista, que, com certeza, muito ajudará.

No entanto, também tinha examinado e, na esteira do que foi aqui apresentado pelo eminente Ministro-Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, tenho como caracterizada situação de mutação constitucional, porque o foro realmente não é escolha, e prerrogativa nem é privilegio.

O Brasil é uma República na esteira da qual a igualdade - como ontem foi amplamente exposto pelo Ministro Roberto Barroso - não é opção, é uma imposição. E essa desigualação que é feita, inclusive, para fixação de competência dos Tribunais e, portanto, definição de foro dá-se em razão de circunstâncias muito específicas e que, no contexto constitucional, para atingimento das finalidades do sistema posto, evidentemente, adequam-se muito mais ou ajustam-se muito mais ao que foi interpretado pelo Supremo em outras ocasiões.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, também fez referência específica ao julgamento de 1999, posteriormente alterado, mas tenho como concluído pelo Ministro-Relator na questão de ordem resolvida no sentido de que o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo relacionados às funções desempenhadas, até porque o cargo não é incorporado à situação, e a Constituição faz referência a membros, ou agentes, ou aos cargos, portanto, no exercício daqueles cargos é que se cometem as práticas que, eventualmente, podem ser objeto de processamento e julgamento por este Supremo e pelos órgãos judiciais competentes.

**AP 937 QO / RJ**

Farei também, como agora afirmado pela Ministra Rosa Weber, juntada de voto.

E reitero, como disse, o Ministro Alexandre de Moraes, abre um leque extremamente profundo, complexo e, portanto, eventualmente, se for o caso, fico aberta a eventuais reajustes, mas, neste momento, antecipo o meu voto para acompanhar o Ministro e também, como por ele concluído, integralmente, fixar que este foro se da em razão do cargo e com fatos relacionados com as funções desempenhadas. Estou, então, acompanhando o Relator neste momento.

É como voto.



01/06/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**VOTO VOGAL****A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Presidente):**

1. O Ministro Roberto Barroso apresenta questão de ordem para que se decida: *a)* se o órgão jurisdicional competente, considerada a prerrogativa de função, deve julgar apenas os crimes praticados no exercício do cargo e enquanto ocupado pelo réu; *b)* se, encerrada a instrução e o réu passar a não mais ocupar o mandato, subsistiria a competência deste Supremo Tribunal para prosseguir no julgamento do feito; *c)* na espécie, se se decidir por declinar a competência pelo encerramento do mandato, para qual juízo os autos devem ser remetidos, se para o juízo eleitoral de primeira instância ou para o Tribunal Regional Eleitoral competente.

O caso

2. O Réu, Marcos da Rocha Mendes, no cargo de Prefeito do Município de Cabo Frio/RJ, foi denunciado pelo Ministério Público Eleitoral pela prática do delito de captação ilícita de sufrágio, tipificado no art. 299 do Código Eleitoral, ainda na condição de candidato, durante as eleições municipais de 2008. Tem-se na denúncia:

“Nas eleições municipais de 2008, mais precisamente em outubro, na cidade de Cabo Frio, o (...) denunciado, indiretamente, e diversas pessoas não identificadas, inclusive uma pessoa conhecida apenas como ‘RENATINHO’, morador do Jacaré, de forma direta, promoveram a captação ilícita de sufrágio, mediante a conduta de oferecer vantagens econômicas a CARMEN LÚCIA DA SILVA GOMES, em troca de votos, sendo tal ato verificado em outras localidades, como consta dos diversos depoimentos testemunhais.

Como consta dos autos, no dia da votação, a eleitora CARMEM LUCIA DA SILVA GOMES, ao se dirigir ao CIEP de Jacaré para votar, observou ‘uma turma do MARQUINHOS

AP 937 QO / RJ

MENDES' fazendo boca de urna no Jacaré, distribuindo notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para os eleitores votarem em MARQUINHOS MENDES, ora denunciado. Um tal de RENATINHO, morador do Jacaré, teria lhe oferecido, na ocasião, R\$ 200,00 (duzentos reais) para que votasse em MARQUINHOS MENDES.

Devido a disputa política acirrada no Município Cabo Frio, entre os candidatos Alair Correa e o ora denunciado, as práticas ilícitas com vista a angariar votos foram corriqueiras, tais como compra de votos, tendo em vista que, no dia da eleição, em diversas escolas municipais e CIEPs, diversos comparsas de MARQUINHOS MENDES entregavam notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e 'santinhos' aos eleitores, bem como realizavam boca de urna e distribuição de carne à população. (...)

Ainda, confirmando a compra de votos em favor do candidato MARQUINHOS MENDES, é esclarecedor o depoimento de ANDERSON RIBEIRO ORSIDA, que no dia das eleições, viu um cabo eleitoral com um 'botom' de MARQUINHOS MENDES ir até um veículo Citroen C4, PLACA HHB-9992 e pegar um 'bolo' de dinheiro, para ato seguinte, distribuir aos eleitores para que votassem em MARQUINHOS MENDES (...).

O próprio MARQUINHOS MENDES, ora denunciado, esteve presente na Escola Municipal Palmira Bessa, abordando alguns eleitores, inclusive a eleitora THEREZA SUELY BARILE CAZAR (...), permanecendo do lado de fora da escola com seus cabos eleitorais fazendo boca de urna" (Evento 20, fls. 6-7).

3. Em 30.1.2013, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro recebeu a denúncia:

"Denúncia. Crime de corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral). Presentes indícios de autoria e prova da materialidade. Exposição adequada e suficiente da prática da conduta reputada criminosa e do contexto em que teria ocorrido, conforme exigido pela art. 357, § 2º, do Código Eleitoral. Princípio do in dubio pro societate. Recebimento da denúncia" (Evento 21, fl. 105).

AP 937 QO / RJ

4. Em 24.4.2013, por não mais ocupar o Réu o cargo de Prefeito de Cabo Frio/RJ, foi declinada a competência do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro para o Juízo da 256ª Zona Eleitoral (Evento 21, fl. 138).

A ação penal foi autuada com o número 8352-95.2009.6.19.0000.

5. A defesa impetrou, no Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, o *Habeas Corpus* n. 224-47.2013.6.19.0000, pretendendo o *“trancamento da Ação Penal nº 8352-95.2009.6.19.0000, em trâmite perante a 256ª Zona Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro”* (Evento 21, fl. 231).

Alegou inépcia da denúncia e *“nulidade do recebimento da denúncia por esta Corte Regional em 30/01/2013, haja vista que, à ocasião, o paciente havia deixado o cargo de Prefeito do município de Cabo Frio, de modo que não mais detinha foro por prerrogativa de função”* (Evento 21, fl. 231).

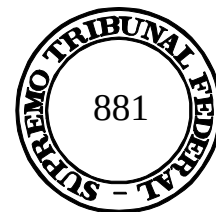
6. Em 14.10.2013, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro concedeu parcialmente a ordem *“para decretar a nulidade da decisão que recebeu a denúncia, bem como de todos os atos que lhe sucederam, especialmente a designação da Audiência de Instrução e Julgamento”* (Evento 21, fl. 235), em julgado assim ementado:

“Habeas Corpus. Trancamento da ação penal. Medida excepcional que apenas tem lugar diante de manifesto constrangimento ilegal.

1. Inépcia da inicial. Não configuração. A denúncia contém todos os elementos previstos pelo art. 357, § 2º, do Código Eleitoral. Inocorrência de violação ao contraditório e fi ampla defesa.

II. Nulidade da decisão que recebeu a denúncia. Incompetência absoluta do Tribunal Regional Eleitoral, uma vez que o paciente já não ocupava cargo que lhe deferia foro por prerrogativa de função. Vício que deve ser sanado com a decretação da nulidade do recebimento da denúncia e todos os atos que lhe sucederam.

III. Concessão parcial da ordem” (Evento 21, fl. 230).

**AP 937 QO / RJ**

7. Em 14.4.2014, o Juízo da 256ª Zona Eleitoral – Cabo Frio/RJ proferiu nova decisão de recebimento da denúncia, persistindo o processamento da ação penal em primeira instância (Evento 21, fls. 239-240).

8. A instrução foi encerrada em primeira instância com a oitiva das testemunhas e o interrogatório do réu (Evento 23, fls. 66-78), tendo as alegações finais sido apresentadas pelas partes (Evento 23, fls. 80-99 e fls. 107-124).

9. Em 10.2.2015, o réu tomou posse como Deputado Federal (Evento 23, fl. 129), na condição de suplente. O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro declinou da competência e remeteu a ação penal para este Supremo Tribunal (Evento 23, fl. 137).

10. Tem-se nos autos:

“5. Quase um ano depois, em 14.04.2016, Marcos da Rocha Mendes se afastou do mandato, uma vez que os deputados eleitos reassumiram seus cargos. Dias depois, em 19.04.2016, o réu, mais uma vez, assumiu o mandato de Deputado Federal. Já em 13.09.2016, ele foi efetivado no mandato, em virtude da perda de mandato do titular, o Deputado Eduardo Cunha.

6. Finalmente, Marcos da Rocha Mendes foi eleito Prefeito de Cabo Frio e renunciou ao mandato de Deputado Federal para assumir a Prefeitura, em 1.01.2017” (Evento 2, fl. 2).

11. O Relator desta ação penal, Ministro Roberto Barroso, submete ao Plenário do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de interpretação restritiva das normas constitucionais quanto à prerrogativa de foro:

“13. A tese a ser debatida limita a aplicação do foro por prerrogativa de função, perante o Supremo Tribunal Federal, às acusações por crimes cometidos no cargo e em razão do cargo ao qual a Constituição assegura este foro especial. Se o fato imputado, por exemplo, foi praticado anteriormente à investidura no mandato de

AP 937 QO / RJ

parlamentar federal, não se justificaria a atribuição de competência ao STF. No presente processo, por exemplo, a infração imputada foi praticada quando o réu era candidato a Prefeito Municipal, e não no exercício do seu atual mandato de Deputado Federal. Trata-se de debater o sentido, o alcance, os limites e as possibilidades interpretativas dos dispositivos constitucionais que cuidam da matéria.

14. Esta interpretação já foi defendida publicamente pelo decano do Tribunal, Ministro Celso de Mello. Em entrevista publicada na Folha de São Paulo, de 26.02.2012, assim se manifestou S. Exa.:

‘A minha proposta é um pouco radical, porque proponho a supressão pura e simples de todas as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal.

Mas, para efeito de debate, poderia até concordar com a subsistência de foro em favor do presidente da República, nos casos em que ele pode ser responsabilizado penalmente, e dos presidentes do Senado, da Câmara e do Supremo. E a ninguém mais.

Eu sinto que todas as autoridades públicas não de ser submetidas a julgamento, nas causas penais, perante os magistrados de primeiro grau.

(...) mas isso em termos de formulação de novas regras constitucionais, a depender, portanto, de uma proposta de emenda constitucional que seja apresentada ao Congresso.

Mas acho que o STF talvez devesse, enquanto a Constituição mantiver essas inúmeras hipóteses de prerrogativa de foro, interpretar a regra constitucional nos seguintes termos: enquanto não for alterada a Constituição, a prerrogativa de foro seria cabível apenas para os delitos cometidos em razão do ofício.

Isso significa que atuais titulares de cargos executivos, judiciários ou de mandatos eletivos só teriam prerrogativa de foro se o delito pelo qual eles estão sendo investigados ou processados tivessem sido praticados em razão do ofício ou no desempenho daquele cargo’. (grifos acrescentados).

15. A tese recebeu apoio doutrinário relevante. Com efeito, escreveu o Professor Daniel Sarmento:

‘Aliás, se o foro por prerrogativa de função não constitui um

AP 937 QO / RJ

privilégio estamental ou corporativo, mas uma proteção outorgada às pessoas que desempenham certas funções, em prol do interesse público, não há porque estendê-lo para fatos estranhos ao exercício destas mesmas funções. Assim, também o argumento teleológico justifica a exegese restritiva que ora se propõe'.[2] (...)

16. Entendo, portanto, que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal deve se manifestar sobre a possibilidade de conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar tais competências jurisdicionais aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo. Essa interpretação se alinha com o caráter excepcional do foro privilegiado e melhor concilia o instituto com os princípios da igualdade e da república. Além disso, é solução atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, com maior aptidão para tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e efetivo".

12. Analisados os elementos constantes dos autos, apresento voto.

13. A jurisdição é una e monopólio do Estado. Não é exercida, contudo, por um único magistrado. Por isso a necessária repartição de competências, que garante a segurança jurídica do cidadão na concretude do princípio do juízo natural.

Fernando da Costa Tourinho Filho leciona que:

"Embora a jurisdição seja una, como poder soberano do Estado, é evidente que não pode ser exercida ilimitadamente por qualquer Juiz. Se a área do Estado fosse por demais exígua e a população diminuta, tal qual ocorre com pequenos municípios, seria compreensível que um ou dois Juízes fossem suficientes para dirimir todos os litígios que ali ocorressem. Todavia, nas sociedades modernas, conforme observa Lascano, não é concebível um juízo único. Pelo contrário: exigidos são muitos Órgão Jurisdicionais, em relação à quantidade da população, extensão territorial e número extraordinário de lides e controvérsias.

Por outro lado, o problema criado pela vastidão territorial, pela

AP 937 QO / RJ

quantidade da população e pelo número assombroso de litígios (dos mais simples aos mais complexos) não seria solucionado apenas com a criação de numerosos Órgão Jurisdicionais. Do contrário, eles julgariam toda e qualquer controvérsia que surgisse em qualquer ponto do território nacional. O Estado, pois, partindo das vantagens que a divisão do trabalho proporciona, limitou o Poder Jurisdicional desses órgãos. Todos eles exercem o poder jurisdicional, mas dentro de certos limites delineados na lei, daí derivando o conceito de competência, que se define como 'medida da jurisdição', para significar precisamente a porção do Poder Jurisdicional que cada órgão pode exercer.

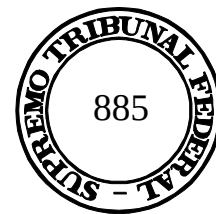
Pode-se, pois, conceituar a competência como sendo o âmbito, legislativamente delimitado, dentro do qual o órgão exerce o seu Poder Jurisdicional" (Tourinho Filho, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001. fls. 201-202).

14. O foro por prerrogativa de função foi estabelecido pelo Poder Constituinte originário pela relevância de determinadas funções e cargos públicos, exercidos nos três poderes da República. Concluiu-se pela necessidade de foros específicos para o processo e julgamento de infrações penais praticadas por ocupantes de alguns cargos ou funções, tendo em vista o impacto político que eventuais decisões judiciais poderiam deflagrar.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira:

"Optou-se, então, pela eleição de órgãos colegiados do Poder Judiciário, mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que frequentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira" (de Oliveira, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. fl. 187).

No mesmo sentido, por exemplo, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues

**AP 937 QO / RJ****Alencar:**

“Determinadas pessoas, em razão da alta relevância da função que desempenham, têm direito ao julgamento por órgão de maior graduação. Permite-se, assim, enaltecer a função desempenhada, e evitar as pressões indiretas que poderiam ocorrer se as diversas autoridades fossem julgadas pelos juízes de primeiro grau” (Távora, Nestor e Alencar, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. fl. 275).

Assim, “a prerrogativa de função do agente pode alterar fundamentalmente a eleição do foro competente para apurar a infração cometida. A regra geral é que o delinquente seja punido no local do crime, pois aí está o maior abalo à comunidade. Entretanto, conforme a situação específica em que se encontre, há alteração da regra geral. É o que ocorre com o agente investido em particular função” (Nucci, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Fl. 248).

Entretanto, o tratamento diferenciado não é dispensado à pessoa, mas sim à função ou cargo público exercido por ela. Fosse para distinguir pessoa ter-se-ia estabelecido privilégio incompatível com o princípio republicano.

Nesse sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho:

“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 processadas e julgadas como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas pelos órgãos superiores, de instância mais elevada.

Pondere-se, contudo, que tal tratamento especial não é dispensado à pessoa, mas sim ao cargo, à função. E tanto isso é exato que, cessada a função, desaparece a prerrogativa” (Tourinho Filho, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001. fl. 221).

15. Fixadas essas premissas básicas, tem-se que a Constituição da

AP 937 QO / RJ

República estabelece normas não exaurientes quanto ao alcance do foro por prerrogativa de função, as quais precisam ser submetidas à interpretação judicial.

Ensina Paulo Bonavides:

“Interpretação, no entendimento clássico de Savigny, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro.

Trata-se evidentemente de operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa.

Busca a interpretação portanto estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito. Questiona a lei, não o direito. Objeto de interpretação é, de modo genérico, a norma jurídica contida em leis, regulamentos ou costumes. Não há norma jurídica que dispensa interpretação.

Por onde se conclui improcedente o aforismo romano ‘in claris non fit interpretatio’. Este, pelo menos, é o parecer de Nawiasky, Carbone e Somlo.

Em verdade, a interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. Esse aspecto Felice Battaglia retratou com rara limpidez: ‘O momento da interpretação vincula a norma geral às conexões concretas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema’” (Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. fls. 437-438).

E da lavra de José Joaquim Gomes Canotilho:

“Interpretar uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada. Sugere-se aqui três dimensões importantes da interpretação da constituição: (1) interpretar a constituição significa procurar o direito contido nas normas constitucionais; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma actividade – actividade complexa – que se

AP 937 QO / RJ

traduz fundamentalmente na adscrição de um significado a um enunciado ou disposição linguística; (3) o produto do acto de interpretar é o significado atribuído” (Canotilho, J. J. G. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. Fl. 202).

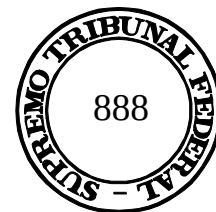
16. A necessidade de interpretação de norma constitucional que trata do foro por prerrogativa de função não é questão nova neste Supremo Tribunal, tendo sido provocado algumas vezes, sendo possível constatar que a jurisprudência oscilou e alterou-se ao longo do tempo.

17. No julgamento do *Habeas Corpus* n. 35.501, Relator o Ministro Ary Franco, 21.10.1957, RTJ 4/63, o Plenário do Supremo Tribunal assentou: “(...) *Praticado o crime na função e em razão da função, embora deixando depois o cargo, deve subsistir o foro por prerrogativa de função. Aplicação do art. 87 do Cód. Proc. Penal*”.

Ao proferir o voto condutor, como Relator da Reclamação n. 473, o Ministro Victor Nunes afirmou então: “*Segundo os arts. 92 e 101, I, letra c, da Constituição, compete ao Supremo Tribunal processar e julgar, originariamente, ‘os Ministros de Estado (...), assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade’, salvo, em relação a estes, quando houver conexão com crimes de responsabilidade do Presidente da República. Tem afirmado o Supremo Tribunal, em decisões mais recentes (...), que a essa jurisdição especial estão sujeitos também os ex-Ministros, desde que o fato imputado corresponda ao período de exercício do cargo*” (Rcl n. 473, Plenário, Relator Ministro Victor Nunes, julgado em 31.1.1962).

18. Esses e outros precedentes levaram à edição da Súmula n. 394 do Supremo Tribunal Federal, aprovada na sessão do Plenário de 3.4.1964, na qual se dispõe: “*Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício*”.

Esse verbete assegurava, portanto, a *perpetuatio jurisdictionis*, ao

**AP 937 QO / RJ**

estabelecer a continuidade da competência do foro por prerrogativa de função, desde que o delito tivesse sido praticado no exercício da função e em razão dela.

19. Na sessão de 1.10.1964, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula n. 451, na qual se tem: *“A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional”*.

20. Em 25.8.1999, na vigência da atual ordem constitucional, a Súmula n. 394 foi cancelada pelo Plenário, ao julgar a Questão de Ordem no Inq. 687, Relator o Ministro Sidney Sanches:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU. NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394. 1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, ‘cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício’. 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expensas, pois, no art. 102, I, ‘b’, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar ‘os membros do Congresso Nacional’, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, ‘b’ e ‘c’). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o

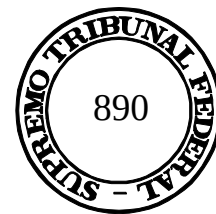
AP 937 QO / RJ

exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou” (Inq. 687 – QO, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ 9.11.2001).

21. Com esse julgamento, o Supremo Tribunal definiu que o foro por prerrogativa de função subsiste apenas quando e enquanto o agente se mantém na titularidade do cargo ou função ou em seu exercício.

22. Entretanto, buscando restabelecer o disposto na Súmula n. 394 deste Supremo Tribunal, foi editada a Lei n. 10.628/2002, que modificava o art. 84 do Código de Processo Penal para inserir dois parágrafos:

“§ 1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o

**AP 937 QO / RJ**

inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

23. Este Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade dessa lei ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006:

“(...) III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei

AP 937 QO / RJ

ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou

AP 937 QO / RJ

explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado”.

24. Na presente questão de ordem, este Supremo Tribunal deve se manifestar sobre a possibilidade de nova interpretação restritiva do instituto do foro por prerrogativa de função, observados princípios constitucionais aparentemente conflitantes.

Doutrina José Joaquim Gomes Canotilho:

“Interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional.

A interpretação jurídico-constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição. Esta interpretação faz-se mediante a utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendem

AP 937 QO / RJ

objectivos, transparentes e científicos (teoria ou doutrina da hermenêutica).

Interpretar a constituição é uma tarefa que se impõe metodicamente a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração, tribunais). Todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar devem: (1) encontrar um resultado constitucionalmente justo através da adopção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar este resultado também de forma racional e controlável (Hesse). Considerar a interpretação uma tarefa, significa, por conseguinte, que toda a norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa" (Canotilho, J. J. G. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. Fls. 208 e 209).

E, ainda, na lição de Paulo Bonavides:

"A interpretação da constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional. O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional.

(...)

Evidentemente, quando o sistema entra em crise e demanda rápidas reformas, todo o edificio constitucional estremece. Suscita-se então o problema de acomodar a Constituição com a realidade a que ela responde ou serve de instrumento.

Quanto mais rígida a Constituição, quanto mais dificultosos os obstáculos erguidos a sua reforma, mais avulta a importância da interpretação, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos, em ordem a fazer possível uma perfeita acomodação do estatuto básico às exigências do meio político e social. Do contrário, com a Constituição petrificada, teríamos a rápida acumulação de elementos de crise, que sempre prosperam e rompem, por vias extraconstitucionais, o dique de formalismos e artifícios levantados nos textos pela técnica das Constituições. Desaconselhada a operação

AP 937 QO / RJ

constituente direta, em razão dos traumas que pode acarretar, ou bloqueado pela rigidez do processo revisor o apelo ao poder constituente, só resta a via hermenêutica como a mais desimpedida de obstáculos à preservação da ordem constitucional. Ocorre então a mudança tácita da Constituição por obra de intérpretes.

Excluída a via excepcional do golpe de Estado ou do apelo extremo aos recursos revolucionários, a ordem constitucional, quando se lhe depara o imperativo de renovação a que se acha sujeita, pode perfeitamente atender essa necessidade por três caminhos normais: o estabelecimento de uma nova Constituição, a revisão formal do texto vigente e o recurso aos meios interpretativos.

Mediante o emprego de instrumentos de interpretação, logram-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais sem que todavia se faça mister modificar-lhe o respectivo teor. De sorte que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social” (Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. fls. 458-459).

25. Numa interpretação extensiva, o foro por prerrogativa de função seria aplicado em qualquer situação, desde que a pessoa ocupasse a função ou o cargo a ser resguardado. Quer-se dizer, mesmo que a infração penal tivesse sido praticada antes do exercício ou o fato incriminado não detivesse relação com o mister público, o foro competente seria o especial.

A hermenêutica mais restritiva conduz a que somente seria submetido a processo e julgamento no foro por prerrogativa de função a pessoa que praticasse a infração penal no exercício do cargo ou função em que está investida e desde que essa infração tivesse relação com o desempenho público exercido.

26. Para estabelecer qual das interpretações melhor se conforma ao espírito e ao texto constitucional, necessário, primeiro, valer-se do

AP 937 QO / RJ

método lógico-sistemático, para se concluir pela melhor exegese das normas constitucionais que cuidam do foro por prerrogativa de função.

Paulo Bonavides explica que aquele método:

“A interpretação sistemática veio completar a interpretação lógica, representando, por conseguinte, um alargamento das potencialidades cognitivas contidas naquela forma de interpretação assente na ratio; ambas entram assim a compor a categoria hermenêutica denominada lógico-formal.

A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema.

É a interpretação lógico-sistemática instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas. Sua atenção recai sobre a norma jurídica, tomando em conta, como já evidenciara Enneccerus ‘a íntima conexão do preceito, do lugar em que se acha e da sua relação com os demais preceitos’, até alcançar ‘o laço que une todas as regras e instituições num todo coerente.

É possível assim com o emprego dos elementos lógicos disponíveis e dos princípios mais gerais e abstratos do sistema elucidar a norma, objeto de interpretação” (Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. fl. 445).

27. Nessa perspectiva sistemática resta claro que dois princípios constitucionais estão em aparente conflito: o da igualdade e o da proteção dos princípios como o republicano que preservam a função pública.

Pelo princípio da igualdade deve ser conferido tratamento igual aos que em situação igual estejam, dando-se desigual tratamento aos que em situação desigual estejam, na medida de sua desigualdade.

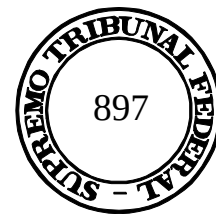
AP 937 QO / RJ

Guilherme de Souza Nucci posiciona-se contrário ao foro por prerrogativa de função, por entender haver ofensa ao princípio da igualdade:

“Se todos são iguais perante a lei, seria preciso uma particular e relevante razão para afastar o criminoso do seu juiz natural, entendido este como o competente para julgar todos os casos semelhantes ao que foi praticado. Não vemos motivo suficiente para que o Prefeito seja julgado na Capital do Estado, nem que o juiz somente possa sê-lo pelo Tribunal de Justiça ou o desembargador pelo Superior Tribunal de Justiça e assim por diante. Se à justiça cível todos prestam contas igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a justiça criminal. (...) Neste prisma, sustenta Marcelo Semer que ‘o foro privilegiado para julgamentos criminais de autoridades é outra desigualdade que ainda permanece. Reproduzimos, com pequenas variações, a regra antiga de que fidalgos de grandes estados e poder somente seriam presos por mandados especiais do Rei. É um típico caso em que se outorga maior valor à noção de autoridade do que ao princípio da isonomia, com a diferença de que hoje a igualdade é um dos pilares da Constituição. (...) Competência processual não se deve medir por uma ótica militar ou por estrato social. Autoridades que cometem crimes devem ser julgadas como quaisquer pessoas, pois deixam de se revestir do cargo quando praticam atos irregulares. (...) O foro privilegiado, tal qual a prisão especial, é herança de uma legislação elitista, que muito se compatibilizou com regimes baseados na força e no prestígio da autoridade’ (A síndrome dos desiguais, p. 11-12)” (Nucci, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Fls. 249-250 – grifos nossos).

Quanto à proteção da função pública, o poder do Estado é exercido pelos seus agentes, investidos de garantias para executar fielmente e com impessoalidade as funções estatais. Entre essas garantias tem-se o foro por prerrogativa de função.

Essa prerrogativa foi constitucionalmente prevista pelo Poder

**AP 937 QO / RJ**

Constituinte originário, pelo que não se há cogitar de sua inconstitucionalidade.

Nesse sentido:

“EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido” (ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 10.5.1996).

28. O que se tem é, pois, aparente conflito de normas nas quais se contém o princípio da igualdade dos indivíduos e o da proteção da função pública pelo foro por prerrogativa de função, princípios previstos originariamente da Constituição da República, o que deve ser resolvido pela ponderação e harmonização dos valores tutelados.

Argumenta José Joaquim Gomes Canotilho:

AP 937 QO / RJ

“O fato de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários actores sociais, transportadores de ideias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados a até antagônicos ou contraditórios. O consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador.

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do tudo ou nada, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso.

(...)

Ponderar princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor os princípios conflitantes. Harmonizar princípios equivale a uma contemporização ou transacção entre princípios de forma a assegurar, nesse caso concreto, a aplicação coexistente dos princípios em conflito. Por isso, a ponderação reconduz-se, no fundo, com já foi salientado na doutrina (Guastini), à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes. Hierarquia, porque se trata de estabelecer um peso ou valor maior ou menor entre princípios. Móvel, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverte-se noutro caso. A importância que, ultimamente, é atribuída à ponderação de bens constitucionais radica, como se disse, na natureza tendencialmente principal de muitas normas jurídico-constitucionais. O apelo à metódica da ponderação é,

AP 937 QO / RJ

afinal, uma exigência de solução justa de conflitos entre princípios. Nesse sentido se pôde afirmar recentemente que a ponderação ou o balancing ad hoc é a forma característica de aplicação do direito sempre que estejam em causa normas que revistam a natureza de princípios. A dimensão de ponderabilidade dos princípios justifica a ponderação com método de solução de conflito de princípios” (Canotilho, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. Fls. 1182 e 1241).

Comprovando-se colisão entre direitos protegidos pela Constituição o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado como critério interpretativo, para se estabelecer qual interpretação conduz à harmonização dos direitos, conferindo-se aos bens jurídicos conflitantes eficácia máxima:

“(...) para que possa fazer uma avaliação sobre qual direito fundamental deverá ter prevalência em caso de conflito, o aplicador do direito deverá fazer uma avaliação equacionada da situação (do caso concreto) objetivando verificar se de fato a medida original a ser adotada apresenta uma leitura que considera o direito fundamental preservado mais importante do que o seu rival, uma vez que traria um benefício superior para a comunidade do que se adotasse uma interpretação que voltasse para a maior proteção do outro direito fundamental” (Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 5ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm. Fls. 234 e 235).

Anota Paulo Bonavides:

“Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

AP 937 QO / RJ

Contudo, situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se acham em antinomia, têm revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade.

Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma da Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano – chega-se de necessidade ao ‘princípio da concordância prática’, cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião” (Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. fl. 445).

29. O princípio central do constitucionalismo adotado no Brasil da igualdade de todos na lei impede a distinção sem causa e a diferenciação entre os indivíduos deve ser excepcionalíssima e feita com excepcional cuidado e restrição.

Aplicando-se à jurisdição, tem-se serem todos obrigados a se submeterem ao poder jurisdicional do Estado, exercido inicialmente pelo juiz de primeiro grau e, apenas excepcionalmente, por Tribunal.

Assim, havendo mais de uma interpretação possível da norma constitucional que estabelece o foro por prerrogativa de função, sendo uma extremamente abrangente e outra mais restritiva, deve-se acatar a interpretação mais restritiva, porque é ela que melhor se conforma ao princípio da igualdade e à excepcionalidade, por certo, da distinção formulada.

Outra interpretação conduziria a especialidade do foro a

AP 937 QO / RJ

transcender a esfera da prerrogativa transmudando-se para a categoria de privilégio, benefício pessoal incompatível com o princípio da igualdade, com o republicano, comprometendo-se até o princípio da democracia.

Para que a prerrogativa de foro especial atenha-se à finalidade protetiva da função ou do cargo público e não se converta em privilégio do seu ocupante, imprescindível que somente atenda ao titular que praticar a infração penal no exercício do cargo ou função em que está investida, sendo a infração relacionada com o desempenho público de seu dever.

31. Os atos relativos ao desempenho de ofício público estatal merecem proteção específica, os pessoais devem ater-se ao que recebem todos os cidadãos em igualdade de condições. O sistema constitucional não permite se privilegie alguém pelo exercício de cargo de autoridade em detrimento da isonomia dos indivíduos.

Portanto, a interpretação constitucional mais consentânea com os princípios constitucionais quanto à extensão do foro por prerrogativa de função afirma-se quanto à sua adoção relativamente e tão somente quanto às infrações penais que respeitem à função pública e tenham sido praticados os atos questionados no seu exercício. Por exemplo, suspeita de prevaricação de servidor deve ser submetida ao foro por prerrogativa de função. Entretanto, inexistente razão jurídica que fundamente a prevalência daquele foro quando o delito tenha sido praticado sem relação como o mister público, ainda que investido o autor da prática em cargo ou função pública, o que ocorre, por hipótese, no caso de lesão corporal praticada por um parlamentar.

32. Frise-se que, ao contrário do que expressam algumas correntes doutrinárias, não se há cogitar de inversão da hierarquia, risco de pressões externas ou impacto político das decisões dos juízes de primeiro grau, como disserta, por exemplo, Guilherme de Souza Nucci:

“O fato de se dizer que não teria cabimento um juiz de primeiro

AP 937 QO / RJ

grau julgar um Ministro de Estado que cometa um delito, pois seria uma 'subversão de hierarquia' não é convincente, visto que os magistrados são todos independentes e, no exercício de suas funções jurisdicionais, não se submetem a ninguém, nem há hierarquia para controlar o mérito de suas decisões. Logo, julgar um Ministro de Estado ou um médico exige do juiz a mesma imparcialidade e dedicação, devendo-se clamar pelo mesmo foro, levando em conta o lugar do crime e não a função do réu. (...) O juiz de 2º grau está tão exposto quanto o de 1º grau em julgamentos dominados pela política ou pela mídia. Por outro lado, caso o magistrado de 1º grau, julgando um Governador, por exemplo, sofresse algum tipo de pressão, poderia denunciar o caso, o que somente seria prejudicial a quem buscou influenciar o julgador. Por outro lado, caso se deixe levar pela pressão e decida erroneamente, existe o recurso para sanar qualquer injustiça. Enfim, a autoridade julgada pelo magistrado de 1º grau sempre pode recorrer, havendo equívoco na decisão, motivo pelo qual é incompreensível que o foro privilegiado mantenha-se no Brasil" (Nucci, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Fl. 249).

33. Imprescindível interpretação restritiva dos dispositivos constitucionais que tratam da competência por prerrogativa de função, porque exegese extensiva privilegiaria a pessoa, não resguardaria o cargo, cuidado insustentável no Estado Democrático de Direito.

34. De se realçar ademais que, pela jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, encerrado o exercício do cargo motivador da especialidade do foro por prerrogativa de função, a competência deve ser declinada:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 1º, II E XIII, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 E NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. TÉRMINO DO MANDATO ELETIVO. PERDA DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

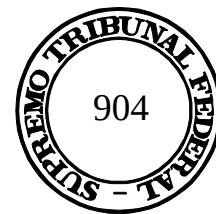
AP 937 QO / RJ

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” (ARE 957056 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 30.5.2016).

35. No caso em exame, o réu renunciou ao mandato de Deputado Federal para assumir a Prefeitura de Cabo Frio. Não está caracterizado o abuso de direito, que levaria à manutenção da competência deste Supremo Tribunal para o julgamento do feito, como ficou decidido no julgamento da Ação Penal n. 396, de minha relatoria:

“QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO: RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONTINUIDADE DO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL, DE INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL, DE CRIME POLÍTICO, DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE CONEXÃO E DE CONTINÊNCIA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE. 1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. 2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal” (DJe 28.4.2011).

36. De se analisar a tese de perpetuação da jurisdição deste Supremo



AP 937 QO / RJ

Tribunal por ter a cessação do mandato ocorrido após o término da instrução processual.

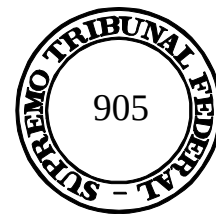
Anoto que, na espécie vertente, o término da instrução criminal ocorreu junto ao juízo de primeiro grau e não neste Tribunal constitucional.

De ser aplicado, portanto, o art. 399, §2º, do Código de Processo Penal:

“ O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

37. Pelo exposto, voto no sentido de resolver a questão de ordem para interpretar restritivamente o instituto do foro por prerrogativa de função e definir sua incidência apenas nos casos de delitos cometidos no exercício da função ou do cargo e estritamente relacionados ao seu desempenho, valendo enquanto o réu permanecer no exercício do mister público, ressalvada a validade de todos os julgamentos proferidos nos termos da jurisprudência anterior.

No caso em apreço, os autos devem ser remetidos ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, porque a alegada infração penal teria sido praticada fora do exercício do cargo e a instrução processual foi encerrada naquele juízo.



01/06/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminente Ministro-Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, eminente Ministro-Vistor, Ministro Alexandre de Moraes, eminente Colegas, eu gostaria de apenas fazer um registro e também de pedir uma determinada permissão a este Colegiado.

No dia de ontem, quando se discutia a ordem da votação, eu havia anunciado que já tinha o voto, como de fato eu tenho uma reflexão de algumas trez e pouco dezenas de páginas, sobre essa matéria, que é uma matéria, como se observou, de uma relevância imensa, pela lucidez do voto do eminente Relator e pela problematização que, na tarde de hoje, o eminente Ministro-Vistor, do seu ponto de vista, trouxe à colação.

De ontem para hoje, eu fiz uma síntese, até porque, hipoteticamente, eu iria começar a pronunciar-me, eventualmente, ao início da Sessão, dessas formulações e gostaria de verificar, se assim parecer bem, com a licença do eminente Relator e do eminente Ministro-Vistor, deixar como uma contribuição ao debate, sem necessariamente adiantar o voto, essas reflexões que trago à colação - inclusive ao Ministro Marco Aurélio, que acaba de pronunciar seu voto -, eis que aqui se contém, em dezesseis itens de três páginas, um conjunto de argumentos que emergem da percepção que tenho sobre essa matéria.

Creio mesmo que, aqui, na ambiência do Colegiado, tenho procurado apreender e aprender com os meus ilustres Pares, que, ao se trazer uma determinada proposta, inicia-se um debate, a partir do qual, inclusive com voto-vista ou não, arremata-se para uma conclusão que também há de ser uma conclusão colegiada. Embora um de nós figure como Relator, a conclusão, ao fim e ao cabo, é da unanimidade ou da maioria deste Supremo Tribunal Federal.

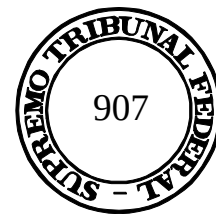
Nessas reflexões que aportam uma síntese de argumentos - que, se Vossas Excelências me derem licença, deixaria à leitura de Vossas

AP 937 QO / RJ

Excelências, inclusive, do eminente Relator e do eminente Ministro-Vistor -, exponho, como ver-se-á ali, um determinado ponto de vista, mas, também em homenagem à colegialidade, ao debate que nós vamos prosseguir assim que retornar a vista do Ministro Alexandre de Moraes, partindo de uma premissa: de que não está em discussão o foro de prerrogativa por função, mas, sim, a sua amplitude, sua extensão. Na verdade, este é o debate. E a posição que tenho e a premissa não é desconhecida. Aliás, já tive a oportunidade de externar publicamente, essa reflexão, a rigor, subscreve essa ordem de ideias.

Mas, em homenagem a esse sentido de colegialidade e fazendo o registro do que disse ontem, de ter essa reflexão pronta, eu me permito, portanto, aguardar o voto-vista, mas também peço licença para fazer chegar, inclusive, aos que já proferiram voto, essas singelas reflexões. É o registro que eu gostaria de fazer, Senhora Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Agradeço a Vossa Excelência e todos nós nos sentiremos muito honrados e, com toda a certeza, será uma contribuição importante.



01/06/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**OBSERVAÇÃO****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Presidente, eu gostaria de fazer breves considerações.

Primeiro, elogiar o voto do Ministro Alexandre de Moraes, quer dizer, e faço isso muito sinceramente. A vida é feita de diferentes pontos de observação, as pessoas têm circunstâncias diferentes, percepções diferentes da realidade. E devo dizer que eu, inclusive, concordo com Sua Excelência em algumas das suas reflexões. Uma delas, que considero importante, é que a redução drástica do foro, que eu propus e, enfim, gostaria que prevalecesse, não é garantia de solução dos problemas de impunidade. Pelo contrário, eu acho que, em algum lugar do futuro próximo, prevaleça a minha posição, ou prevaleça a deliberação do Congresso para reduzi-lo drasticamente, eu acho que, em algum momento, nós vamos ter que pensar o que é conveniente de se colocar no lugar. Portanto, esta preocupação de que nós poderemos tirar um problema - porque é um problema - do colo do Supremo, sem, necessariamente, resolvê-lo, eu também tenho e acho que nós vamos ter que pensar isso logo ali na frente.

O que eu gostaria de assinalar são três pontos muito objetivos, sem a preocupação de refutar, apenas pontuar ideias minhas. Quer dizer, a vida tem uma dimensão real e uma dimensão simbólica. Quando um agente público que ocupa um cargo relevante comete um crime, seja de corrupção ativa, seja de corrupção passiva, seja de lavagem de dinheiro, e escapa incólume, esta é uma grave lesão à dimensão simbólica da Justiça e descumpre este papel do Direito Penal, que eu considero muito importante, que é o da prevenção geral, que é o de se saber que quem comete fatos delituosos irá ser punido. Portanto, eu acho que a prevalência do foro, como está, e que, por vezes, figuras notórias escapam ilesas, compromete simbolicamente a Justiça. Essa era a primeira

AP 937 QO / RJ

observação.

A segunda observação, a propósito do que disse o Ministro Dias Toffoli, que é um querido Colega e um efficientíssimo Ministro, como nós todos sabemos, a questão não é de eficiência. Acho que todos nós temos gabinetes relativamente em dia em relação às ações penais e aos inquéritos. Não é uma questão de eficiência; é uma questão de princípio, porque, se alguém tem a proteção do foro por prerrogativa fora das situações em que esteja desempenhando uma função pública, aí, o foro passa a ser um privilégio pessoal, e o privilégio pessoal contraria a ideia de República e a ideia de igualdade.

E a solução, a Fundação Getúlio Vargas - enfim, cada um trabalha números e estatísticas do seu ponto de observação, e eu respeito todas as opiniões -, mas eu acompanho o "Supremo em Números", da Fundação Getúlio Vargas, desde a primeira edição, e são números que me ajudam imensamente, na minha produção acadêmica, a compreender o Supremo. E a Fundação Getúlio Vargas, nessa pesquisa, diz - e acho que está correta - que, em duas de cada três ações penais, o mérito da acusação sequer chega a ser avaliado pelo Supremo em razão do declínio de competência - quase 64% - ou da prescrição - cerca de 5%. Portanto, não importa que o Gabinete seja eficiente, o sistema funciona mal, porque a gente trabalha à toa, pois, na maior parte dos casos, não se produz um resultado ao final do nosso trabalho.

E, por fim, Presidente, apenas para reiterar, com todo o respeito: se não fizesse diferença o foro privilegiado, não haveria esse empenho em manter - isso é multipartidário, a grande vantagem dessa crise brasileira e da corrupção sistêmica é que não dá para apontar o dedo para um e para outro, não foram falhas pontuais, foram falhas institucionalizadas de arrecadação e de distribuição por tanta gente, que é impossível não sentir vergonha pelo que aconteceu no Brasil. Mas o que nós estamos vendo é que, se não fizesse diferença, se não assegurasse ou impunidade ou, pelo menos, menos celeridade, não haveria essa disputa por ficar em cargos que têm foro no Supremo. E basta abrir os jornais para saber que manter a jurisdição do Supremo é uma benção, porque se supõe, a meu ver, com

AP 937 QO / RJ

acerto, que a jurisdição de Primeiro Grau vai ser mais ágil e mais eficiente, quando, de resto, já existem mais de 140 condenações, quase todas mantidas pelas instâncias superiores.

Portanto, respeitando todos os pontos de vista, eu acho que não há argumento capaz de desfazer a realidade óbvia de que, por lei, medida provisória ou nomeações, quer-se assegurar o foro no Supremo, e há de haver alguma razão para isso.

Muito obrigado, Presidente!

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Presidente, Vossa Excelência me permite uma pequena observação?

Ministro Luís Roberto, lembra-se Vossa Excelência de que, na Primeira Turma, estivemos – não me lembro se no ano passado ou ainda no anterior – a examinar um caso de suposta aplicação da Lei Maria da Penha em função do foro por prerrogativa de função? Não tem cabimento!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Nada justifica!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O próprio Plenário, certa vez, contra o meu voto, deixou de receber denúncia, embora existente laudo do Instituto de Criminalística que revelava lesões corporais, a envolver a Lei Maria da Penha.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937**

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RÉU(É) (S) : MARCOS DA ROCHA MENDES

ADV.(A/S) : CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO (73969/RJ)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), resolvendo questão de ordem com a fixação das seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo", com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, e, pelo réu, Marcos da Rocha Mendes, o Dr. Carlos Magno Soares de Carvalho. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 31.05.2017.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, acompanhando em parte o Ministro Relator, e os votos das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia (Presidente), acompanhando o Ministro Relator, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 1º.6.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, peço a palavra apenas para explicitar, mais uma vez, o voto.

Acredito que o pronunciamento do Ministro Relator implica releitura da Constituição Federal, interpretação do foro por prerrogativa de função, como deve ocorrer, de forma estrita, não restritiva – porque não se restringe o que está na Lei das leis, que é a Constituição Federal – nem ampliativa.

Divergi em parte do Relator. E o fiz quanto à perpetuação da jurisdição, no que, no passado, em questão de ordem, chegou-se a cancelar verbete que implicava essa prorrogação e a declarar alteração do Código de Processo Penal inconstitucional, no que se previu a perpetuação da competência.

A premissa qual é? É a de que a prerrogativa de foro encerra exceção, e, como exceção, deve ser interpretada de forma estrita. Vale dizer que, havendo a prerrogativa de foro, é definitiva até o término do mandato que a gerou. Caso, posteriormente, aquele que detinha a prerrogativa é eleito para cargo diverso, o fato não implica o deslocamento do processo. Com isso, afasta-se, do cenário jurídico, o denominado elevador processual, o sobe e desce de inquéritos e ações penais. Ou seja, acompanho o Relator no entendimento central. Apenas não subscrevo o enfoque de Sua Excelência quanto à perpetuação da prerrogativa de foro, considerada a fase em que o processo se encontre.



23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Questão de Ordem suscitada em Ação Penal proposta em face de Marcos da Rocha Mendes, pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral).

Na Questão de Ordem, discute-se a possibilidade de conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função aos parlamentares, de modo a limitar a aplicação do foro às acusações por crimes cometidos no exercício do mandato e que digam respeito estritamente ao desempenho do mesmo.

Discute-se, ainda, se deve haver perpetuação de competência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nas hipóteses em que a cessação do mandato ocorra após o término da instrução processual, como na hipótese que obteve repercussão geral.

Na conclusão de seu voto, o ilustre relator, Ministro ROBERTO BARROSO, entendeu, na Questão de Ordem: (a) que o foro por prerrogativa de função aplica-se aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; (b) que após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo; (c) pela aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior.

No mérito, determinou o retorno da ação penal ao Juízo eleitoral de 1ª instância, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido formalizada perante a 1ª instância.

AP 937 QO / RJ

Na sessão do dia 1º de junho de 2017, analisei de maneira fundamentada alguns pontos que me pareceram necessários para a apreciação da presente e importantíssima questão, que, sem detalhá-los novamente, simplesmente enumero para efeitos de coerência lógica da sequência do voto:

(a) A inegável existência de disfuncionalidade no sistema pela extensiva e generosa ampliação da denominada prerrogativa de foro em razão de função, o instituto que é conhecido como “foro privilegiado”, pela Constituição Federal de 1988, que, como venho defendendo há anos, deveria ser alterada pelo Congresso Nacional.

(b) Interpretações extensivas desta CORTE que, ora possibilitaram a atração do foro privilegiado para coautores e partícipes, não somente em casos nos quais o fato criminoso é único, mas também por regras infraconstitucionais de conexão e continência; ora possibilitaram a cada uma das 26 Constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal ampliar as autoridades a serem julgadas originariamente em segunda instância pelos Tribunais de Justiça, com base no artigo 125, § 1º, da Constituição Federal, inclusive, tendo algumas previsto a prerrogativa de foro no Tribunal de Justiça a todos os vereadores.

(c) A inexistência de qualquer pesquisa estatística que compare o grau de efetividade de ações penais contra altas autoridades da República, antes e depois do aumento das hipóteses de “foro privilegiado”, inicialmente pela EC 1/1969 e, depois, confirmado e ampliado pela Constituição de 1988; tampouco pesquisas comparativas sobre a efetividade penal do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em relação à 1ª instância; e, conseqüentemente, não há fundamento técnico-científico para a afirmação de que uma instância jurisdicional é melhor ou pior no combate à corrupção do que as demais. A citada pesquisa da FGV foi comprovadamente errônea, confundindo pedidos de arquivamento, ausência da concessão de prévias licenças das casas parlamentares, com prescrições ocorridas; entre outras questões. Basta verificar que todo ato de corrupção de parlamentares pode gerar dupla responsabilização, em virtude da autonomia das instâncias, a penal e a civil por ato de

AP 937 QO / RJ

improbidade administrativa; estas, de competência originária da 1ª instância, e compararmos quantas condenações definitivas temos com a perda do mandato nesses casos. Não se trata obviamente de nenhuma crítica à primeira instância, mas, sim, de afastar o superficial argumento de que a disfuncionalidade do sistema criminal só atinge o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

(d) A lamentável inexistência de histórico da justiça brasileira, mesmo antes da ampliação do foro privilegiado aos parlamentares com a EC 1/1969 e ampliado com a Constituição de 1988, em responsabilizar criminalmente sua elite política, tanto que vários ditados populares foram criados, tais como “rouba mas faz”, para agentes políticos, e a “justiça criminal só funciona para os 3 Ps”; o que demonstra que não é uma suposta disfuncionalidade do STF que mantém ou amplia a corrupção no país.

(e) A impossibilidade, **seja do ponto de vista histórico, seja do ponto de vista sociológico, ou mesmo jurídico**, do estabelecimento de uma conexão entre impunidade no Brasil e ampliação do foro privilegiado pela Constituição de 1988. Da mesma maneira, a impossibilidade de se estabelecer como consequência do aumento da corrupção no Brasil um eventual desprestígio deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Como salientei anteriormente, ainda é de desconhecimento de muitos críticos do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que, até a promulgação da EC 35/2001, havia a necessidade de prévia licença das Casas Parlamentares para o recebimento de denúncia contra parlamentares, caracterizadora de obstáculo à atuação da CORTE.

(f) Salientei, ainda, **com todo o respeito às opiniões contrárias, que as afirmações ligando o foro privilegiado de parlamentares existente nesta CORTE à impunidade ofendem e acabam por tentar desonrar, injustificadamente, seus Ministros, de ontem e de hoje; o que é absolutamente inaceitável pelo histórico do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; e lembrei que há poucos anos a sociedade clamava ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que não desmembrasse a AP 370 (“Mensalão”) para a primeira instância, sob pena de impunidade e**

AP 937 QO / RJ

prescrição. Afirmava-se que a primeira instância de ontem geraria a impunidade e, portanto, que seria vital ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concentrar todo o processo e julgamento do “mensalão”. Porém, hoje alguns afirmam que a impunidade estará consagrada se o “petrolão” permanecer no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, pois somente a primeira instância é capaz de medidas eficazes e rápidas contra a corrupção. **Erros e exageros, ontem e hoje.** O Poder Judiciário brasileiro é competente e independente em todas as suas instâncias, que precisam de mais estrutura e instrumentos processuais mais modernos para garantir maior celeridade e efetividade na distribuição de Justiça, para todos, e não somente para os casos que terminam com “ão”: “Mensalão”, “Petrolão”.

(g) Acrescento, nesse momento, independentemente da decisão que esta CORTE venha a tomar, que devemos alertar a sociedade sobre as falsas ilusões propagadas em comparações populistas entre as investigações realizadas pela PGR perante o STF e pelo MPF perante a Justiça Criminal de 1ª instância em Curitiba – que, ressalte-se, vem realizando um brilhante trabalho –, com uma eventual mudança de posicionamento da CORTE, pois, mesmo que os parlamentares passem a ser julgados em 1ª instância por determinadas infrações penais, não poderão ser presos temporariamente ou preventivamente, como o que vem ocorrendo com os demais investigados, em face das imunidades previstas pelo texto constitucional.

(h) Após um histórico sobre a previsão do foro por prerrogativa de função desde a Constituição do Império até a Revisão Constitucional de 1993 e a EC 35/2001, lembrando o estilo do **realismo jurídico de um dos grandes nomes da CORTE SUPREMA Norte-Americana, OLIVER HOLMES**, que, inclusive chegou a afirmar “**a vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência**” (HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover, 1991, p. 1), concluí que a experiência brasileira demonstra que alterações bruscas e genéricas de regras de competência acarretam inúmeros recursos protelatórios, prescrições e menos efetividade da Justiça, a partir do que enumerei algumas questões

AP 937 QO / RJ

que considereis essenciais para que a decisão dessa Questão de Ordem fosse específica e não pudesse permitir a suspensão processual, mesmo que temporária, de inúmeras e importantes investigações. Realizarei essa análise a partir de agora para concluir meu voto sobre a questão de ordem.

Anoto, preliminarmente, que a sede processual na qual submetida a matéria à apreciação deste Plenário – Questão de Ordem em Ação Penal – me parece não permitir a discussão de tese jurídica tão ampla referente a todas as hipóteses de prerrogativa de foro, independentemente de a discussão trazida no caso concreto ser referente a situações específicas de detentores de mandatos eletivos e cargos em comissão de investidura provisória.

Como se sabe, a apresentação de questões de ordem para a apreciação do colegiado tem cabimento nas hipóteses de questão procedimental com relação de antecedência lógica e prejudicial ao conhecimento do mérito, normalmente relacionadas à instrução e ao encaminhamento do caso. Embora o juiz natural da causa seja o órgão colegiado, delegam-se ao Relator poderes para o impulso oficial do processo. Nas situações em que, embora a causa ainda não se encontre madura para o julgamento colegiado, **surja questão procedimental cuja solução será influente no modo e condições pelas quais o órgão julgador receberá, ou não, a causa para julgamento**, faculta-se ao Relator a submissão imediata dessa questão ao colegiado, como expresso no art. 21, III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (*Art. 21. São atribuições do Relator: (...) III - submeter ao Plenário, à Turma, ou aos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos processos*).

O que se coloca em julgamento na presente assentada é a possibilidade de edição de um novo entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sobre a interpretação das regras constitucionais que conferem prerrogativas de foro pelo exercício de função pública, especificamente nas regras inscritas no art. 53, § 1º, c/c art. 102, I, “b” e “c”, da Constituição, relacionadas aos titulares de mandatos eletivos e

**AP 937 QO / RJ**

ocupantes de cargos em confiança no primeiro escalão do Poder Executivo.

A questão constitucional delineada na presente Questão de Ordem pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO é baseada em pressupostos de fato remissivos ao que Sua Excelência qualificou de “manifesta disfuncionalidade do sistema” decorrente do “sobe e desce” processual, o que o Ministro MARCO AURÉLIO denominou de “elevador processual”, **em que o exercício descontínuo ou de sucessivos e diferentes mandatos eletivos, com as consequentes alterações sucessivas do órgão jurisdicional competente, favorece a prescrição e impunidade de crimes cometidos por esses agente públicos.**

A escolha desta AP 937-QO para a discussão da questão constitucional em foco visou justamente a obviar esses elementos discursivos: tratou-se, na espécie, de crime eleitoral supostamente cometido em 2008, cuja denúncia foi recebida uma primeira vez em 2013 pelo TRE-RJ, em razão do réu se encontrar investido do mandato de prefeito; com o encerramento desse mandato, o TRE-RJ declinou a competência para o juízo de primeira instância, que proferiu novo recebimento da denúncia em 2014 e instruiu o processo; no entanto, o réu assumiu o mandato de deputado federal em 2015, afastando-se em 2016 e retornando ao cargo de prefeito em 2017.

O caso concreto objeto da Questão de Ordem, que, sob a ótica do eminente Ministro Relator, afronta o princípio da igualdade e o princípio republicano, na forma como debatida no presente julgamento e em razão da Ação penal específica que precisa ser julgada, diz respeito à aplicação das regras do art. 29, art. 53, § 1º, c/c art. 102, I, alínea “b”, da Constituição, que tratam da prerrogativa de foro, perante o SUPREMO, dos membros do Congresso Nacional e de Prefeitos Municipais nos Tribunais Regionais Federais, nas hipóteses de crimes eleitorais.

As demais hipóteses de prerrogativa de foro contempladas no texto constitucional não são alcançadas pela Questão de Ordem proposta e apreciada no presente julgamento, uma vez que conferem prerrogativa de foro a servidores públicos integrantes estáveis ou vitalícios de carreiras

AP 937 QO / RJ

típicas de Estado, organizadas em cargos de diferentes níveis, o que afasta a possibilidade de descontinuidade do vínculo, a embaraçar o curso da ação penal, bem como exige o julgamento por órgão de cúpula – para afastar, por exemplo, o inconveniente em que agentes públicos de grau superior da carreira sejam julgados por membros de grau inferior da mesma carreira.

As demais regras de prerrogativa de foro encerram uma outra realidade jurídica e social, não correspondente àquela delineada no caso concreto julgado nesta AP 937-QO. Até mesmo parte das hipóteses tratadas no art. 102, I, “c”, da CF, relacionadas ao foro dos oficiais comandantes das Forças Armadas, não são atingidas pelas razões de decidir articuladas no presente julgamento, uma vez que não se tratou na presente Questão de Ordem dos princípios da hierarquia e disciplina regentes das Forças Armadas e de suas características de efetividade e estabilidade, a evitar exatamente todos os motivos ensejadores da propositura da questão de ordem pelo eminente Ministro relator LUIS ROBERTO BARROSO.

Embora não se descarte que o entendimento aqui fixado para o foro dos titulares de mandato eletivo e detentores de cargos em comissão de investidura provisória possa eventual e futuramente influenciar nova compreensão da CORTE a respeito do foro dos membros de carreira de Estado, o fato é que, no presente momento, me parece que a enunciação da tese de julgamento para a AP 937-QO deve ficar restrita àquilo que efetivamente está sendo discutido e venha a ser necessário para o julgamento da ação penal específica, ou seja, a prerrogativa de foro prevista na Constituição para detentores de mandatos eletivos e detentores de cargos em comissão de investidura provisória, cujas sucessivas diplomações ou nomeações acabam por possibilitar constantes alterações dos foros competentes, com prejuízos à efetividade da aplicação da justiça criminal.

A própria jurisprudência da CORTE não confunde o regime próprio de responsabilização dos congressistas e demais agentes políticos do Estado com a responsabilização político-administrativa a que estão

AP 937 QO / RJ

sujeitos os demais servidores públicos estáveis e vitalícios, com especial destaque para as garantias institucionais da magistratura e Ministério Público. Veja-se a Rcl 2.138 (Rel. Min. NELSON JOBIM, redator para acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 17/4/2008) e a Pet 3211-QO (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, redator para acórdão Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, DJe de 26/6/2008), em que firmada a orientação de que juízos de primeira instância não têm competência para julgar ações de improbidade administrativa em desfavor de autoridades com prerrogativa de foro perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Caso a tese de interpretação restritiva das regras de prerrogativa de foro alcance as disposições constitucionais aplicáveis aos servidores membros de carreiras, haverá resultado prático incompatível com os precedentes acima referidos, possibilidade não cogitada no presente debate, o que torna inviável a edição de entendimento sumular que transcenda as características do caso concreto.

Tal definição em sede de QO em AP implicaria transcender o caso julgado para a edição de um precedente normativo com eficácia sobre ações em trâmite em todo o Poder Judiciário, em hipóteses absolutamente diversas das tratadas neste momento.

A opção por uma tese excessivamente ampla, a alcançar situações de fato não tratadas no julgamento, poderá ter um efeito caótico sobre a aplicação das regras de competência em matéria penal em todo o território nacional, pois permitirá que qualquer órgão jurisdicional atribua à decisão deste Plenário os efeitos que entender pertinentes.

A CORTE tem vivenciado experiência semelhante em decorrência do recente julgamento da ADI 5.526, em que decidido ter o Poder Judiciário competência para impor aos congressistas, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, seja em substituição de prisão em flagrante delito por crime inafiançável, por constituírem medidas individuais e específicas menos gravosas; seja autonomamente, em circunstâncias de excepcional gravidade, ressalvado o controle político dessas decisões pela respectiva casa legislativa (Câmara ou Senado). Esse precedente tem sido interpretado de forma

AP 937 QO / RJ

livre por Assembleias Legislativas e, pasmem, por Câmaras Municipais, sendo que vereadores nem ao menos possuem constitucionalmente imunidades formais.

A gravidade e alcance do tema ora debatido exigem, portanto, redobrado rigor na enunciação da tese de conclusão de julgamento, devendo o Plenário se manter adstrito às características do caso julgado.

Esse alcance é próprio dos ritos da repercussão geral, da edição de súmulas vinculantes e do julgamento das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Para cada modalidade/técnica de edição de precedentes normativos, a Constituição Federal e a legislação processual estabeleceram procedimentos para escolha, instrução e debate do caso paradigma e da tese a que se atribuirá eficácia *erga omnes*, como, por exemplo: a prévia manifestação quanto à repercussão geral, no Plenário Virtual; contraditório especialmente qualificado pela participação das partes, de autoridades (AGU e PGR) e outros representantes da sociedade (*amici curiae* e realização de audiências públicas); o quórum qualificado para a edição de súmulas vinculantes; etc. Essas cautelas servem como relevantes fatores de legitimação democrática da Jurisdição Constitucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Veja-se que, a respeito do tema prerrogativa de foro, quanto a hipóteses não tratadas na presente Questão de Ordem, existem precedentes do Plenário desta CORTE (Rcl. 2138 e Questão de Ordem em petição 3.211-0), que estabeleceram no âmbito do Poder Judiciário – no dizer do Ministro AYRES BRITTO – “a impossibilidade de subverter a lógica de jurisdições subsuperpostas” – ou seja, a impossibilidade de aplicação de sanção de perda do cargo por magistrados de instâncias inferiores a instâncias superiores. O mesmo se aplicaria em relação aos membros do Ministério Público. Além disso, existem proposições em trâmite nessas vias normais de edição de precedentes normativos, como a própria PSV 115, também afetada a este julgamento, mas com características discursivas próprias (a orientação do enunciado proposto, inclusive, diverge da proposição apresentada nesta QO), e o RE 642.553 (Rel. Min.

**AP 937 QO / RJ**

GILMAR MENDES), no qual reconhecida a repercussão geral para discussão da amplitude de foro para magistrados aposentados.

Seria inapropriado que a CORTE prescindisse desses ritos para enunciar uma tese de tão amplo alcance, em uma radical virada de entendimento, em sede processual tão limitada.

A amplitude da tese deve, portanto, ser dimensionada com especial rigor, em atenção ao que dispõe o art. 926, § 2º, do CPC/2015:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

(...)

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Em vista disso, vem se consolidando neste Plenário a prudência na fixação de tese a evitar uma discrepância muito acentuada entre o caso julgado e a tese fixada, mesmo em julgamento de recursos afetados à sistemática da repercussão geral, do que não trata a presente hipótese, em que se analisa uma questão de ordem em Ação Penal específica.

Assim, pelo que entendi do voto do Ilustre Ministro Relator, qualquer tese que restrinja ou altere o entendimento da CORTE a respeito da aplicação das regras de prerrogativa de foro deve ser limitada à hipótese de definição do foro competente para o julgamento de ações penais contra agentes políticos, sejam titulares de mandatos eletivos ou ocupantes de cargos em comissão de investidura temporária, como Ministros de Estado ou autoridades com igual *status* (art. 53, § 1º, c/c art. 102, I, “b” e “c”, da CF), cujos sucessivos mandatos ou nomeações políticas possibilitam o denominado “*elevador processual*”, como já destacado pelo Ilustre Ministro MARCO AURÉLIO, possibilitando retardamento nas ações penais, prescrições e inefetividade na aplicação da justiça criminal.

De minha parte, acrescentaria que a solução dada pelo Plenário para a presente Questão de Ordem, para evitar insegurança jurídica, deve

**AP 937 QO / RJ**

verificar se será adotada em relação a todas as hipóteses de foro privilegiado concedidas pelas Constituições estaduais, com base no artigo 125, § 1º, da CF, a detentores de mandatos eletivos e agentes políticos nomeados para cargos em comissão de investidura temporária. A título de exemplo, além de todos os deputados estaduais e distritais, no Estado da **Bahia** – 4.578 vereadores com prerrogativa de foro no TJ, no Estado do **Piauí** – 224 vice-prefeitos e 2.143 vereadores com foro no TJ, no Estado do **Rio de Janeiro**, 92 vice-prefeitos e 1.190 vereadores com foro no TJ, além de secretários de Estado, e Diretores-Presidentes das entidades da Administração Direta, como em **Roraima**.

Nesse sentido, preliminarmente, para concluir sobre o **conhecimento integral ou parcial da presente Questão de Ordem**, solicito à Presidente a possibilidade de consultar sua Excelência o eminente Ministro relator ROBERTO BARROSO, sobre a amplitude de sua conclusão na questão de ordem submetida ao Plenário e sua aplicabilidade aos agentes políticos detentores de mandatos eletivos e àqueles nomeados para cargos em comissão de investidura temporária, inclusive em relação às previsões das Constituições estaduais.

No mérito, a definição de competências penais originárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é consubstanciada nas alíneas “b” e “c” do inciso I do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil, seguindo tradição em nosso Direito Constitucional na previsão de competência de nossa mais alta CORTE para o processo e julgamento das infrações penais comuns de altas autoridades da República, na denominada “**prerrogativa de foro em razão da função**”, ou simplesmente, “**foro privilegiado**”.

A **excepcionalidade** das competências originárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, inclusive em relação aos *foros por prerrogativa de função*, exige previsão **expressa** e **taxativa** do texto constitucional, conforme princípio tradicional de distribuição de competências jurisdicionais nascido com o próprio constitucionalismo norte-americano em 1787.

AP 937 QO / RJ

A previsão de **competências originárias das SUPREMAS CORTES, taxativamente previstas pelos textos constitucionais**, nasceu conjuntamente com a idéia de **Supremacia Jurisdicional** por meio do controle de constitucionalidade, **ambas sendo firmadas no célebre caso Marbury v. Madison (1 Cranch 137 – 1803)**, em histórica decisão da SUPREMA CORTE AMERICANA, relatada por seu *Chief Justice* JOHN MARSHALL (Cf. a respeito: HALL, Kermit L. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 173; SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 10-14; SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 257; ABRAHAM, Henry J. A Corte Suprema no evolutivo processo político. In: Vários autores. *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978. p. 93. COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 142; BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 132).

Após inúmeras importantes observações, o CHIEF JUSTICE MARSHALL concluiu que **estava terminantemente proibido ao Poder Legislativo ampliar, por meio de legislação ordinária, as competências originárias da CORTE SUPREMA, em face de sua previsão taxativa no texto constitucional**.

Esse posicionamento – **previsão constitucional taxativa das competências originárias da CORTE SUPREMA** – tem mais de 214 anos no Direito Constitucional norte-americano e quase 120 anos na doutrina e jurisprudência nacionais, pois, igualmente, foi consagrado no Brasil desde nossos primeiros passos republicanos (RTJ 43/129, RTJ 44/563, RTJ 50/72, RTJ 53/776), uma vez que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que nasceu republicano com a Constituição de 1891 e com a função precípua de defender a Constituição em face, principalmente, do Poder Legislativo, por meio da revisão da constitucionalidade das leis, **já jamais admitiu que o Congresso Nacional pudesse alterar suas competências**



AP 937 QO / RJ

originárias por legislação ordinária (AFONSO ARINOS. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 98), pois, como salientado por nossa CORTE SUPREMA, seu “**complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional, não comporta a possibilidade de extensão, que extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política**” (STF – Petição 1.026-4/DF – Rel. Min. CELSO DE MELLO, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 de maio de 1995, p. 15.855. No mesmo sentido: RTJ 43/129; RTJ 44/563; RTJ 50/72; RTJ 53/776).

No exercício de suas competências originárias, que extravasam as tradicionais competências de TRIBUNAIS ou CORTES CONSTITUCIONAIS, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL analisará a questão em **única instância**, desde que haja **expressa e taxativa previsão constitucional**, devendo processar e julgar originariamente os casos em que os Direitos Fundamentais das mais altas autoridades da República estiverem sob ameaça ou concreta violação, ou quando essas autoridades estiverem violando direitos fundamentais dos indivíduos (art. 102, I, “b” e “c”, da Constituição).

As autoridades descritas no artigo 102, I, “b” e “c”, da Carta Magna somente poderão ser processadas e julgadas, nas infrações penais comuns, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A abrangência dessa prerrogativa constitucional de foro das mais altas autoridades da República, com a denominação “*infrações penais comuns*”, relaciona-se com o § 1º do art. 53 da Constituição Federal, cuja definição o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de **há muito tempo** (RTJ 33/590, HC 69.344-RJ, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA; RTJ 63/1, Pet 673-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO; Inq. 496-DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO; RTJ 91/423, Reclamação 511-9-Paraíba, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *Diário da Justiça* 202, 24 de outubro de 1994, p. 28.668) **já determinou abranger todas as modalidades de infrações penais**, estendendo-se aos delitos eleitorais, alcançando, até mesmo, os crimes contra a vida e as próprias contravenções penais; **sendo excluídos somente os denominados crimes de responsabilidade, que não são fatos típicos**

**AP 937 QO / RJ****penais, mas sim infrações políticas administrativas.**

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL possui, portanto, em relação aos congressistas e aos agentes políticos de primeiro escalão nomeados em cargos em comissão de investidura temporária (Ministros de Estado), **taxativa competência penal originária**, como se extrai da leitura dos artigos 53 e 102:

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.

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 da República, **os membros do Congresso Nacional**, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas **infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado** e os Comandantes da Marina, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no artigo 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Ambas as previsões foram emanadas diretamente do Poder Constituinte originário, que, em 5 de outubro de 1988, promulgou nossa atual Constituição Federal após longos debates, ampla participação popular e o resgate do Estado Democrático de Direito.

Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as garantias parlamentares, entre elas a previsão de prerrogativa de foro, são institutos de vital importância, visto buscarem,

**AP 937 QO / RJ**

prioritariamente, a proteção dos congressistas, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e pressões dos demais poderes; constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade ao Poder Legislativo. Essas imunidades, como sempre ressaltado, não dizem respeito à figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, como salientado por PAOLO BISCARETTI DI RUFIA, no intuito de resguardá-la de eventuais abusos na atuação do Executivo ou do Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante os outros poderes constitucionais (*Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1970. p. 303-305).

Inclusive, concordemos ou não com o “foro privilegiado” e seus excessos, uma das históricas razões para a previsão de prerrogativas de foro em razão da função foi a necessidade de se retirar o caso das justiças locais, que, desde o Império, atuavam com certo compadrio com as lideranças políticas locais, nesses julgamentos. Lembremo-nos do que salientava o grande constitucionalista do Império, PIMENTA BUENO:

A constituição do império, no art. 164§ 2, fiel ao princípio da igualdade da lei, proscreeu os foros privilegiados; foi, porém, ela mesmo quem criou esta competência do supremo tribunal e **vistas não tanto destes altos funcionários, como de verdadeiro interesse público**. Era sem dúvida de mister atribuí-la a uma **corte ilustrada e independente para que se tivesse a garantia de um julgamento imparcial**. (*Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de documentação: 1958, p. 371 e ss.)

Ressalto, ainda, com o devido respeito aos posicionamentos em contrário, que não me parece acertado igualar a interpretação dada por esta SUPREMA CORTE às *imunidades materiais* ou *inviolabilidades parlamentares pelas palavras, votos ou opiniões* com as características da prerrogativa de foro, pois, enquanto as *inviolabilidades* são muito mais amplas, pois afastam qualquer possibilidade de responsabilização do

**AP 937 QO / RJ**

parlamentar e, exatamente por afastá-los da incidência da lei, exigem a relação com o exercício das funções, *a prerrogativa de foro* não exclui a responsabilidade penal do parlamentar, tão somente prevê na própria Constituição Federal seu Juiz natural para as infrações penais comuns, sem distinguir se relacionadas ou não ao exercício do mandato.

Uma trata de irresponsabilidade penal. A outra, da definição do Juiz natural.

Observe-se, inclusive, que, em 2001, as garantias dos congressistas foram rediscutidas pelo Congresso Nacional, resultando na aprovação da EC 35, de 20/12/2001, que alterou substancialmente a redação do artigo 53, acrescentou expressamente a “inviolabilidade civil e penal” para a imunidade material e substituiu a imunidade processual em relação ao processo, revogando a necessidade de licença prévia para o processo de parlamentares e possibilitando, somente para os crimes praticados após a diplomação, a sustação da ação penal por maioria absoluta dos membros da casa, desde que devidamente provocada por iniciativa de partido político nela representado, mantendo intocada a previsão de prerrogativa de foro.

O texto editado pelo legislador constituinte originário é muito claro quanto ao Juízo Natural para o processo e julgamento dos congressistas e Ministros de Estado nas infrações penais comuns: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Em relação a essas autoridades, a Constituição não fez a radical distinção entre infrações penais praticadas no exercício das funções e as infrações penais sem relação ao exercício das funções – e que, durante o mandato, não permitem responsabilização penal –, realizada no artigo 86, § 4º, da Constituição Federal no tocante ao Presidente da República.

Quanto aos parlamentares e aos agentes políticos nomeados em cargos em comissão, de investidura temporária, com prerrogativa de foro no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o texto constitucional autorizou a ampla responsabilização penal durante o exercício do mandato, seja por crimes relacionados às funções desempenhadas, seja pelas demais infrações penais; porém, sempre estabelecendo como Juiz Natural para o

AP 937 QO / RJ

processo e julgamento o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Dessa maneira, entendo que somente por Emenda Constitucional será possível estabelecer essa diferenciação de competência jurisdicional penal em relação aos parlamentares, inexistente hoje na Constituição Federal, desde sua edição pelo Poder Constituinte originário e, portanto, nesse ponto, divirjo do voto do ilustre Ministro relator, entendendo que o foro por prerrogativa de função aplica-se a todas as infrações penais comuns praticadas por detentores de mandatos eletivos, a partir da diplomação, e Ministros de Estado, a partir da posse com a equivalência prevista nas Constituições estaduais.

No entanto, em relação aos fatos praticados anteriormente à diplomação, parece-me que o célebre enunciado do JUSTICE HOLMES, em 1917, tem total aplicação, quando afirmou:

“os juízes fazem e devem fazer obra legislativa, mas nos interstícios da lei: não movem massas, mas somente moléculas”
(*Southern Pacific Co. v. Jensen*, diss. Op. 244 US 205, 221 – 1917).

Esta CORTE, ao distinguir o que o legislador constituinte originário expressamente não o fez, ao prever a competência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para o processo e julgamento de todas as infrações penais comuns dos parlamentares e ministros de Estado, estaria *“movendo massas”*, ou seja, atuando como legislador constituinte derivado e transformando o Poder Judiciário em *“pura legislação”*, inclusive com interpretação derogatória de normas constitucionais originárias expressas.

Diversamente, no exercício de sua função interpretativa e *“nos interstícios da lei”* (HOLMES), compete, como salientado por FRANÇOIS RIGAUX, que:

“de modo geral, cabe ao juiz definir os termos da lei, notadamente os que figuram na hipótese legal, quando o próprio legislador não fez. Esperar do autor de um texto

AP 937 QO / RJ

normativo que defina nele todos os termos levaria a uma regressão ao infinito, como já havia constatado Descartes e Pascal. Por isso, conforme uma solução unânime comum aos juízes de vários países e com a qual converge a jurisprudência da corte permanente de justiça internacional e da corte Internacional de Justiça, quando um texto normativo não é acompanhado de uma definição dos termos empregados, reputa-se que foi escrito na linguagem corrente ou usual. Ele deve, portanto, ser interpretado segundo sentido natural comum ou usual dos termos empregados”.

Nesse sentido, a finalidade protetiva da prerrogativa de foro aos parlamentares durante o exercício do mandato não estará presente quando as infrações penais tiverem sido praticadas anteriormente à diplomação, uma vez que o agente do ato ilícito não ostentava a condição de parlamentar; o mesmo ocorrendo em relação aos Ministros de Estado antes da posse.

Nessas hipóteses não estarão presentes as razões ressaltadas pelo Ministro VICTOR NUNES (Rcl 473) para a prerrogativa de foro, pois *“a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse das pessoas, do ocupante do cargo, mas no interesse do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade”*.

Se a prática da infração penal foi anterior, a alteração de foro pela subsequente eleição e diplomação ou posse estaria a indicar um interesse pessoal e, conseqüentemente, um privilégio, e não uma prerrogativa congressional.

O próprio Congresso Nacional, ao editar a EC 35/2001, sinalizou nesse sentido, ao estabelecer diferenciação protetiva a partir da diplomação, dando nova redação ao § 3º do artigo 53:

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal

AP 937 QO / RJ

Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

O nosso já citado grande publicista do Império, PIMENTA BUENO, apontava a importância e necessidade das imunidades e garantias parlamentares, em face de sua finalidade protetiva do Parlamento, ressaltando, porém, que não se poderia confundi-las com impunidade, pois:

Tudo o mais será uma falsa aplicação do princípio do privilégio, da inviolabilidade, que certamente não foi instituída para proteger a impunidade do crime, e sim somente a independência legislativa contra os abusos. (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de documentação: 1958, p. 117 e ss).

Dessa forma, acompanho o relator no sentido da inexistência do foro por prerrogativa de função para as infrações penais praticadas antes do exercício do mandato ou do cargo. No caso dos parlamentares, antes da diplomação.

Em relação à perpetuação de competência nas hipóteses de prerrogativa de foro, acompanho integralmente o Ministro relator, entendendo que: após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o parlamentar deixar de ostentar essa qualidade.

EM CONCLUSÃO, acompanho parcialmente o relator, fixando as seguintes teses:

1) O foro por prerrogativa de função dos parlamentares aplica-se apenas às infrações penais comuns praticadas a partir da diplomação.



AP 937 QO / RJ

2) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada.



23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**ESCLARECIMENTO****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

-Presidente, eu estou ouvindo com atenção e todo o interesse o voto do eminente Ministro Alexandre de Moraes, no geral, com linha de concordância. Tenho algumas anotações que, ao final, farei brevíssimos comentários, mas, quanto a esse ponto, posso esclarecer singelamente.

O caso concreto envolve parlamentar federal, um prefeito que se tornou deputado federal. Na verdade, ele foi condenado, quando ainda não era prefeito, por captação ilícita de voto. Depois, ele se torna prefeito, e a competência se transporta para um nível superior; depois, ele se torna deputado e passa para o Congresso.

Portanto, a questão que eu enfrentei, Presidente, e a tese que eu propus focou na questão do foro por prerrogativa de função de parlamentar federal, seja deputado ou seja senador.

Nós temos adotado, já de algum tempo - inclusive, por sugestão que eu acolhi do eminente Ministro Marco Aurélio -, delinear a tese o mais próximo do caso concreto possível. Portanto, a minha tese aplica-se a parlamentares federais. Eu não discuti, nem colhi informações, nem houve contraditório sobre a aplicação dessa proposição, seja a juízes, seja a promotores, até porque eu tinha pedido para fazer a estatística do Supremo. Dos 528 processos, entre inquéritos e ações penais, não tem nenhum envolvendo, neste momento, membro do Ministério Público ou da magistratura. E, mesmo no STJ, é uma quantia ... lá existem quinze, mas pouco expressiva em relação ao total.

De modo que, respondendo objetivamente à pergunta do Ministro Alexandre de Moraes, a tese que eu proponho é uma tese ligada ao caso específico e que pretende restringir o sentido e alcance do foro privilegiado para parlamentares federais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, de

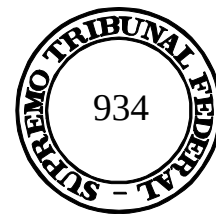
**AP 937 QO / RJ**

qualquer forma, o princípio é linear, ou seja, reclama vinculação, considerado o crime, ao exercício do cargo. Não cabe agora definir as previsões de prerrogativas pelas Constituições estaduais. E divulgou-se que, no Brasil, tem-se 54.000 autoridades detentoras da prerrogativa de foro, o que revela incoerência maior! O princípio é o mesmo, o da vinculação do delito ao cargo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Provavelmente, se chegar uma outra questão, nós vamos aplicar a mesma lógica, mas, por hora, nós discutimos esta situação específica.

Portanto, a minha tese de julgamento, Ministro, é referente a parlamentares federais e não vai além disso.



23/11/2017

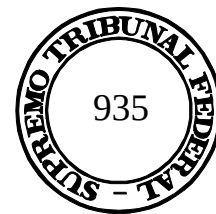
PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência me permite ponderar?

Houve a superação do verbete em 1999. E, em 2005, ante verdadeiro *drible* à decisão do Supremo pelos legisladores, declarou-se inconstitucional ato normativo que implicara a alteração do Código de Processo Penal, justamente para impor a prerrogativa de foro, ainda que cessado o mandato.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente, inclusive, à época, Ministro Marco Aurélio, foram os §§ 1º e 2º do artigo 85 do Código de Processo Penal, que não só tentava dar esse *bypass*, diríamos assim, na decisão do Supremo como estendia, por lei, o foro para improbidade administrativa também. E o Supremo voltou a declarar inconstitucional essas duas questões.



23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**OBSERVAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite uma observação?

É muito interessante esse debate nessa questão, muitas vezes, de contraste que se faz entre o foro por prerrogativa de função e o funcionamento da primeira instância.

Se nós olharmos - e o retrato acho que o CNJ tem de maneira muito precisa -, nós temos um quadro hoje extremamente caótico de funcionamento da Justiça Criminal, extremamente caótico! Recentemente, O CNMP revelou que somente 8% dos homicídios são desvelados, são revelados, 8%! Não é à toa que grassa esse campo todo de mais índices de criminalidade na esfera...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

2016 - os dados estatísticos: 65.000 homicídios no Brasil.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Morte violenta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Bom, então, no caso de..., estávamos falando, portanto, de casos de homicídio. Portanto, isso é para ser investigado e julgado na Justiça Criminal.

No caso, na época do Mensalão - a Procuradoria depois pode trazer dados mais precisos -, quando nós começamos do julgamento da denúncia, em 2007, havia já aqueles inquéritos que foram mandados, tinham sido mandado para primeira instância. Em geral, eles não resultaram em investigações. A Procuradoria depois pode até trazer dados sobre esse assunto, mas esse, acho que é um desafio importante. Então, esse é um dado importante.

Veja, no caso de homicídio, para não falar nos outros casos, o que há é um colapso do sistema como um todo. Segurança pública tem sido tratada como se fosse um tema apenas de política repressiva. Nós temos as situações - e Vossa Excelência, como ex-Secretário de Segurança, teve

**AP 937 QO / RJ**

essa vivência - da subnotificação dos delitos como um todo. Depois, temos os inquéritos que não são abertos.

Eu, como presidente do CNJ, estive em Alagoas e, lá, encontramos 5.000 homicídios sem inquérito aberto. Não foi por acaso que Alagoas se tornou a pátria do crime de mando - 5.000 homicídios sem inquérito aberto. Inquérito são abertos e não são concluídos; são concluídos e não têm denúncia. Estamos falando tudo de funcionamento normal da primeira instância, e é a realidade de hoje, infelizmente: oferece-se denúncia e não se decide. Todo mundo sabe, e o CNJ tem tentado trabalhar essa questão, o mutirão de júris, por quê?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Inclusive, se Vossa Excelência me permite, nós temos o mês nacional do júri, que está acontecendo este mês, exatamente para enfatizar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, é uma coisa que choca a qualquer um que examine essa questão. E estou falando com conhecimento de causa, de quem visitou e andou nesses lugares: em Petrolina, em Jaboatão dos Guararapes, por exemplo, tinham 1.000 de júri para prescrever. Estamos falando da prescrição *longi temporis*, de 20 anos. Essa é a realidade, e nenhum projeto de reforma da Justiça Criminal.

É interessante quando se faz esse contraste e não se examina todas essas questões, como se o problema estivesse no tema do foro. Basta examinar os processos. O caso do Mensalão. Recentemente, um caso notório lá de Minas Gerais foi julgado pelo Tribunal de Justiça depois de muitos anos, mas muitos desses processos, certamente, não saíram do inquérito. Na medida em que os olhos da imprensa não estão mais presentes - e a imprensa, no Brasil, existe em três ou quatro Estados, a empresa autônoma, o mais sequer se faz sentir -, o tema desaparece.

Um outro aspecto importante que Vossa Excelência está aferindo é a questão da independência dessas instâncias. Eu fico a imaginar, não vou citar nomes, determinados políticos, de grande vivência em vários Estados, sendo julgados por juízes do seus Estados. A Ministra Eliana Calmon, quando passou pelo CNJ, fez uma denúncia especificamente em relação ao Rio de Janeiro, dizendo que as ações de improbidade de lá não

**AP 937 QO / RJ**

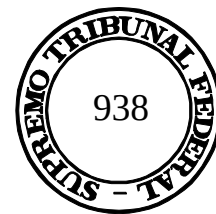
andavam. Isso está em documentos que ela deixou e sugeria, portanto, um tipo de compadrio nessa relação.

Portanto, essa questão tem que ser examinada de maneira holística, porque, de fato, se há uma coisa grave é o mau funcionamento da Justiça Criminal, certamente responsável, inclusive, por toda essa questão da insegurança pública, porque há o prende e solta ... O que há de fato é o não julgamento dos casos, isso em grande escala.

E hoje nós deveríamos ser mais felizes do que ontem, porque nós temos órgãos de coordenação. Antes não tínhamos coordenação. A partir da Emenda Constitucional nº 45, temos o CNJ e o CNMP, que deveriam fazer essa articulação, inclusive, com as Secretarias de Segurança, as Secretarias de Justiça, para, de fato, dar uma dinâmica isso. Do contrário, é voz vazia, porque não estamos tocando no tema central da impunidade, que grassa de maneira clara quando se fala que só 8% dos homicídios são desvendados. E, se entrarmos nos dados, quantos foram perseguidos, foi instaurada ação e levada a júri? Certamente, nós vamos ter aí um número ainda mais expressivo em termos negativos.

De modo que me parece que essa é uma questão central, que foge à análise quando se coloca o contraste no exame do foro.

Mas agradeço o aparte.



23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**DEBATE**

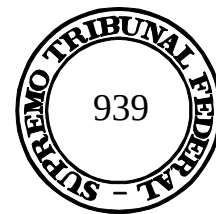
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite uma observação?

Essa questão, eu acho que é extremamente relevante e importante que se coloque e tem a ver também e com outros temas que nós estamos acompanhando na vida institucional do País. Ao afirmar que os crimes praticados antes do mandato se submetem à regra do foro do *tempus delicti*, nós estaríamos também afirmando que as investigações hão de ser feitas nessas instâncias. E estaríamos afirmando que o juiz seria plenamente competente para tomar todas as medidas a propósito, inclusive, talvez, busca e apreensão, detenção, quebra de sigilo, prisão, por que não? Nós estamos no meio desse debate, para não simplificarmos as coisas. Quer dizer, temos que dar resposta a isso.

Nós todos sabemos, por exemplo, que nem sempre é muito fácil fazer a distinção entre o que são crimes funcionais e crimes não funcionais. Esse já é um problema. Não é raro, todos nós temos vivência no Plenário e nas Turmas das reclamações que nós acabamos por acolher, quando se fazem as investigações, contornando determinado personagem com prerrogativa de foro. Esse contorno também vai existir.

Mas essa questão me parece extremamente relevante. Quando o constituinte decidiu pela prerrogativa de foro nessa dimensão, essa decisão teve uma série de consectários, por isso temos tantas reclamações aqui. Na medida em que se afirma que fatos anteriores ao mandato serão perseguidos, terão a sua persecução definida pela competência do tempo, nós vamos ter que dar resposta ou afirmar, então, que estaremos admitindo que esses fatos serão da plena competência da Justiça de primeiro grau, se for o caso, com todos os seus consectários, inclusive no âmbito da conflituosidade.

Se nós ouvirmos, por exemplo, os Presidentes da Câmara e do Senado, os momentos de tensão mais sérios que eles reportam são as

**AP 937 QO / RJ**

buscas e apreensão feitas no âmbito da Casa Legislativa. Isto ordenado pelo Supremo. Casos, inclusive, de repto, de enfrentamento, de ameaça de não permitir que a Polícia entre na Casa Legislativa. Só que nós vamos estar deferindo essa possibilidade para o juiz de primeiro grau. Uma ideia muito clara.

Então, nós não podemos passar ao largo desse debate.

O famoso Mencken dizia que, para problemas complexos, em geral, há uma resposta simples e errada. É um pouco isso o que ocorre aqui.

Então, essa questão me parece extremamente relevante, porque, quando se definiu o tema da prerrogativa do foro, *ipsis juris* também se resolveu o problema da investigação e de todas as medidas constritivas que se tomam em relação ao eventual investigado ou denunciado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Alexandre, Vossa Excelência, quando faz essa distinção entre o foro e as imunidades, está se referindo exatamente a isso. Se Vossa Excelência destaca a questão do foro e das imunidades e estabelece que as imunidades prevalecem, então, por exemplo, nesse caso que o Ministro Gilmar citou, o juiz, antes da prisão, dos atos que comprometem, ele vai ter que ouvir a Casa Legislativa, pelo que eu entendi do que Vossa Excelência falou.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exato.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar Mendes, Sua Excelência, o Ministro Alexandre de Moraes, fez um *distinguishing* aqui sobre isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, mas eu estou dizendo que com essas consequências.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu ia até prosseguir, mas já aproveito a deixa, que foi uma das questões que eu coloquei no dia 1º. O parlamentar, em virtude de ser parlamentar, mas ter praticado o crime antes da diplomação, a meu ver, não deve ter o foro, mas as garantias permanecem idênticas. Obviamente, caso a caso, pode existir o exagero, ou não, mas, aí, deve ser analisado. O parlamentar que praticou o crime antes da diplomação, as provas, as medidas investigatórias, em sua grande maioria, são realizadas fora do Congresso,

AP 937 QO / RJ

porque ele não era um congressista, ele não exercia a função de congressista, as provas serão realizadas na comarca em que ele praticou o delito.

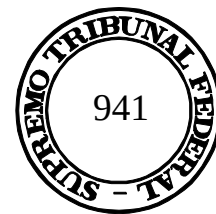
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O Ministro Toffoli está lembrando de um caso de um conflito entre a Polícia Legislativa do Senado, não é?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Penso que o Ministro **Alexandre** é herdeiro desse processo, porque o Ministro **Teori Zavascki** o trouxe para o Supremo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu participei de dois casos, um é o que eu herdei do Ministro Teori, e o outro é de quando eu era Ministro da Justiça e houve uma busca e apreensão no Congresso Nacional, a Polícia Federal, e houve uma grande, diria, confusão entre a Polícia Legislativa e a Polícia Federal, uma série de questões. Essa questão do Ministro Teori eu já decidi; então, como eu já decidi, eu posso colocar aqui o meu posicionamento. Eu entendo que a busca e a apreensão na Casa Legislativa, quando se emite a busca e apreensão, quem coordena, quem preside, é o Presidente da Câmara ou do Senado. Então, é uma busca e apreensão que deve ser comunicada ao Presidente da Câmara ou do Senado, consequentemente; mesmo nessas investigações de primeiro grau, o juiz deveria pedir ao Supremo Tribunal Federal que determinasse, da mesma maneira que entendo que, se houver uma busca e apreensão em relação a um gabinete de Ministro do Supremo, porque está sendo investigado um assessor, não é um juiz de primeiro grau que vai determinar essa busca e apreensão, isso deve ser comunicado à Presidente do Supremo Tribunal Federal. Então, caso a caso, isso será resolvido.

Mas não me parece que a finalidade do foro seja retroagir àqueles que nem sabiam ou não sabiam se seriam ou não parlamentares e, algumas vezes, ficam pulando de mandato para federal, daí vai para estadual, em alguns Estados, aí, vai para vereador, porque é Tribunal de Justiça. Não é porque um é melhor do que o outro Tribunal, é porque, só nesse trança-trança, ele vai ganhando tempo em relação à prescrição.

**AP 937 QO / RJ**

E o que todos defendemos: as prerrogativas, assim como da magistratura, assim como do Executivo, as prerrogativas e as imunidades parlamentares são prerrogativas do Parlamento, do Congresso Nacional. A pessoa que nem congressista era, não deve adquirir essa prerrogativa retroativa de foro, a meu ver.



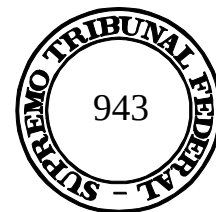
23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**DEBATE****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Esse debate que Vossa Excelência faz da conexão e da continência, realmente, temos que enfrentá-lo. Penso que, provavelmente na Primeira Turma, quem sempre vota nesse sentido é o Ministro **Marco Aurélio**. Acompanho sempre a jurisdição de Sua Excelência, que é exemplo para todos nós. Sua Excelência sempre defendeu que o foro aqui seria só para aqueles que estão estabelecidos na Constituição. Nesse sentido, sem me comprometer com essa tese específica, há casos que mantive aqui por conexão ou continência, diante de um contexto específico da imputação ou da investigação. Inclusive, mantive a investigação aqui de um caso em que o Procurador-Geral da República estava na seguinte disjuntiva - decisão que tomei há muitos anos, um caso que correu sob sigilo: a investigação envolvia pessoas com foro na primeira instância, no Tribunal Regional Federal, no Tribunal de Justiça, no Superior Tribunal de Justiça. Ele pediu todas as diligências aqui, porque havia de ser uma ação conjunta em relação a todas, seja de prisão, seja de busca e apreensão, para efeito de haver uma coordenação de todas essas ações. Portanto, veio ao Supremo - o processo foi distribuído a minha pessoa - e esclareceu, na petição, Sua Excelência a importância de não se desmembrar o caso, ao menos na investigação. Porque não seria possível, diante do tamanho daquela operação, uma coordenação que fosse simultânea para evitar vazamentos, para evitar eventuais perdas de prova, em razão de um juízo começar uma operação antes de outro.

Eu entendo a posição do Ministro **Marco Aurélio**, eu entendo a posição de Vossa Excelência, Ministro **Alexandre de Moraes**, mas, em regra, eu tenho admitido essa conexão, essa continência, para fins de investigação. Até porque a investigação não onera nossos gabinetes. Não somos nós que vamos colher depoimento na Polícia Federal. É um delegado da Polícia Federal. É o Ministério Público que coordena isso

**AP 937 QO / RJ**

junto com a Polícia Federal. Então, a rigor, os inquéritos não oneram nossos gabinetes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Toffoli, Vossa Excelência me permite? Nós também temos alguns casos em que mantemos esses feitos conexos, seguindo a Súmula, porque o objetivo da Súmula é evitar que surjam, em primeiro lugar, decisões conflitantes. Em segundo lugar, essa conexão pode servir exatamente para municiar a investigação que diz respeito ao agente que tem prerrogativa no Supremo. A Súmula do Supremo entendeu que não era inconstitucional arrastar outros demandados que não tenham foro no Supremo exatamente em prol da instrução que revela o interesse público, maior do que a simples análise de que a conexão é um meio de modificação da competência relativa. A questão não é essa; a questão é em prol do interesse público.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em última análise, quem não tem simpatia pela prerrogativa de foro deixa de observar as normas processuais comuns alusivas à conexão probatória e à continência. Não estende aos cidadãos comuns a prerrogativa, em que pese a condição de corréu. O Tribunal tem variado muito, gerando insegurança. Costumo dizer que “dá uma no cravo, outra na ferradura.” Em alguns casos, desmembra; em outros, não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Porque há casos em que não se consegue provar se não houver aquele julgamento conjunto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No processo denominado mensalão, por exemplo, não houve desmembramento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - No caso da Ação Penal nº 396, que era um dos crimes imputados, fui Relatora, o Ministro Dias Toffoli ficou Revisor, já com o Deputado condenado por pena de prisão e executado, um dos tipos penais era, na época, o 288, quadrilha ou bando. E nós desmembramos, julgamos o processo, e ficou só um aqui com alguns votos vencidos que diziam exatamente: "Mas como? Vai ficar só um aqui?"

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No mensalão, entre os

**AP 937 QO / RJ**

quarenta acusados, havia apenas três deputados federais, detentores da prerrogativa de serem julgados pelo Supremo.

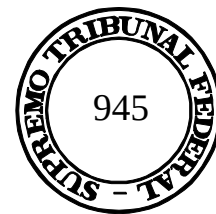
A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Julgamos, o daqui foi condenado. Inclusive, neste caso, porque fui Relatora e tive que cumprir a execução, não teve problema nenhum. Eu acho que, como o Ministro diz, deve-se desmembrar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Estou curioso quanto à conclusão do voto do ministro Alexandre de Moraes!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Só mais um minuto, Presidente. É importante a lembrança de Vossa Excelência, porque, apesar de o Ministro **Alexandre de Moraes** estar falando da defesa sempre do juízo natural nas instâncias de primeiro grau daqueles que não têm prerrogativa de foro em nenhuma instância, ao fazer essa defesa, ele falou: "Talvez se trate de uma organização criminosa". E aqui nós já definimos, com decisão desse Plenário, que a quadrilha poderia ser cindida para fins de julgamento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E fui seguida por unanimidade. Ficou aqui exclusivamente o Deputado, porque não havia ainda essa interpretação que, no sentido do meu voto, nem teria ficado.



23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

DEBATE

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A prerrogativa de função seria até o término de mandato, portanto?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, mas há uma propositura do Ministro Barroso de que, se a instrução já terminou, continue o julgamento mesmo que termine o mandato, se bem entendi.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É verdade, é fato. Até acompanhei. Está certo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Para evitar a situação típica de, quando está prestes a julgar, o sujeito renunciar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, desde a diplomação.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Agora, a sua propositura é mesmo que termine o mandato, se já está com julgamento marcado?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Mesmo que termine.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Há uma prorrogação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Nessa parte, Presidente, contraria-se toda a jurisprudência, inclusive o cancelamento do verbete referido pelo ministro Alexandre de Moraes e a declaração de inconstitucionalidade da alteração promovida no Código de Processo Penal pelo Congresso. A meu ver, é um retrocesso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - cancelado

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E se houver sucessão de mandatos?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A sucessão de



AP 937 QO / RJ

mandatos permanece.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Mas, aí, ele estaria no exercício do mandato.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Passando do mandato de senador para deputado?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Em sucessão de mandatos, permanece.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Vossa Excelência diverge só...?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu divirjo em relação...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - À amplitude, todas as matérias, todos os casos são submetidos, e não como o Relator propôs e os três votos até agora, no sentido de que apenas no que disser respeito ao exercício do mandato e em razão dele.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exato.

E proponho que, nos casos em que permanece o foro privilegiado para deputados e senadores, não se aplique mais as hipóteses de conexão, somente sendo extensível quando o fato típico for único e indivisível, ou seja, o cancelamento da Súmula nº 704.

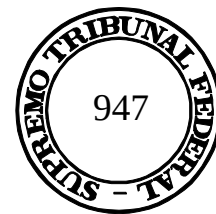
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência me perdoe, mas, pelo Código de Processo Penal, tem-se a definição de continência. A continência diz respeito à existência de corréus, senão não é continência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Vossa Excelência terminou?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Sim.

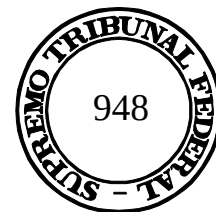
A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Então, Vossa Excelência diverge do Relator parcialmente, mantendo apenas a restrição do foro quanto a atos anteriores à diplomação, e estende, por outro lado, a restrição aos casos de continência e conexão, que o Ministro-Relator não tinha nem tocado.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - É o



AP 937 QO / RJ

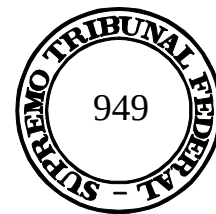
cancelamento da Súmula nº 704, mantendo quando o fato típico, como eu havia dito, e o Ministro Marco Aurélio agora colocou, for único e indivisível.

**23/11/2017****PLENÁRIO****QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu inicio, Senhora Presidente, já assentando que juntarei ao feito as mais de três dezenas de páginas que veiculam a reflexão que fiz e as conclusões a que cheguei sobre essa matéria, seguindo, aliás, também nesse sentido, a orientação que, de um modo geral, temos feito para dar celeridade aos nossos julgamentos.

Cumprimento Vossa Excelência, os eminentes Pares, cumprimento o eminente Relator, bem como o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que vem de votar, os ilustres Colegas que já me precederam na votação desta matéria, as ilustres Colegas, o Ministro Marco Aurélio, e também me permito cumprimentar o Senhor Vice-Procurador-Geral da República aqui presente.

Faço uma síntese, Senhora Presidente, em quinze orações deste voto que trago e que contém não apenas as premissas, como também a conclusão que apresento como sumário dos argumentos, na forma de declaração escrita de voto, nesta Questão de Ordem da Ação Penal nº 937.



23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de questão de ordem para que este Supremo Tribunal Federal interprete o alcance do disposto nos arts. 29, X, 102, I, “b” e “c”, e 105, I, “a”, todos da Constituição da República.

Os artigos têm o seguinte teor:

“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;”

“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;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 23, de 1999)”

**AP 937 QO / RJ**

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, 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 e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;”

Não se pode dizer que esses dispositivos sejam inéditos na experiência constitucional brasileira. Em realidade, dá-se precisamente o contrário. Os dispositivos que preveem algum tipo de prerrogativa de foro estão presentes em todas as constituições do país.

Com efeito, o art. 164, II, da Constituição Imperial previa competir ao Supremo Tribunal de Justiça “conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias”. O art. 59 da Constituição de 1891 previa, no inciso I, competir ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar “o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estados nos casos do art. 52” e “os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade”.

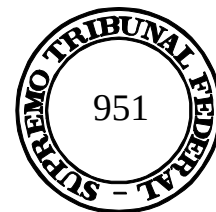
De modo semelhante, a Constituição de 1934 previa, em seu art. 76, competir à Corte Suprema “processar e julgar originariamente o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns”. Também as constituições de 1937, 1946 e 1967 continham termos análogos. Confirmam-se:

Constituição de 1937

“Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

a) os Ministros do Supremo Tribunal;



AP 937 QO / RJ

b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do § 2º do art. 89 e no art. 100;”

Constituição de 1946

“Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

a) o Presidente da República nos crimes comuns;

b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns;

c) os Ministros de Estado, os juízes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do artigo 92; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965)”

Constituição de 1967

“Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:
(Redação dada pelo Ato Institucional n. 6, de 1969)

I - processar e julgar originariamente:

a) nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado, o disposto no final do art. 88, os Juizes Federais, os Juízes do Trabalho e os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão

AP 937 QO / RJ

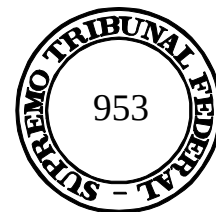
Diplomática de caráter permanente;”

Como se observa da leitura desses dispositivos, a inovação promovida pela Constituição de 1988 parece referir-se à inclusão dos “membros do Congresso Nacional” entre as autoridades que detêm a prerrogativa de foro nesta Corte. A rigor, não chega a ser propriamente uma inovação da atual Carta da República, caso se tenha em conta o disposto no art. 32, § 2º, da Emenda Constitucional n. 1/69 (“nos crimes comuns, os deputados e senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”). Trata-se, em verdade, de dispositivo que havia sido incluído no texto constitucional a fim de mitigar os efeitos da exclusão da previsão de licença da respectiva casa para processar congressista. Seja como for, a previsão da prerrogativa para outros cargos, já estava presente há muito tempo nas constituições brasileiras.

Ao interpretar pelas primeiras vezes este instituto, o Supremo Tribunal Federal seguiu a orientação que entendia a prerrogativa como uma regra necessária para o bom desempenho dos cargos por ela abrangidos. Assim, na Reclamação 473, DJ 08.06.1962, relatada pelo Ministro Victor Nunes Leal, a Corte assentou que (**grifos** nossos):

“A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. **Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuaram contra ele.** A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e favor do acusado.

Essa correção, sinceridade e independência moral com que

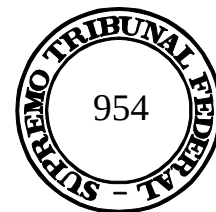


AP 937 QO / RJ

a lei quer que sejam exercidos os cargos públicos ficaria comprometida, se o titular pudesse reinar que, cessada a função, seria julgado, não pelo Tribunal que a lei considerou o mais isento, a ponto de o investir de jurisdição especial para julgá-lo no exercício do cargo, e sim, por outros que, presumidamente, poderiam não ter o mesmo grau de isenção. Cessada a função, pode muitas vezes desaparecer a influência que, antes, o titular do cargo estaria em condições de exercer sobre o Tribunal que houvesse de julgar; entretanto, em tais condições, ou surge, ou permanece, ou se alarga a possibilidade, para outrem, de tentar exercer influência sobre quem vai julgar o ex-funcionário ou ex-titular de posição política, reduzido então, frequentemente, à condição de adversário da situação dominante. É, pois, em razão do interesse público do bem exercício do cargo, e não do interesse pessoal do ocupante que deve subsistir, que não pode deixar de subsistir a jurisdição especial, com prerrogativa da função, mesmo depois de cessado o exercício.”

Foi, portanto, por meio da análise da *funcionalidade* do instituto que se examinou o alcance da prerrogativa, admitindo-se, como se fez no precedente relatado pelo Ministro Victor Nunes Leal, que se estenda até para aos que tenham deixado a função. Essa posição foi, então, confirmada na Súmula 394 que dispunha que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

A técnica funcional também não é inédita na experiência constitucional. Na Alemanha, por exemplo, a *Funktionsfähigkeit* foi empregada pela Corte Constitucional para reconhecer a constitucionalidade da cláusula de barreira, justificada por meio da funcionalidade do Parlamento e do Governo. De modo semelhante, a restrição ao exercício da liberdade religiosa por parte dos professores da rede pública de ensino é justificada pela funcionalidade do sistema público de educação. Entre nós, a mesma ideia foi empregada para

**AP 937 QO / RJ**

justificar a impossibilidade de exercício do direito de greve por parte de policiais civis (RE 654.432, Redator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgamento de 05.04.2017).

A lógica *funcional* que guiava a interpretação da prerrogativa de foro foi, posteriormente, examinada à luz do texto expresso da Constituição, que não prevê a extensão da prerrogativa aos que já não mais ocupam cargo público. Essa orientação consta dos julgamentos que promoveram o cancelamento da Súmula 394 (Inq 687 QO, DJ de 09.11.2001; AP 315 QO, DJ de 31.10.2001; AP 319 QO, DJ de 31.10.2001; Inq 656 QO, DJ de 31.10.2001; Inq 881 QO, DJ de 31.10.2001; AP 313 QO, DJ de 12.11.1999).

Do voto do Ministro Sydney Sanches no Inq 687, extraem-se as seguintes razões que motivaram a Corte a rever seu posicionamento (**grifos** nossos):

“17. Enfim, do exposto se verifica que, mesmo após o advento da Constituição de 1988, esta Corte vem mantendo a orientação da Súmula 394, firmada ao tempo em que a Constituição então vigente, a de 1946, sequer atribuía competência originária ao Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar Deputados Federais e Senadores, por crimes comuns.

18. Parece-me, porém, que é chegada a hora de uma revisão do tema, ao menos para que se firme a orientação da Corte, daqui para frente, ou seja, sem sacrifício do que já decidiu com base na Súmula 394, seja ao tempo da Constituição de 1946, seja à época da E.C. nº 1/69, seja sob a égide da Constituição atual de 1988.

19. A tese consubstanciada na Súmula 394 não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, “b”, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar “os membros do Congresso Nacional”, nos crimes comuns.

Continua a norma constitucional não contemplando, ao menos expressamente, os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-



AP 937 QO / RJ

Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, “b” e “c”).

20. Em outras palavras, a Constituição não é explícita em contemplar, com a prerrogativa de foro perante esta Corte, as autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato.

21. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce.

22. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita nesta Corte.

23. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo.

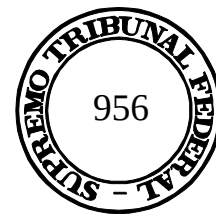
24. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos.

25. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.

26. Além disso, quando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte.

Mas os tempos são outros. Já não são tão raras as hipóteses de Inquéritos, Queixas ou Denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente da República.

E a Corte, como vem acentuando seu Presidente, o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com



AP 937 QO / RJ

o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição, enquanto se aguardam as decantadas reformas constitucionais do Poder Judiciário, que, ou encontram fortíssimas resistências dos segmentos interessados, ou não contam com o interesse maior dos responsáveis por elas.

E não se pode prever até quando perdurarão essas resistências ou esse desinteresse.

27. É de se perguntar, então: deve o Supremo Tribunal Federal continuar dando interpretação ampliativa a suas competências, quando nem pela interpretação estrita, tem conseguido exercitá-las a tempo e a hora?

28. Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte, em seu papel de guarda maior da Constituição Federal e de cúpula do Poder Judiciário Nacional.

29. Objetar-se-á, ainda, que os processos envolvendo ex-titulares de cargos ou mandatos, com prerrogativa de foro perante esta Corte, não são, assim, tão numerosos, de sorte que possam agravar a sobrecarga já existente sem eles.

Mas não se pode negar, por outro lado, que são eles trabalhosíssimos, exigindo dos Relatores que atuem como verdadeiros Juízes de 1º grau, à busca de uma instrução que propicie as garantias que justificaram a Súmula 394.

30. Penso que, a esta altura, se deva chegar a uma solução oposta a ela, ao menos como um primeiro passo da Corte para se aliviar das competências não expressas na Constituição, mas que ela própria se atribuiu, ao interpretá-la ampliativamente e, às vezes, até, generosamente, sem paralelo expressivo no Direito Comparado.

31. Se não se chegar a esse entendimento, dia virá em que o Tribunal não terá condições de cuidar das competências explícitas, com o mínimo de eficiência, de eficácia e de celeridade, que se deve exigir das decisões de uma Suprema Corte.

Os riscos, para a Nação, disso decorrentes, não podem ser

**AP 937 QO / RJ**

subestimados e, a meu ver, não de ser levados em grande conta, no presente julgamento.

32. Aliás, diga-se de passagem, se nem a própria Câmara dos Deputados quis continuar permitindo o exercício do mandato, pelo acusado, tanto que o cassou, ao menos em hipótese como essa parece flagrantemente injustificada a preocupação desta Corte em preservar a prerrogativa de foro.

33. Nem se deve presumir que o ex-titular de cargo ou mandato, despojado da prerrogativa de foro, fique sempre exposto à falta de isenção dos Juízes e Tribunais a que tiver de se submeter.

E, de certa forma, sua defesa até será mais ampla, com as quatro instâncias que a Constituição Federal lhe reserva, seja no processo e julgamento da denúncia, seja em eventual execução de sentença condenatória.

E sempre restará a esta Corte o controle difuso de constitucionalidade das decisões de graus inferiores. E ao Superior Tribunal de Justiça o controle de legalidade. Além do que já se faz nas instâncias ordinárias, em ambos os campos.

34. Por todas essas razões, proponho o cancelamento da Súmula 394.”

Da leitura do voto do Ministro Sydney Sanches, é possível depreender não apenas que a orientação nova deriva de uma rigorosa e restritiva interpretação do texto constitucional, como também da alteração da própria realidade social.

Seria possível afirmar, na esteira da interpretação formulada pelo Ministro Sydney Sanches, que o Supremo Tribunal Federal promoveu verdadeira mutação constitucional. O conceito dessa forma de alteração de normas constitucionais foi bem expressado doutrinariamente pelos e. Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Confirmam-se:

“A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe

AP 937 QO / RJ

norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito”

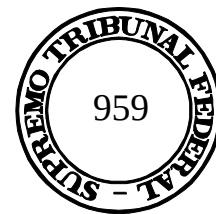
(BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 165).

“Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional”.

(MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 134).

Na mesma direção, esta Corte já reconheceu “a legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea” (HC 96.772, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 20.08.2009).

Nessa linha de compreensão, parece evidente que, também nesta questão de ordem, esteja-se a reexaminar o sentido da norma constitucional. Faz-se necessário, portanto, que, ao lado de eventuais alterações da realidade social, avalie-se também a emergência de nova

**AP 937 QO / RJ**

visão jurídica.

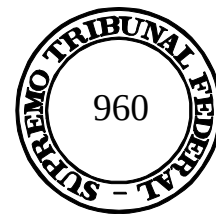
O voto do Ministro Celso de Mello no citado HC 96.772 apresenta relevante diretriz interpretativa a guiar essa tarefa. Nesse precedente, discutia-se a compatibilidade da prisão de depositário infiel com a Constituição da República. Como registrou o e. Ministro Celso de Mello, o papel do Poder Judiciário na exegese atualizadora em face das normas internacionais é prestigiar a regra interpretativa *pro homine*:

“O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”.

Assim no entender do Ministro Celso de Mello, as normas internacionais constituem importante guia na ressignificação que a Corte deu no que tange ao cabimento da prisão civil do depositário infiel.

O mesmo raciocínio é, sem dúvidas, aplicável ao caso dos autos. Com efeito, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu Artigo 8 (2), “h”, garante a todos o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior, em linha, portanto, com o que dispõe o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em seu Artigo 14 (5). Embora não se encontre na Constituição da República dispositivos com idêntico teor, inclui-se, na cláusula do *due process of law*, prevista no art. 5º, LIV, da CRFB, o direito ao recurso.

Esse problema foi explicitado pelo Ministro Celso de Mello, quando do julgamento sobre a admissibilidade dos embargos infringentes opostos em face do julgamento da ação penal 470. Registrou o Decano

**AP 937 QO / RJ**

desta Corte:

“O magistério da doutrina, por sua vez, ao examinar a garantia constitucional do *“due process of law”*, nela identifica, no que se refere ao seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *“ex post facto”*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); (l) direito à prova; e (m) direito ao recurso.

Vê-se, daí, na abordagem tradicional do tema, que o direito ao recurso qualifica-se como prerrogativa jurídica intimamente vinculada ao direito do interessado à observância e ao respeito, pelo Poder Público, da fórmula inerente ao *“due process of law”*, consoante adverte expressivo magistério doutrinário (ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, *“Garantias Processuais nos Recursos Criminais”*, p. 48/50, item n. 1.5, 2002, Atlas; VICENTE GRECO FILHO, *“Tutela Constitucional das Liberdades”*, p. 110, 1989, Saraiva; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *“Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais”*, p. 364/366, item n. 2.1.1, 2010, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *“Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”*, p. 71/74, 2ª ed., 2004, RT, v.g.), valendo observar, ainda, que alguns autores situam o direito de recorrer na perspectiva da Convenção Americana de Direitos Humanos, como o faz GERALDO PRADO (*“Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Brasileiro: Visão a partir da*

AP 937 QO / RJ

Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier” “in” “Direito Processual Penal: Uma visão garantista”, p. 105/119, 2001, Lumen Juris), ou, até mesmo, invocam, como suporte dessa prerrogativa fundamental, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a que o Brasil aderiu em 1992 (ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 42/44, item n. 3.7.5, 2ª ed., 2010, Campus Jurídico).”

Em seguida, tendo reconhecido o alcance da cláusula do duplo grau de jurisdição, assentou o Ministro Celso de Mello:

“Esse direito ao duplo grau de jurisdição, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro, decretadas, em sede originária, por Cortes Supremas de Justiça estruturadas no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, como obrigatória, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.

Não custa lembrar que o Brasil, apoiando-se em soberana deliberação, submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que significa – considerado o formal reconhecimento da obrigatoriedade de observância e respeito da competência da Corte (Decreto nº 4.463/2002) – que o Estado brasileiro comprometeu-se, por efeito de sua própria vontade político-jurídica, “a cumprir a decisão da Corte em todo caso” de que é parte (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 68). “Pacta sunt servanda”...

Com efeito, o Brasil, no final do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (Decreto nº 4.463, de 08/11/2002), reconheceu como obrigatórias a jurisdição e a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta

AP 937 QO / RJ

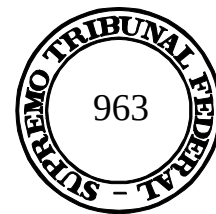
Convenção” (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 62), o que legitima o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, do controle de convencionalidade, vale dizer, da adequação e observância, por parte dos Estados nacionais que voluntariamente se submeteram, como o Brasil, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, no contexto do sistema interamericano, pela Convenção Americana de Direitos Humanos.”

Assim, como indicou o Ministro Decano, a admissão do recurso de embargos “busca permitir, ainda que de modo incompleto, a concretização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visaria a amparar o direito consagrado na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realiza, embora insuficientemente, a cláusula convencional da proteção judicial efetiva”.

Essa interpretação é respaldada pela jurisprudência internacional. O Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos afirmou, no Comentário Geral n. 32 (CCPR/C/GC/32/ par. 47), que:

“O Artigo 14, parágrafo 5 é violado não apenas se a decisão de uma corte de primeira instância é final, mas também se o juízo de culpa é imposto por uma corte de apelação ou uma corte de instância final, em seguida de uma absolvição por uma corte inferior, conforme o direito doméstico, sem que haja revisão por outra corte superior. Quando a mais alta corte de uma país age como primeira e única instância, a ausência de um direito de revisão a um tribunal não é mitigada pelo fato de ser processado pelo supremo tribunal do Estado parte concernente; ao contrário, tal sistema é incompatível com o Pacto, salvo se o Estado parte houve formulado uma reserva em relação a esse efeito”.

(Tradução livre).



AP 937 QO / RJ

“Article 14, paragraph 5 is violated not only if the decision by the court of first instance is final, but also where a conviction imposed by an appeal court or a court of final instance, following acquittal by a lower court, according to domestic law, cannot be reviewed by a higher court. Where the highest court of a country acts as first and only instance, the absence of any right to review by a higher tribunal is not offset by the fact of being tried by the supreme tribunal of the State party concerned; rather, such a system is incompatible with the Covenant, unless the State party concerned has made a reservation to this effect.”

Deve-se ter em conta que não houve, por parte do Estado brasileiro, qualquer reserva ao artigo 14(5) do Pacto Internacional. Tal reserva seria fundamental para afastar a incompatibilidade desse dispositivo com o texto constitucional, tendo já sido reconhecida pelo Comitê a compatibilidade de uma reserva que, nos moldes da que fez a Itália, declarasse que “o artigo 14, parágrafo 5, é empregado sem prejuízo da aplicação de normas italianas que, de acordo com a Constituição da República Italiana, governem a conduta, apenas em um nível, dos procedimentos estabelecidos perante a Corte Constitucionais relativamente a acusações formuladas contra o Presidente da República e seus Ministros”. Esse entendimento decorre da decisão proferida no caso *Duilio Fanali v. Itália*, Comunicação n. 75/1980.

Registre-se, ainda, que, de acordo com o Comentário Geral, o direito de reexame é substantivo, isto é, abrange tanto aspectos probatórios quanto jurídicos. Assim, sequer supririam essa exigência os recursos especial e extraordinário, presente na prática processual brasileira, porquanto, consabido, não são recursos hábeis ao reexame do contexto fático.

Há que se ressaltar, também, que a incompatibilidade da prerrogativa de foro decorre do que se decidiu em diversas comunicações individuais. No caso *Terrón v. Espanha*, por exemplo, o Comitê decidiu

AP 937 QO / RJ

que (Comunicação n. 1.073/2002, CCPR/C/82/D/1073/2002 (2004)/ par. 7.4):

“O Estado parte sustenta que em situações como a do autor, se um indivíduo foi processado pela mais alta corte criminal comum, a garantia prevista no artigo 14, parágrafo 5, do Pacto não é aplicável; que a ausência desse direito de revisão por um tribunal superior é contrabalançada pelo fato de ser julgado pela mais alta corte, e que essa situação é comum em vários Estados partes do Pacto. O Artigo 14, parágrafo 5, do Pacto estipula que qualquer pessoa considerada culpada de um crime deve ter o direito de seu juízo de culpa e de sua sentença serem revistas por um tribunal hierarquicamente superior de acordo com o direito. O Comitê observa que “de acordo com o direito” não significa que a mera existência de um direito de revisão é deixado à discricionariedade dos Estados partes. Embora a legislação do Estado parte disponha que em algumas circunstâncias o processamento de um indivíduo, por causa de sua posição, por uma corte superior a que normalmente seria o caso, essa circunstância tomada individualmente em consideração não podem restringir o direito do acusado a ter sua revisão de sentença e convicção pela corte. O Comitê conclui, portanto, que houve uma violação do artigo 14, parágrafo 5, do Pacto relativamente aos fatos indicados na comunicação.”

(Tradução livre).

“The State party contends that in situations such as the author's, if an individual is tried by the highest ordinary criminal court, the guarantee set out in article 14, paragraph 5, of the Covenant does not apply; the absence of a right to review by a higher tribunal is offset by the fact of being tried by the highest court, and this situation is common in many States parties to the Covenant. Article 14, paragraph 5, of the Covenant stipulates that everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law. The Committee points out

AP 937 QO / RJ

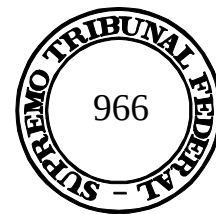
that "according to law" is not intended to mean that the very existence of a right to review is left to the discretion of the States parties. Although the State party's legislation provides in certain circumstances for the trial of an individual, because of his position, by a higher court than would normally be the case, this circumstance alone cannot impair the defendant's right to review of his conviction and sentence by a court. The Committee accordingly concludes that there has been a violation of article 14, paragraph 5, of the Covenant with regard to the facts submitted in the communication."

É verdade que, no sistema europeu de proteção aos direitos humanos, esse direito tem tido interpretação menos elástica, em vista do que dispõe o Protocolo 7, Artigo 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos que prevê que o direito ao duplo grau pode ser excepcionado "quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição".

Ocorre, no entanto, que, no sistema interamericano, a Corte de São José expressamente rechaçou a alegação feita pela Argentina de que a garantia do duplo grau poderia ser restringida à luz do disposto na Convenção Europeia:

"El Estado ha sostenido que sería permitido establecer excepciones al derecho a recurrir condenas penales (supra párr. 68), con base en que el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales permite determinadas excepciones. Al respecto, la Corte no coincide con el alcance que Argentina otorga a esa norma del Sistema Europeo para interpretar la correspondiente norma de la Convención Americana, ya que precisamente esta última no previó excepciones como sí lo hizo expresamente la disposición del Sistema Europeo."

Ademais, o ex-juiz da Corte Interamericana Sergio García Ramírez,

**AP 937 QO / RJ**

em obra doutrinária sobre o sistema interamericano afirmou:

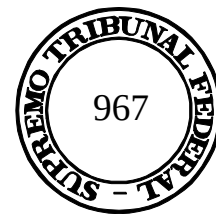
“A determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos implica uma “nova leitura” dos meios impugnativos. O tribunal não se pronunciou a favor da cassação – clássica ou modificada – nem da apelação, que foi removida do sistema penal. Apenas exigiu a revisão cabal do caso, atendendo ao texto do artigo 8.2.h e a interpretação que outorga o maior alcance garantista em favor do recorrente, critério que igualmente se aplica em casos de atuação de um foro especial, na qual houvesse julgamentos em primeira e única instância pelo mais alto tribunal de seu país, assim como nos casos de condenação na segunda instância. Trata-se de um exemplo relevante da prevalência do princípio *pro homine* a despeito de obstáculos materiais e de considerações processuais que passam ao segundo plano.

(RAMÍREZ, Sergio García. Garantías Judiciales: Doble Instancia y Amparo de Derechos Fundamentales (Artículos 8.2.h y 25 CADH. In: La Protección de los Derechos Humanos a través del debido proceso. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013).”

Assim, como advertiu o Ministro Celso de Mello, quer no sistema global, quer no sistema interamericano, a regra de prerrogativa de foro cria grandes entraves para a plena realização do direito ao duplo grau de jurisdição.

Essas considerações demonstram que a interpretação sobre o alcance da regra de prerrogativa de foro deve ser feita à luz de uma legítima limitação do direito ao duplo grau de jurisdição. Cuida-se, portanto, de examinar em que medida a discriminação constante dos arts. 29, X, 102, I, “b” e “c”, e 105, I, “a”, da Constituição da República é compatível a cláusula do *due process*.

Com efeito, nem toda diferenciação é, necessariamente, inconstitucional. O próprio Comitê de Direitos Humanos, no Comentário Geral n. 18 (HRI/GEN/1/ Rev.9 (Vol. I)/ par. 13), afirmou que “se os



AP 937 QO / RJ

critérios para essa diferenciação forem razoáveis e objetivos e se a finalidade é atingir um propósito que é legítimo em relação ao Pacto”, então tal diferença de tratamento pode ser admitida, sem que se configure ofensa ao princípio da igualdade. *A contrario sensu*, uma interpretação mais elastecida da cláusula do foro, que a defenda ainda que sem justificativa razoável e objetiva, consubstancia violação inconstitucional do princípio da igualdade.

Nessa linha de entendimento, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, no caso *Crociani e outros v. Itália*, ns. 8.603/79, 8.722/79, 8.723/79 e 8.729/79, decisão de 18.12.1980, fixou o entendimento segundo o qual “o fato de um ministro submeter-se a julgamento perante a Corte constitucional e, portanto, ficar privado de um duplo grau de jurisdição não configura (...) uma discriminação”. Isso porque, no entender da Comissão, essa diferenciação decorre “de um elemento objetivo que é a condição de ministro revestida pelo requerente quando os fatos que lhes foram imputados e a circunstâncias dessas infrações terem sido cometidas por ele no exercício de suas respectivas funções”.

Além disso, ainda de acordo com a Comissão, seria preciso avaliar os motivos que levaram o legislador a optar pela criação dessa prerrogativa. A Comissão, neste ponto, entendeu relevante o de garantir ao Parlamento a possibilidade de opinar sobre o controle dos atos do Executivo, porquanto, nessa hipótese, os delitos foram cometidos por seus membros quando do exercício de suas funções. É igualmente relevante a justificativa do interesse público devido ao fato de que são pessoas que ocupam altos cargos e são suspeitas de cometerem crimes no exercício de suas funções. Noutras palavras, a Comissão parece reconhecer que o caminho para a adequação entre a prerrogativa de foro e a restrição ao duplo grau reside em um cuidadoso exame da funcionalidade do instituto.

O mesmo entendimento foi esboçado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, ao assentar que “quando a imunidade parlamentar impede o exercício do direito ao acesso à justiça, o exame sobre se determinada medida é proporcional a Corte examina se atos impugnados

AP 937 QO / RJ

estão conectado com o exercício da função parlamentar em sentido estrito (caso *Syngelidis v. Grécia*, n. 24.895/07, par. 44, tradução livre).

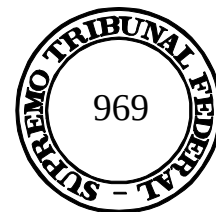
Como já se indicou nesta manifestação, essa é também a linha que tem norteado os debates desta Corte sobre o tema. Assim, quando do exame da extensão da regra de imunidade do Presidente da República, estabelecida pelo art. 86, § 4º, da CRFB, aos governadores, entendeu o Supremo Tribunal Federal que “a *ratio* subjacente a essa cláusula de liberdade instituída pela Constituição Federal em favor do Presidente da República somente se justifica pela condição de Chefe de Estado ostentada, em nosso sistema jurídico, pelo titular do Poder Executivo da União” (ADI 1.010, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão Ministro Celso de Mello, DJ 17.11.1995).

No que tange especificamente à prerrogativa de foro, a orientação, tal como se depreende do voto do Ministro Victor Nunes Leal, já referido neste voto, é a de que “os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuaram contra ele”.

Esse entendimento, todavia, com a devida vênia, não se ajusta às garantias judiciais consagradas pela Constituição, na medida em que a “isenção” de um tribunal é direito de todos (artigo 8(1) do Pacto de São José), sem que se possa falar em grau de isenção, sob pena de admitir-se, ainda que *a contrario sensu*, que os que não detêm a prerrogativa estão sujeitos a um julgamento parcial. Haveria, assim, nítida ofensa à igualdade, porquanto o julgamento penal deve fundar-se na livre apreciação de *atos*, não da função de cargos.

Ademais, a decorrência lógica dessa compreensão havia sido a Súmula 394, visto que a necessária “tranquilidade para o exercício da função” deixaria de existir no momento em que a autoridade perdesse o foro. Esse raciocínio, no entanto, foi expressamente rechaçado pelo Tribunal quando, em questão de ordem, decidiu cancelar a Súmula.

Também não se afigura correta a interpretação que atribui à prerrogativa a função de garantir a boa administração da justiça,

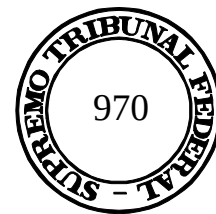
**AP 937 QO / RJ**

“afastando”, como afirmava Romão Côrtes de Lacerda, “a possibilidade da influência do acusado sobre o juiz de hierarquia inferior” (Revista de Direito Administrativo, n. 5, p. 93). Ou ainda, na linha de Aury Lopes Jr., que defende a prerrogativa como necessária para “assegurar a tranquilidade e a independência de quem julga” (Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 295), e no sentido, com que se manifestou o Tribunal Supremo espanhol, quando do julgamento da sentença 22/1997, de 1 de fevereiro:

“Aflora assim a finalidade cuja salvaguarda se persegue mediante a constitucionalização da prerrogativa especial de Deputados e Senadores. Proteger a independência e sossego tanto do órgão legislativo como do jurisdicional, em face de potenciais pressões externas ou as que podem exercer o próprio acusado em razão do cargo político e institucional que desempenha. A prerrogativa de foro atua, deste modo, como instrumento da salvaguarda da independência institucional tanto das Cortes Gerais [Parlamento] como do próprio Poder Judiciário, ou, dito de outro modo, a prerrogativa preserva um certo equilíbrio entre os poderes e, ao mesmo tempo, a resistência mais eficaz frente à eventual transcendência da resolução judicial na composição do Parlamento. Por isso, não se pode estranhar que o constituinte tenha atribuído expressamente o conhecimento de tais causas à Sala Penal do Tribunal Supremo, como órgão jurisdicional superior dos que integram aquele poder do Estado”.

Isso porque a independência do Poder Judiciário é assegurada pelas garantias atribuídas aos juízes de todo o país, conforme disposto no art. 95 da CRFB. Assim, não é “necessária” a ligação entre a prerrogativa de foro e a independência da magistratura.

Ademais a experiência comparada, na esteira do que já se debateu em outras oportunidades quando esta Corte examinou o alcance da cláusula de foro, demonstra que a inexistência de prerrogativa não atinge a “tranquilidade e independência” da magistratura. Nesse sentido, María

**AP 937 QO / RJ**

Luz Martínez Alarcón, analisando particularmente o caso espanhol, advertiu que:

“A existência de especificidades no procedimento para exigir a responsabilidade dos membros das Assembleias Legislativas é generalizada no direito constitucional comparado (do mesmo modo que, como vimos, ocorre em relação à responsabilidade da Chefia de Estado e de Governo). Se concentram, especialmente, através da prerrogativa da imunidade parlamentar. Ao contrário, o foro especial parlamentar é uma prerrogativa que não se reconhece no direito comparado europeu.

Salvo no caso espanhol, apenas se contempla a prerrogativa de foro nos Países Baixo (o artigo 119 da Constituição holandesa estabelece que os membros do Parlamento serão julgados pela Corte Suprema por delitos cometidos no exercício de suas funções) e na Grécia (o artigo 61.2 de sua Constituição estabelece que o Tribunal de Apelação é competente para julgar os delitos de difamação cometidos pelos parlamentares no exercício de suas funções). Por outro lado, nem a Constituição alemã, nem a francesa, nem a italiana, nem a portuguesa, nem a austríaca, nem a belga, nem a luxemburguesa, nem a dinamarquesa, nem a norueguesa, nem a finlandesa, nem, finalmente, a sueca, preveem a prerrogativa de foro. (...)

Por outra parte, no novo constitucionalismo europeu, a inexistência constitucional de prerrogativa é também a regra geral. Nem as Constituições da República Checa, da República Eslovaca, da Hungria, da Eslovênia, da Croácia, da Bósnia Herzegovina, da Sérvia, da Macedônia, da Albânia, da Bulgária, da Estônia, da Letônia, da Lituânia, da Ucrânia ou da Moldávia reconhecem a figura. Tampouco se pode considerar um exemplo de prerrogativa a intervenção do Tribunal de Estado polaco, pois este apenas pode se pronunciar sobre a perda de mandato dos parlamentar se se produz um descumprimento da proibição de desenvolver certa atividade empresarial (artigos

AP 937 QO / RJ

198 a 201 da Constituição polaca).

Deve-se destacar, porque excepcionais, os casos da Romênia, na Europa Central, e da Bielorrússia, na Europa Oriental. As prerrogativas na Romênia (artigo 69 de sua Constituição) e Bielorrússia (artigo 102 de sua Constituição), foram redigidas de forma muito similar ao texto espanhol (o órgão de foro em ambos é o Tribunal Supremo).

Em definitivo, a Espanha constitui uma exceção no contexto geral europeu de ausência de prerrogativa parlamentar, e, ademais, pode ser considerada a exceção mais importante porquanto pôde influir na assunção da prerrogativa por parte de alguns países – pouquíssimos – da Europa central (Romênia) e oriental (Bielorrússia)."

(ALARCÓN, María Luz Martínez. *El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y derecho comparado*. Teoría y Realidad Constitucional, n. 35, 2015, p. 467, tradução livre).

Por evidente, não se deve tomar tais considerações doutrinárias como guia de interpretação diretamente aplicável ao caso brasileiro. Antes, elas revelam que o tradicional argumento funcional ligado à necessidade de independência do Poder Judiciário é falso, porquanto a inexistência de prerrogativa não gera maiores restrições à realização do Estado Democrático de Direito.

Não se poderia afirmar, tampouco, que o foro visa inibir eventuais demandas abusivas em face de agentes que, por sua função, não poderiam manter seus afazeres se continuamente demandados pelo Poder Judiciário. Esse argumento só poderia referir-se às ações penais, tendo em vista que, conforme texto expresso da Constituição, as causas cíveis não são julgadas originariamente pelo Supremo Tribunal Federal. No que tange às causas penais, o argumento também não prospera. Isso porque as garantias de imparcialidade, assim como as de responsabilidade, que incumbem aos membros do Ministério Público são indistintas, quer para os membros que atuam no primeiro grau, quer para o Procurador-Geral da República. Além disso, a falsa imputação de crime é penalmente tutelada pelo ordenamento nacional (art. 339 do Código

AP 937 QO / RJ

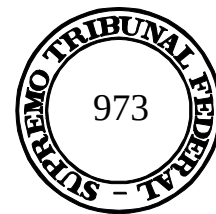
Penal).

À luz de uma interpretação sistemática seria possível, finalmente, justificar uma função para a prerrogativa que remete à regra de julgamento pelos pares ou, ainda, de julgamento hierárquico. A justificativa para a prerrogativa fundamenta-se, neste caso, no próprio controle que um poder exerce sobre o outro (art. 2º da CRFB) ou na direção superior que incumbe aos respectivos chefes de poderes (art. 84, II, da CRFB, pelo Poder Executivo, por exemplo).

Assim, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, os membros do Conselho Nacional de Justiça, os membros do Conselho Nacional do Ministério Público e o Advogado-Geral da União são processados e julgados, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal (art. 52, II, da CRFB). Ainda nos crimes de responsabilidade, os Ministros dos Tribunais Superiores são julgados pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “c”, da CRFB); os desembargadores, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “a”, da CRFB); os juízes federais, pelos respectivos Tribunais Regionais (art. 108, I, “a”, da CRFB); e os estaduais, pelos Tribunais de Justiça (art. 96, III, da CRFB).

No que tange às causas criminais, cuja competência para julgamento é exclusiva do Poder Judiciário (art. 5º, LVII e LXI, da CRFB), parece ter o constituinte optado também por guardar a similitude hierárquica. Assim, o disposto no art. 102, I, “b”, da CRFB poderia ser compreendido como regra que, por equiparação hierárquica, garante o controle de um poder sobre o outro. Não se poderia afirmar que a finalidade da prerrogativa, nessa linha de compreensão – e somente nela –, é plenamente ilegítima e constitucionalmente inadequada.

Noutras palavras, tendo em vista que a prerrogativa constitui-se em evidente exceção à garantia do devido processo legal, consubstanciada no duplo grau de jurisdição em matéria penal, e ao princípio da igualdade, se ampliado seu escopo às causas em que não há interferência de um poder sobre o outro, não se pode admitir interpretação que elasteça suas hipóteses de incidência, nem se pode aplicá-la se não houver justificativa



AP 937 QO / RJ

manifesta para tanto.

Nessa direção, também a experiência comparada tem apontado serem poucos os fins que legitimamente justificam as restrições aos direitos previstos na Convenção Europeia. A Corte de Estrasburgo, por exemplo, no caso A. v. Reino Unido (caso 35.373/97, julgado em 17.12.2002) concluiu que “a imunidade parlamentar de que gozam os membros do parlamento (...) têm o legítimo fim de proteger a liberdade de manifestação no Parlamento e de manter a separação dos poderes ente o legislativo e o judiciário”.

Essa inferência já permite afastar os casos de alargamento do foro para excepcionar o princípio do juiz natural. Com efeito, a interpretação da competência *ratione personae* em face de membros do Congresso Nacional, constante do art. 102, I, “b”, da CRFB, assentava que, diplomado ou nomeado ao cargo, também deveriam subir ao Supremo Tribunal Federal todas as causas penais que eram atribuídas a quem agora torna-se Deputado ou Senador.

Convém registrar que a primeira inflexão desta Corte, quando ainda interpretava o art. 32, § 2º, da EC 01/69, era a de que a competência original decorrente da prerrogativa de foro desloca-se “*ex tunc*” para o Supremo Tribunal Federal (...) com a consequente nulidade de pleno direito de todos os atos decisórios” (Inq 141, Rel. Ministro Soares Muñoz, Pleno, DJ 12.08.1983).

Posteriormente, no Inq 571, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 05.03.1993, o Tribunal, embora mantivesse o entendimento de que “é indiscutível que a diplomação do acusado, eleito deputado federal, no curso do processo, em que já adviera sentença condenatória pendente de apelação, acarretou a imediata cessação da competência da justiça local e seu deslocamento para o Supremo Tribunal”, assentou “a validade dos atos antecedentes à alteração da competência inicial” que deveria ser aferida “segundo o estado de coisas anterior ao fato determinante do seu deslocamento”. Confira-se:

“STF: COMPETÊNCIA PENAL ORIGINARIA POR
PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: ADVENTO DA

AP 937 QO / RJ

INVESTIDURA NO CURSO DO PROCESSO: INEXISTÊNCIA DE NULIDADE SUPERVENIENTE DA DENUNCIA E DOS ATOS NELE ANTERIORMENTE PRATICADOS: REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL. 1. A "PERPETUATIO JURISDICTIONIS", EMBORA APLICÁVEL AO PROCESSO PENAL, NÃO É ABSOLUTA: ASSIM, "V.G.", É INDISCUTÍVEL QUE A DIPLOMAÇÃO DO ACUSADO, ELEITO DEPUTADO FEDERAL, NO CURSO DO PROCESSO, EM QUE JÁ ADVIERA SENTENÇA CONDENATÓRIA PENDENTE DE APELAÇÃO, ACARRETOU A IMEDIATA CESSAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA LOCAL E SEU DESLOCAMENTO PARA O SUPREMO TRIBUNAL. 2. DAI NÃO SE SEGUE, CONTUDO, A DERROGAÇÃO DO PRINCÍPIO "TEMPUS REGIT ACTUM", DO QUAL RESULTA, NO CASO, QUE A VALIDADE DOS ATOS ANTECEDENTES À ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA INICIAL, POR FORÇA DA INTERCORRENTE DIPLOMAÇÃO DO RÉU, HÁ DE SER AFERIDA, SEGUNDO O ESTADO DE COISAS ANTERIOR AO FATO DETERMINANTE DO SEU DESLOCAMENTO. 3. NÃO RESISTEM À CRÍTICA OS FUNDAMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA EM CONTRÁRIO, QUE SE VINHA FIRMANDO NO STF: A) O ART. 567 C. PR. PEN. FAZ NULOS OS ATOS DECISÓRIOS DO JUIZ INCOMPETENTE, MAS NÃO EXPLICA A SUPOSTA EFICÁCIA "EX TUNC" DA INCOMPETÊNCIA SUPERVENIENTE À DECISÃO; B) A PRETENSA ILEGITIMIDADE SUPERVENIENTE DO AUTOR DA DENUNCIA AFRONTA, ALÉM DO POSTULADO "TEMPUS REGIT ACTUM", O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. 4. ENQUANTO PRERROGATIVA DA FUNÇÃO DO CONGRESSISTA, O INÍCIO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL HÁ DE COINCIDIR COM O DIPLOMA, MAS NADA IMPÕE QUE SE EMPRESTE FORÇA RETROATIVA A ESSE FATO NOVO QUE O DETERMINA. 5. DESSE MODO, NO CASO, COMPETIRIA AO STF APENAS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO PENDENTE CONTRA A SENTENÇA

AP 937 QO / RJ

CONDENATÓRIA, SE, PARA TANTO, A CÂMARA DOS DEPUTADOS CONCEDESSE A NECESSÁRIA LICENÇA. 6. A INTERCORRENCIA DA PERDA DO MANDATO DE CONGRESSISTA DO ACUSADO, POREM, FEZ CESSAR INTEGRALMENTE A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL, DADO QUE O FATO OBJETO DO PROCESSO É ANTERIOR À DIPLOMAÇÃO. 7. DEVOLVEU-SE, EM CONSEQUÊNCIA, AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDONIA A COMPETÊNCIA PARA JULGAR A APELAÇÃO PENDENTE, UMA VEZ QUE A DIPLOMAÇÃO DO RÉU NÃO AFETOU A VALIDADE DOS ATOS ANTERIORMENTE PRATICADOS, DESDE A DENÚNCIA À SENTENÇA CONDENATÓRIA.”

(Inq 571 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1992, DJ 05-03-1993 PP-02897 EMENT VOL-01694-02 PP-00225 RTJ VOL-00147-03 PP-00902)

Com a devida vênia da compreensão que há muito foi fixada por este Tribunal, não se afigura legítimo restringir quer a igualdade, quer o devido processo legal, por ato praticado por quem não detinha condições de ofender o bem tutelado pela prerrogativa de foro: o livre funcionamento dos poderes.

O caso dos autos é paradigmático: denunciado por corrupção eleitoral, o réu sequer foi sentenciado. Tendo chegado a termo seu mandato como Prefeito, houve o deslocamento do processo para o Juízo da Zona Eleitoral do Rio de Janeiro. Posteriormente, com sua diplomação, houve novo deslocamento para este Tribunal. Sendo suplemente, porém, retornando o antigo titular ao cargo de deputado, novamente perderia o réu o foro desta Corte. O processo, contudo, sequer retornaria ao Juízo da Zona Eleitoral, porquanto o réu renunciou ao mandato de deputado para eleger-se Prefeito de Cabo Frio. Como afirmou o relator: “no presente caso (...) as diversas declinações de competência estão prestes a gerar a prescrição pela pena provável, de modo a frustrar a realização da justiça, em caso de eventual condenação”.

De fato, sem que se cogite de eventual ofensa à estrita harmonia



AP 937 QO / RJ

entre os poderes, carece de justificativa formal a aplicação do instituto a casos como o presente. Invocar a mera previsão constitucional não permite afastar a necessidade de justificar – e de bem o fazê-lo – a restrição ao devido processo legal e, ainda, ao princípio da igualdade. O foro, nesta dimensão, é um privilégio incompatível com a igualdade republicana.

Assim, a competência desta Corte para julgar originariamente membros do Congresso Nacional só pode ocorrer nos casos em que o ato atinge potencialmente o que a prerrogativa visa proteger: não a pessoa, nem o cargo, mas o livre funcionamento dos poderes. Daí que apenas quem, à época do fato, era membro do Congresso Nacional é que teria aptidão para potencialmente vulnerar a proteção conferida pelo foro. Portanto, não há razão para que a incidência do princípio do juiz natural seja distinta para esses casos. Como em todo e qualquer processo: “o nascimento da garantia do juiz natural dá-se no momento da prática do delito, e não no início do processo” (Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 260).

Embora se possa aduzir que aquele que praticou o ato na condição de membro do Congresso Nacional deva permanecer com a prerrogativa de foro tendo em vista que o ato praticado tenha aptidão para potencialmente vulnerar a separação dos poderes, é preciso rememorar que, na decisão no Inq 687 QO, DJ de 09.11.2001, esta Corte entendeu que não há na Constituição prerrogativa para aqueles que deixaram, por qualquer motivo, seus cargos. Noutras palavras, a proteção que se dá ao foro é atual: perdura apenas aos atos praticados em determinada legislatura.

Assim interpretado, poder-se-ia aduzir que o entendimento aqui defendido acaba por confundir a competência fixada *ratione personae* com a que se dá *ratione materiae*. Ocorre que essa tradicional forma de classificar as competências jurisdicionais desconsidera a necessidade de se interpretar restritivamente o alcance das regras de prerrogativa que decorrem do art. 102, I, “b”, da CRFB. Interpretar as regras de competência e classificá-las, como se a leitura delas não devesse ser

**AP 937 QO / RJ**

cotejada com os demais dispositivos constitucionais, pode, como se buscou demonstrar neste voto, violar gravemente o princípio da isonomia.

Porque o caso dos autos sequer preenche o primeiro requisito, há manifesta incompetência desta Corte para processar ou julgar o réu desta ação penal, a exigir a declinação da competência para o juízo de primeiro grau, tendo em vista que, à época dos fatos, não ostentava o réu o cargo de prefeito.

Embora não se exija investigar, para o caso dos autos, o alcance do requisito relativo a ato praticado no exercício da função, é preciso, para além do reconhecimento da proteção à separação de poderes, justificar, de modo mais detido, a função precípua desempenhada pelo Congresso Nacional.

Esta Corte, quando o julgamento do RE 600.063, Rel. Ministro Marco Aurélio, Redator para o acórdão Ministro Roberto Barroso, DJ 14.05.2015, tema 469 da Repercussão Geral, reconheceu que “as funções parlamentares abrangem, além da elaboração de leis, a fiscalização dos outros Poderes e, de modo mais amplo, o debate de ideais, fundamental par ao desenvolvimento da democracia”. Essas funções são materialmente protegidas pelo disposto no *caput* do art. 53 da CRFB (“Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”). Diz-se “materialmente”, porquanto há, aqui, uma exclusão de ilicitude (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni; e NUNES, Dierle. Comentário ao art. 53 In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013, p. 1.073) ou, como já reconheceu esta Corte em algumas manifestações, exclusão da própria tipicidade (*v.g.*, Inq 2.674, Rel. Ministro Ayres Britto, DJe 26.02.2010).

Seja como for, o alcance da regra de imunidade material tem sido restringido sempre que “os atos praticados (...) não guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar” (Inq 3.932, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 09.09.2016). Noutras



AP 937 QO / RJ

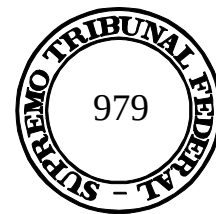
palavras, o próprio Supremo Tribunal Federal tem admitido que a regra de imunidade não é absoluta devendo relacionar-se ao estrito desempenho das funções típicas do Congresso Nacional. Essa inferência é fundamental para dessumir o sentido da atividade típica de Deputados e Senadores: ela consagra a livre manifestação de pensamento e de deliberação nas Casas do Congresso Nacional.

A garantia material é acompanhada das demais garantias procedimentais, exigindo-se, particularmente no que tange à prerrogativa de foro, que, o exame da prática de eventual crime, ou o juízo decisivo sobre a atipicidade ou antijuridicidade da conduta, seja submetido à reserva de jurisdição. É verdade que a regra constante do *caput* do art. 53 consagra uma das mais relevantes garantias para o funcionamento da democracia e é por isso que, como forma de garantir o livre funcionamento dos poderes, se estabelece a prerrogativa de foro a parlamentares. Somente nesta dimensão a regra de julgamento entre pares, o antigo *judicio parium suorum*, da prerrogativa de função se justifica. A imunidade material do parlamentar revela a interpretação constitucionalmente adequada da função típica do poder legislativo. Noutras palavras, é preciso ler a regra de competência constante do art. 53, § 1º, da CRFB como decorrente do *caput* do art. 53 e não como regra autônoma de competência, sob pena de consagra-se uma função para a prerrogativa que seja iníqua.

Assim, também por essa razão, não seria possível reconhecer a competência originária desta Corte, uma vez que o art. 102, I, “b”, da CRFB deve ser lido à luz do disposto no art. 53, *caput*, da Carta da República. Embora essa conclusão seja despicienda para a solução da presente questão de ordem, ela revela, quiçá em *obiter dictum*, que o alcance da prerrogativa de foro para os membros do Congresso Nacional deve ser restritivamente examinada.

Ante o exposto, acolho a questão de ordem para, acompanhando o relator, reconhecer a incompetência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o réu desta ação penal.

É como voto.



23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, Vossa Excelência me permite um aparte?

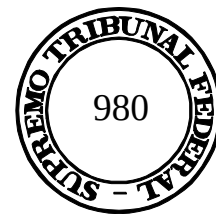
O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Há uma segunda parte, importantíssima, no voto do Relator, ligada à perpetuação da jurisdição, da competência, cessado o mandato, cessado o fato que deu origem à prerrogativa de foro.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Vossa Excelência, tem razão, por isso me referi à percepção do final do mandato, reconhecendo que há uma latitude de compreensão que, em meu modo de ver - e, neste caso, pedindo vênua ao entendimento de Vossa Excelência -, acolhe a segunda conclusão que está na proposta de voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, que propôs, então, como aqui está:

Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar a ocupar ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

Eu também estou de acordo com essa proposição.



23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

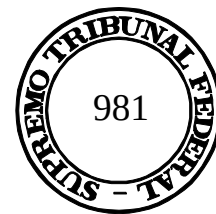
O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, na verdade, como nós temos uma Constituição rígida, essa leitura, se fosse literal, resolveria o problema: nas infrações comuns, serão julgados pelo Supremo. Entretanto, eu entendo que aqui há, exatamente pela rigidez da Constituição, uma necessidade de mutação constitucional, como nós já fizemos em vários casos, e há de exemplo o da união estável para a união homoafetiva, e assim por diante.

Por outro lado, a *ratio* do artigo realmente indica que a competência do Supremo é preservada quando o ato ilícito é praticado no exercício do cargo e em razão do cargo. Isso é o meu modo de ver - o meu voto escrito eu vou juntar -, eu não tenho a menor dúvida.

Por outro lado, nós temos, sim, como destacou o Ministro Alexandre de Moraes, uma preocupação muito grande com essas declinações de foro, ora o candidato exerce um cargo, ora exerce outro. Aqui, chamou-se a atenção para o fato de que, quando o processo baixa, ele não anda. Então, esse argumento, no meu modo de ver, ele prova demais, o que é pior ainda, porque, se ele baixa e não anda, quando ele voltar, já está prescrito. Então, é preciso efetivamente que ele tenha um juízo próprio, e que o Supremo seja reservado apenas para os ilícitos praticados no cargo e em razão dele.

Por outro lado, também, até em prol dessa nova cláusula da duração razoável dos processos, encerrada a instrução, *tollitur quaestio*, basta apenas a decisão. Aí, o processo vai à Turma ou vem ao Pleno, e a decisão é proferida.

De sorte que eu, então, acompanho, em ambas as questões, o voto do eminente Relator, acolhendo a questão de ordem nos precisos termos em que propostos pelo Ministro Luís Roberto Barroso.



23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, Senhores Ministros, Ilustre representante do Ministério Público Federal, senhores advogados.

Trata-se de aferir se é da competência criminal do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, agentes que, embora exerçam, atualmente, alguma das funções públicas previstas nas alíneas “b” e “c” do inciso I do art. 102 da CF, não a exerciam à época do cometimento do fato cogitado como criminoso ou, eventualmente, se já o exercessem, não tenham praticado o fato em questão em razão da função pública exercida.

Delimitada a discussão, cabe reconhecer, inicialmente, que, em âmbito processual penal, a matéria relativa à chamada competência por prerrogativa de função é regulada exclusivamente pela Constituição Federal e o texto constitucional, em uma acepção literal, limitou-se a correlacionar a hipótese especial de competência absoluta ao cargo exercido pelo agente, sem especificar, portanto, quanto à eventual necessidade de concomitância temporal e pertinência temática entre, respectivamente, o fato praticado e as funções públicas inerentes ao cargo ou, por outro lado, quanto à necessidade de eventual concomitância temporal entre o exercício do cargo e o processamento da ação penal cujo foro especial se tenciona observar.

Nesse contexto, a maior ou menor amplitude de tal interpretação, independentemente da necessidade de qualquer alteração no texto constitucional, dependerá, em cada momento histórico, do exercício de hermenêutica constitucional que, sobre ela, realizarem os operadores jurídicos, com especial ênfase ao papel que deve ser desempenhado por este Supremo Tribunal Federal não apenas na condição de guardião do texto constitucional, como também enquanto Corte que deve zelar pela preservação da unidade e concordância prática das normas constitucionais **(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito***

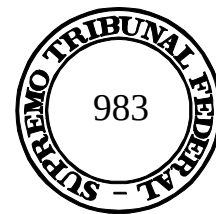
AP 937 QO / RJ

constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 7ª Edição, 2003, p. 1.183-1.186).

Estabelecida esta primeira premissa de hermenêutica constitucional, impende apontar que a sobredita possibilidade de evolução interpretativa sem alteração do texto constitucional consiste em forma legítima de manifestação, indistintamente reconhecida no direito nacional e comparado, do gênero que recebe a qualificação doutrinária de *mudança constitucional* e de que são espécies a *reforma constitucional* e a *mutação constitucional*, esta última a hipótese cujos contornos ora se descreve.

Opondo-se, com efeito, ao procedimento formal de mudança a partir da alteração expressa do texto constitucional (*reforma constitucional*) - regulado no Brasil, pela própria Constituição Federal, sob a forma da denominada emenda constitucional -, a *mutação constitucional* possibilita que, a partir de uma nova concepção sócio-jurídica que a coletividade possa construir acerca de um determinado objeto da realidade, o sentido de uma norma constitucional passe, sem qualquer alteração de texto, a receber interpretação diversa da que, até dado momento, era predominante. Exatamente neste sentido, é conhecida a lição doutrinária do Eminentíssimo Ministro **GILMAR FERREIRA MENDES**, de **INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO** e **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO** (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 230):

“O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.”



AP 937 QO / RJ

Trata-se, segundo lição de INGO SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, de instituto que, em especial a partir dos estudos de PAUL LABAND, GEORGE JELLINECK e HSÜ DAU-LIN, foi concebido e desenvolvido pela doutrina alemã sob o rótulo de “*verfassungswandlung*” e posteriormente traduzido, em língua espanhola, a partir dos estudos de MANUEL GARCÍA PELAYO, para o termo “*mutación de la constitución*”, estando associado, em quaisquer das concepções, à ideia de que a constituição, por ser um “organismo vivo”, submete-se à dinâmica da realidade social, razão pela qual não pode ser considerada como esgotada por meio de fórmulas fixas e predeterminadas (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 160/161).

Ainda consoante SARLET, MARINONI e MITIDIERO, o instituto em questão possui especial relevância aplicativa no contexto de constituições que, tais quais a brasileira, sendo rígidas, encontram-se balizadas por hipóteses mais restritas e dificultosas de alteração expressa do texto formal, o que, em contrapartida, aumenta a relevância da atividade hermenêutica desenvolvida pelos operadores jurídicos, em especial da Corte Constitucional, que atuam no plano da concretização material daqueles enunciados formais (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 162):

“A problemática da mutação constitucional, por outro lado, assume especial relevância no contexto das constituições rígidas, ou seja, as constituições cujo texto apenas pode ser modificado mediante processo de alteração mais agravado (mais difícil), e não pelo simples procedimento da legislação ordinária, visto que com isso se abre maior espaço para o desenvolvimento do direito constitucional pela via da interpretação. Além disso, a maior abertura e indeterminação em geral das disposições constitucionais (do texto constitucional), mas também o fato de a constituição reservar aos órgãos encarregados da

AP 937 QO / RJ

concretização de seu projeto normativo uma relativamente ampla liberdade de ação contribuem para uma maior possibilidade de participação criativa dos órgãos jurisdicionais e de todos os que operam no plano da concretização da constituição.”

Trata-se, ademais, de instituto que já possui importante histórico de aplicação por este Supremo Tribunal Federal, dentre cujos precedentes se destaca, inclusive pela relevância social da mudança de paradigma, a ADI 4277, a partir da qual se compreendeu que a proteção consagrada ao instituto da união estável poderia ser estendida ao âmbito das uniões homoafetivas. Trata-se de alteração de sentido interpretativo que não apenas foi adotada sem qualquer alteração expressa do texto constitucional, como também, em verdade, o foi em relativa desconsideração à literalidade do enunciado formal, considerando que, a princípio, o §3º do art. 226 estabelecia (e ainda estabelece) que a proteção estatal só seria conferida às relações havidas entre homem e mulher.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA

AP 937 QO / RJ

DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCTIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de

AP 937 QO / RJ

1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da

AP 937 QO / RJ

Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

(...)

(ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212)

Da análise da sobredita ementa, de cujo texto podem ser extraídas passagens do brilhante voto proferido pelo Min. Relator AYRES BRITO, depreende-se que a mutação constitucional, enquanto modalidade de mudança constitucional, não apenas consiste em importante instrumento de conformação da carta fundamental com a evolução social, mas também visa a assegurar a força normativa da constituição ao zelar pela preservação dos acima citados postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais. Se, com efeito, tal qual reconhecido pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, pode-se extrair, do inciso

AP 937 QO / RJ

IV do art. 3º e do *caput* do art. 226 da Constituição Federal, que o constituinte brasileiro, respectivamente, vedou qualquer forma de discriminação pautada pelo gênero e não adotou como de observância obrigatória nenhum modelo pré-determinado de família como categoria moral, social ou religiosa, mostra-se perfeitamente possível interpretar que o §3º daquele mesmo art. 226 - em um exercício de mutação constitucional fundamentado pelo ideal de ouvir a voz da sociedade e, ainda, assegurar a unidade da constituição - não pode ter seu âmbito de incidência restrito à literalidade da previsão que vedaria o alcance do instituto às uniões não estabelecidas entre um homem e uma mulher.

Trata-se, em suma, de atribuir força normativa à Constituição por meio da preservação da unidade constitucional e, ao mesmo tempo, pela adequação da interpretação do texto constitucional às concepções axiológicas reputadas como prevalentes na sociedade à época que o exercício hermenêutico é realizado, ponto último este que merece ser enfatizado.

Consoante KONRAD HESSE, o que atribui força normativa à constituição é, em especial, o sentimento do povo em relação à realidade constitucional (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998).

Diante de tal quadro, não se pode deixar de apontar que, atualmente, o justificado clamor social de combate à corrupção e à impunidade não se mostra compatível, quando ausentes justificativas outras de cunho político-institucional, com a prerrogativa tida, a partir de um exercício hermenêutico ampliativo, como prevista pela Constituição Federal de estender a competência especial por prerrogativa de função às hipóteses em que a autoridade não mais se encontra no exercício do cargo que justificara o privilégio processual.

Não se trata, convém destacar, de expressar concordância à visão do senso comum de que as autoridades receberiam tratamento especial privilegiado quando julgadas por Tribunais de maior hierarquia. Trata-se, diferentemente, de reconhecer concordância à visão, também partilhada

AP 937 QO / RJ

pelo senso comum, de que o foro especial por prerrogativa de função, quando indevidamente generalizado, acaba se constituindo como fonte de impunidade, mormente pelas dificuldades processuais e estruturais de evitar o advento da prescrição da pretensão punitiva.

Estas dificuldades, percebidas pelo leigo, podem, porquanto concretas, ser confirmadas pelo técnico.

No plano processual, porque a adoção da concepção de que haveria uma relação de concomitância temporal necessária entre o exercício da função e o julgamento acaba, não raras vezes, acarretando sucessivas decisões declinatórias de competência no curso de uma mesma relação processual, na medida em que a autoridade, de modo fortuito ou deliberado, ao longo de um dado intervalo de tempo, assume, se exonera e reassume diferentes funções públicas submetidas a diferentes foros jurisdicionais.

Por outro lado, no plano estrutural, são conhecidas as dificuldades suportadas, mormente pelos Tribunais Superiores, de suportar o volume de ações penais originárias a que são submetidos a partir da adoção de uma concepção indevidamente ampliativa da prerrogativa de foro. Ao fazê-lo, como é cediço, tais Tribunais são obrigados a deslocar a sua já reduzida estrutura de pessoal – porquanto idealizada para o enfrentamento de demandas jurisdicionais de outra natureza – para o enfrentamento prioritário de ditas ações originárias, o que não apenas se afigura como insuficiente para que tal enfrentamento se dê em tempo célere – vide os longos meses de tramitação da Ação Penal 470 – como também prejudica o enfrentamento de demandas jurisdicionais que deveriam ser prioritárias no âmbito de uma Corte Constitucional, como o controle concentrado de constitucionalidade e o julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida.

Em suma, é latente o sentimento social que relaciona, com razão, a interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento da competência especial por prerrogativa de função à impunidade.

Não se pode, nesse plano de análise, olvidar que, sem prejuízo da sua compreensão em relação ao seu caráter geral de forma de governo na

AP 937 QO / RJ

qual se garante igualdade de condições para investidura no poder, o princípio republicano pode ser decomposto em diversos aspectos específicos, dentre os quais a existência de uma estrutura político-organizatória que seja, efetivamente, garantidora das liberdades civis e políticas; bem como a partir da legitimação do poder político, consubstanciada no princípio democrático de que a soberania reside no povo e se exerce por meio de representantes que possuam efetiva legitimidade para prosseguir no exercício da sua respectiva função eletiva (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 147/148). Esta legitimidade, acredita-se, de acordo com o referido sentimento popular, só se entra presente quando a impunidade não é a regra para autoridades que pratiquem ilícitos penais no exercício de sua função pública.

Ademais, o princípio da proporcionalidade, implicitamente consagrado pelo texto constitucional, propugna pela proteção dos direitos fundamentais não apenas contra os excessos estatais, mas igualmente contra a proteção jurídica insuficiente. A proteção insuficiente pode exsurgir nas ocasiões em que o Estado demonstra desinteresse ou omissão na efetiva aplicação das sanções penais, declinando do seu dever de proteger os bens jurídicos mais relevantes para sociedade, que o Direito Penal tutela.

Sobressai, por conseguinte, do sistema jurídico-constitucional que a tarefa do legislador deve plena atenção aos direitos fundamentais, em especial quando legisla na esfera do direito penal, seja no plano material ou no processual. Isso significa que o legislador está vinculado a deveres de proteção perante a sociedade, concernentes à tutela de direitos, bens e valores encartados no próprio texto constitucional, sendo-lhe defesa a elaboração de normas que proporcionem proteção insuficiente.

Ou seja, em última análise, no presente caso, atentar para o clamor popular que associa a ampliação injustificada da prerrogativa de foro à impunidade implica não apenas adequar a interpretação constitucional à evolução do sentimento social como também assegurar efetividade aos princípios constitucionais republicano e da proporcionalidade.

Mostra-se cabível, portanto, em tal plano de análise, a interpretação

AP 937 QO / RJ

restritiva preconizada pelo Min. Relator, sendo que, ademais, se afigura como acertada a opção pela preservação da vinculação da concomitância temporal entre o exercício da função e a prática do fato ao invés da vinculação temporal entre o exercício da função e a promoção da persecução penal. O que interessa, com efeito, em atenção aos bens jurídicos protegidos no universo penal, é que o agente fez ou deixou de fazer quando se encontrava no exercício da função, mormente se considerado que, consoante bem destacado pelo Min. Relator em seu respectivo voto, a prerrogativa de foro visa a preservar a higidez da função pública exercida e não o agente que a exerce.

Por esta razão, aliás, mostra-se acertado o apontamento do Min. Relator no sentido de também exigir, para justificar a prerrogativa especial, um quadro de pertinência temática entre o fato penal praticado e a função exercida.

Por fim, considerando todas as ressalvas acima efetuadas quanto aos reflexos da ausência de perpetuação da jurisdição do Tribunal competente no sentido de viabilizar a profusão de sucessivas decisões declinatórias de competência, a comprometer a celeridade da marcha processual, mostra-se também acertada, igualmente sob à ótica de readequação da interpretação constitucional para fins de redução da impunidade, a proposição do Min. Relator de que dita perpetuação se dê em um momento passível de controle e verificação objetiva, qual seja, o final da instrução processual.

Diante do exposto, voto no sentido de resolver a questão de ordem nos exatos termos propostos pelo Min. Relator.



23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**VISTA****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

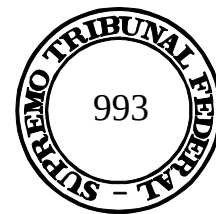
Senhora Presidente, inicio cumprimentando os votos já proferidos, a partir do voto do eminente Relator, que trouxe à balha essa importante discussão, em questão de ordem em matéria de ação penal, a respeito da continuidade, ou não, de um julgamento por fato praticado anteriormente ao mandato.

É um tema que tem sido debatido por toda a sociedade brasileira já há muito tempo, e por este Supremo, que já teve várias decisões sobre esse tema, inclusive com súmula - referenciada há pouco pelo Ministro **Alexandre de Moraes**, a Súmula de nº 704 -, e estamos aqui, novamente, a debater esse tema.

O simples fato de se ter colocado esse tema em debate fez com que o próprio Congresso Nacional fosse instado a sobre ele discutir e, mais do que discutir, deliberar, porque já há uma proposta de emenda constitucional aprovada no Senado Federal que já foi remetida à Câmara dos Deputados, cuja admissibilidade ocorreu nesta semana. A partir daí, deve-se formar uma comissão especial, de acordo como o Regimento da Câmara, que terá o prazo de quarenta sessões para proferir parecer, e esse parecer, depois, será enviado à deliberação do Plenário, composto pelos 513 deputados federais. Então, a perspectiva dessa discussão já teve essa importante manifestação, inclusive com deliberação pelo Senado da República. É importante, portanto, que se reconheçam essas deliberações do Senado da República e da Comissão de Constituição e Justiça.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Ministro, Vossa Excelência me permite?

Apenas para esclarecer, como essa inclusão em pauta na Comissão de Constituição e Justiça foi posterior, eu mantive, na esteira não só da jurisprudência, claro, tenho certeza de que todos os senhores Ministros sabem disso, mas só para esclarecimento de que nós temos uma larga

**AP 937 QO / RJ**

jurisprudência, até mesmo, por exemplo, em caso de mandados de injunção, em que se chegou a questionar aqui quando estivesse em tramitação um projeto de lei, e nós sempre assentamos que isso não alterava a nossa obrigação de prestar a jurisdição. Então, só para dizer por que foi mantido e precisa de ser resolvido pelo Supremo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sem dúvida, mas podemos lembrar também aquele mandado de injunção do aviso prévio proporcional, em que houve uma deliberação unânime e, no momento da proclamação, suspenderam-se a proclamação e o encerramento do debate para se aguardar o compromisso do Congresso Nacional de deliberar sobre aqueles vários projetos de lei que estavam em trâmite. E, realmente, a decisão deste Supremo Tribunal Federal foi de junho, salvo engano, de 2011, e, em outubro, a lei foi sancionada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

Estou dizendo isso, porque, por exemplo, no julgamento do Mandado de Injunção nº 708, ponderou-se exatamente isso, que havia tramitação de projeto de lei. E o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente disse: recomendo que prosseguíssemos no julgamento, tenho ponderado que este é um tema que está a aguardar uma decisão do Tribunal há algum tempo, nós falamos de uma missão do próprio Tribunal quando discutimos a matéria.

Então, apenas para dizer que, quando a Câmara colocou isso, já estava pautado, e já tínhamos começado. E um projeto dessa natureza, pode, como Vossa Excelência acaba de dizer, em alguns casos, prosseguir, em outros, como em mais de trezentos mandados de injunção, até hoje, não se teve a aposentadoria.

Mas é apenas um lembrete para dizer que foi mantido para que pudéssemos prestar jurisdição.

Agradeço o aparte de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E esse tema, também, nas discussões da sociedade, seja na imprensa, seja nos meios de comunicação social e nas chamadas redes sociais,

AP 937 QO / RJ

reproduz um folclore, uma falsa ideia de que, aqui no Supremo Tribunal Federal, não andariam as ações.

Aí, é importante lembrar aquilo que já foi dito aqui por vários Colegas: da Constituição de 1824, do Império, até a Emenda Constitucional nº 35, de dezembro de 2001, só poderia haver processo contra parlamentares com a autorização de sua respectiva Casa Legislativa. Essa era a chamada imunidade formal ou processual.

Eu sempre faço esse registro em homenagem aos Ministros desta Corte do passado, porque eles não poderiam analisar processos cuja autorização jamais viera do Congresso Nacional, de suas Casas. Então, tem que se fazer justiça ao passado.

A partir de dezembro de 2001 - ou seja, na prática, apenas a partir de 2002 - foi que esta Casa passou a ter a competência de tramitar os processos e julgá-los, porque a Emenda nº 35 inverteu a lógica: antes, para se processar e julgar, era necessária a autorização da respectiva Casa; com a Emenda nº 35, de 2001, o Supremo pode processar e julgar, e a respectiva Casa pode deliberar no sentido de suspender esse processamento. E, desde a aprovação da Emenda Constitucional nº 35, não houve, por parte do Senado da República ou da Câmara dos Deputados, deliberação para suspender casos aqui em tramitação, o que também é digno de nota, de respeito do Senado da República e da Câmara dos Deputados em relação a este Supremo Tribunal Federal. É importante que se registre isso. Eles têm a prerrogativa, e, até o momento, não a utilizaram.

Outra questão que se tornou uma espécie de folclore, então, é essa questão da impunidade, de que aqui não há tramitação. Eu vou trazer os números de meu gabinete mais uma vez.

Tomei posse aqui no dia 23 de outubro de 2009. Completei há pouco oito anos neste Colegiado. Nesse período, passaram, pelo meu gabinete, trinta e cinco ações penais, vinte e seis foram solucionadas, apenas nove estão constando ainda de meu acervo. Sem citar o nome dos réus, mencionarei uma por uma e qual é a fase em que está.

Ação Penal nº 618. Foi distribuída em 2011, liberada pelo Revisor,

**AP 937 QO / RJ**

Ministro **Teori Zavascki**, em 9 de agosto de 2016 e julgada parcialmente procedente em 13 de dezembro de 2016. Atualmente, aguarda-se o julgamento de embargos de declaração, que já foi liberado para pauta.

Segunda ação penal que está em meu gabinete, a de número 647. Já foi concluída a instrução, toda ela realizada aqui no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não há prescrição próxima e, no atual momento, está em preparação de relatório e voto para eu poder encaminhar ao digno Revisor, Ministro Luiz **Edson Fachin**, que, tal qual o meu antigo revisor, o saudoso Ministro de **Teori Zavascki**, rapidamente libera para a pauta de julgamento.

Terceira, AP nº 907. Foi distribuída em fevereiro de 2015. O objeto, embora esteja autuada como ação penal, na verdade são embargos infringentes de uma condenação já ocorrida no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, caso já julgado e deliberado colegiadamente. Mas, como não houve unanimidade no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, foram opostos os respectivos embargos, e o objeto da ação é única e exclusivamente o julgamento desses embargos.

Ação Penal nº 928. Já a liberei para julgamento também, com relatório e voto proferidos, tendo sido, também, liberados o relatório e o voto pelo Ministro Revisor, Luiz Edson Fachin.

Ação Penal nº 928, quarta ação, distribuída ao Relator em 14 de abril de 2015. As alegações finais foram apresentadas, e está na fase de preparação de relatório e voto. Instrução concluída, já com alegações finais apresentadas.

Ação Penal nº 986, quinta ação, distribuída em 15 de junho de 2016 e em fase de instrução. É bem recente ainda. O recebimento da denúncia ocorreu aqui, houve a investigação e a instrução, e ela está agora no contraditório e na ampla defesa.

Sexta ação, denúncia recentemente recebida na Segunda Turma, em 21 de março de 2017. Está na fase de julgamento. Estava em fase de inquérito, a denúncia foi apresentada e já houve o recebimento da denúncia pela Turma. Houve a apresentação de embargos de declaração. Os embargos já foram julgados em 10 de outubro de 2017. Agora se vai

**AP 937 QO / RJ**

fazer a instrução processual da ação penal.

Sétima ação, distribuída em 19 de agosto de 2015. Está aguardando o cumprimento de diligências por parte da Secretaria.

Oitava ação, foi distribuída em 15 de março de 2017 e encontra-se na Procuradoria-Geral da República, para análise, desde 6 de abril de 2017.

Há uma nona ação, que, embora ainda conste, se se entrar no sistema, como estando no gabinete, na verdade, ela só está aguardando as diligências de praxe da secretaria para a baixa definitiva, porque foi julgada, já com trânsito em julgado.

Faço esse registro, Senhora Presidente, porque, em relação a meu gabinete, desde que aqui estou, não há que se falar em ação penal que prescreveu, e há várias com condenação, aliás, mais condenação do que absolvição.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Toffoli, permite-me um aparte, aproveitando esse gancho, porque foi o que eu disse também no início da minha manifestação. No meu gabinete eu assumi com onze ações penais. Duas, nós já julgamos, estão em fase de embargos. Duas, já liberei para revisão. Uma, a Procuradoria-Geral da República ofereceu a suspensão, e agora o réu vai se manifestar. Duas, já em alegação final. Uma denúncia recebida recentemente pela Turma. E uma instrução também. Um dado que eu queria complementar, porque sai muito na imprensa que a alteração do foro acabaria com 90% dos casos no Supremo, dos meus 23 inquéritos e 11 ações, acaba com uma ação e dois inquéritos. Todos os demais são relacionados à função. Então, também, em relação ao meu gabinete, eu não sei de onde a imprensa retirou esses números.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Continuo, se me permite, Senhora Presidente, demonstrando a produção de minha jurisdição e prestando contas. Aliás, todo ano, quando eu completo mais um ano nesta Corte, e fiz isso agora esta semana, eu faço o relatório da produção do dia 23 de outubro do ano anterior ao dia 23 de outubro do ano subsequente.

Ações penais julgadas como revisor. Tenho a honra de ser o revisor

AP 937 QO / RJ

da Ministra Cármen, se bem que nem seria necessário, tamanha competência, inteligência e capacidade de nossa Presidente. Mas, em razão da linha de antiguidade, cabe a mim essa tarefa. Atualmente, sou revisor, na Turma, do Ministro **Lewandowski**, porque foi levado à Turma o julgamento das causas penais. Então, a cadeira dele, hoje, é a que antecede a minha. Mas, por longo tempo, foi a da Ministra **Cármen Lúcia**. Atualmente, não há em meu gabinete nenhuma ação penal pendente para eu analisar como revisor, nenhuma.

Ação Penal nº 427. Chegou conclusa para mim, como Revisor, no dia 28 de setembro de 2010. Eu a liberei para julgamento em 15 de outubro de 2010. Essa ação foi julgada em 4 de novembro de 2010.

Ação Penal nº 474. Eu a recebi, como Revisor, em 1º de agosto de 2012. Liberei-a para julgamento em 2 de agosto de 2012 e a ação foi julgada em 12 de setembro de 2012. Vejam, estou fazendo referência a várias ações julgadas, da relatoria da Ministra Presidente, das quais fui o revisor, aqui, em Plenário, antes de seguir para as Turmas, que acelerou mais ainda o andamento das causas.

Ação Penal nº 465. Chegou conclusa para mim, como Revisor, em 13 de novembro de 2013. Liberei-a para julgamento no dia seguinte, 14 de novembro de 2013; foi julgada em 24 de abril de 2014. E aqui vejam que, de um dia para outro, foi liberada, para revisão. Alguém poderia indagar: "Nossa, ele conseguiu analisar!?" É porque hoje é tudo informatizado. Então, se eu sei que eu sou revisor daquela ação penal, já houve alegações finais e o relator já está preparando seu relatório e seu voto, eu já adianto minha análise, de tal sorte que, como revisor, o histórico de minhas liberações - porque quem libera depois para julgamento, ao fim e ao cabo, é o revisor não é o Relator - é de celeridade, e Vossa Excelência é testemunha disso, Senhora Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É verdade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E facilitado pela informatização, pelos elementos que Vossa Excelência sempre me passou para, exatamente, poder adiantar essa

**AP 937 QO / RJ**

análise.

Ação Penal nº 523. Chegou conclusa para mim em 28 de outubro de 2014. Liberei-a para julgamento em 7 de novembro de 2014; ela foi julgada em 9 de dezembro de 2014.

Ação Penal nº 504, chegou conclusa para mim em 1º de agosto de 2016; liberei-a para julgamento em 3 de agosto de 2016; foi julgada em 9 de agosto de 2016.

Ação Penal nº 920; conclusa para mim em 23 de agosto de 2016; liberada para julgamento no mesmo dia, 23 de agosto 2016; e julgada em 6 de setembro de 2016.

É importante registrar - tal qual minha jurisdição é a jurisdição de Vossa Excelência - que estamos aqui a julgar constantemente os processos. Não há que se falar em impunidade ou incapacidade de processamento de ações, com a devida vênia. Eu não estou aqui adiantando como vou votar no caso do foro, mas aqui o que eu estou demonstrando é que dizer que esta Corte não delibera, não investiga e não julga é uma tremenda mentira! E aqui estão dados de minha relatoria e dados da relatoria da Ministra **Cármem Lúcia**, dos quais fui revisor, inúmeros processos.

Sempre lembrando: os inquéritos não ficam parados nos gabinetes. Eles chegam no gabinete com pedidos de diligência, os quais se defere ou se indefere.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite?

De fato, essa é uma questão, eu até já referi, prenhe de lendas urbanas. Nós vimos, não faz muito tempo, um relatório da FGV que chamava atenção para o fato de que, no Supremo, havia mais absolvições do que condenações. Primeiro que o critério aqui parece um pouco como medida de tribunal nazista, Presidente: quem condena é melhor do que quem absolve. Nós, que temos compromisso com a Constituição, não podemos adotar esse tipo de critério: "Ah! eu prendo mais! Fico muito alegre, porque eu prendo mais!" Então, essa figura vira, tipo assim, um assanhado Madame Satã. Isso não faz sentido.

**AP 937 QO / RJ**

Mas tem outra coisa, há muitas disfuncionalidades no sistema, e isso é inegável. Eu acredito que o próprio constituinte - e isso nós não podemos negar - não esperava ver 500 investigações no Supremo Tribunal Federal, podemos imaginar que essa não fosse uma expectativa. Claro que também se colocou aquela trava que não permitia que nós julgássemos até a Emenda nº 35, já foi referido aqui pelo Ministro Alexandre, e depois isto foi superado por iniciativa inclusive do Congresso Nacional.

Mas, no que diz respeito aos inquéritos, conforme Vossa Excelência estava a se referir. Aqui nós temos situações as mais singulares, porque, de fato, o Tribunal pode até indeferir um pedido ou outro na investigação, pode começar a dificultar e encurtar o prazo, por exemplo, das prorrogações. Quantas vezes todos nós já experimentamos isto? Pedidos da Procuradoria e da Polícia Federal para prorrogação. Prorroga-se o prazo para diligências, essas diligências não são feitas no prazo, e vem um novo pedido de prorrogação para fazer a mesma diligência.

Eu tenho um caso de um senador que foi prefeito de um município do Rio de Janeiro, que está em tramitação - certamente vem de gabinete de outro Colega - há mais de 12 anos como inquérito. A esta altura, testemunhas já morreram, pessoas que seriam indiciados já morreram, e o inquérito tramita. E pedem-se sempre novas diligências ou prorrogação, com a perspectiva de uma investigação que não vai levar a lugar nenhum.

Eu mesmo falei várias vezes aqui na bancada sobre aquele inquérito que se pediu em relação aos Ministros do STJ, Ministro Falcão e Ministro Ribeiro Dantas. O que se investigava ali? Saber se eles se comprometeram com uma possível facilitação no trato dos temas da Lava-Jato associados à Odebrecht. E o que se investigava? O que se pedia? Pedia-se que se verificasse a presença deles no Senado, em que gabinete eles foram, se eles conversaram com a Presidente Dilma. Eu não sei qual alma daqui não fez esse périplo, não andou pelo Senado, não foi ao Presidente. É uma coisa meio engraçada, era uma investigação, cujo resultado já se sabia, mas qual era o objetivo, neste caso específico? Era constranger o STJ, impedi-lo de conceder *habeas corpus*, porque negar *habeas corpus* passou a

**AP 937 QO / RJ**

ser virtude cívica, Ministro Celso.

Ainda esses dias eu falava com o Sepúlveda Pertence, que disse que tem vergonha de se ver que se alardeia que o Supremo deve impedir ou não deve conceder *habeas corpus*, porque a construção do Supremo Tribunal Federal se deu exatamente na doutrina do *habeas corpus*, e não com a covardia de não conceder *habeas corpus*. É curioso isto. E, por isso, na minha presidência, nós mudamos o Regimento Interno, para permitir que o próprio Relator possa, eventualmente, em casos abstrusos e absurdos - e usar -, indeferir a abertura do inquérito - e isso vem ocorrendo já, recentemente a imprensa noticiou a decisão do Ministro Lewandowski; o Ministro Fux passou a adotar, em vários casos, a oitiva do possível indiciado, do investigado - e também para trancar o inquérito, cuja perspectiva de fim não se vê. Mas todos nós, certamente, temos, no gabinete, inquéritos que se alongam. E, aí, o problema é do Supremo. "Ah, mas isso não existe na primeira instância?" Claro que existe.

Há pouco se falava - e este é um outro problema que nós vamos ter que enfrentar em função dos debates que nós travamos aqui sobre o poder de investigação do Ministério Público, nós tentamos e aqui eu trabalhei bastante na questão da subsidiariedade junto com o Ministro Celso de Melo, na ideia de que, em casos óbvios, o Ministério Público não poderia deixar de investigar; por exemplo, os casos do controle da Polícia, os casos em que a Polícia comete infração. Então, isso já vinha da doutrina de Sepúlveda Pertence, e colocamos em caráter subsidiário.

Mas o que se diz? Que hoje existem algo em torno de mais de mil PICs- Procedimentos de Investigação Criminal. Hoje sem forma e figura de juízo, sem supervisão judicial, fazendo com que nós, que construímos isso jurisprudencialmente, agora, tenhamos dificuldade, se não estamos criando um monstro, dentro desse processo.

Portanto, a questão das investigações - mas não é só aqui- é uma questão muito séria. E os inquéritos que se eternizam, de fato, depois são responsáveis, eventualmente, inclusive, para prescrição. Por quê? Por uma razão muito singela: abre-se, muitas vezes, investigação sem lá muito critério, mas depois não se tem uma coragem cívica de encerrá-los,

**AP 937 QO / RJ**

porque são implausíveis. E, aí, diz-se: torce-se para uma prescrição, que vai ocorrer no inquérito, muitas vezes. Então, aqui há problemas que precisam ser conhecidos e que precisam ser explicitados.

Na tal pesquisa de que se falava misturava-se decisão do Supremo com casos de decreto de prescrição. Os indivíduos pesquisadores não sabiam nem distinguir juízo de absolvição com os casos de prescrição, quer dizer, com esse tipo de pesquisa se diz: "Ah, o Supremo tende a ser muito benevolente com os réus". Não se disse isso em relação ao Mensalão. Quantos foram condenados?

Nós tivemos até o caso que Vossa Excelência se referiu da separação de autos daquele Deputado, em que um dos embargos - eu me lembro que veio ao Pleno -, disse-se que o Supremo foi mais severo na aplicação das penas aplicadas na primeira instância. Portanto, há muita confusão e muita insciência, ignorância mesmo, e também má-fé na revelação desses números.

Obrigado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

Mas, apenas, se Vossa Excelência me permite, Ministro, acho que, relativamente a esses pedidos de dilação de prazos, tanto da Polícia Federal quanto do Ministério Público, no caso de diligências, é importante que nós também tenhamos cuidado em não deferir ou a pedir pressa - ainda na semana passada, tive a visita do novo Diretor da Polícia Federal e pedi isto, que não houvesse tantas dilações de prazo, tantos pedidos, até porque, da minha parte, nem defiro se não for justificado.

Mas, enfim, devolvo a palavra ao eminente Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - cancelado

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Presidente, debelando esse folclore, ou, como costuma dizer o Ministro **Gilmar Mendes**, essa lenda urbana, lembro que, até a Emenda Constitucional nº 35, de dezembro de 2001, não era possível processar e julgar os membros do Congresso - respeitando os Colegas que sentaram nestas cadeiras; Não se pode dizer que eles praticavam a impunidade porque não a praticavam de maneira nenhuma, porque não havia

**AP 937 QO / RJ**

autorização das Casas Legislativas para processar e julgar seus membros. Temos que fazer justiça histórica. Os juízes desta Corte, todos que passaram aqui, da mais alta competência, da mais alta honradez, eles não merecem ouvir que, no passado, este Tribunal era leniente, porque é uma mentira.

Mas continuo minha prestação de contas, Senhora Presidente. Desde 23 de outubro de 2009 até hoje, Dr. Luciano, passaram, em meu gabinete, 175 inquéritos; foram lá recebidos. Já foram baixados 129. Continuam, em tramitação, 46. Desses 46, encontram-se localizados hoje, em meu gabinete, Senhora Presidente, apenas 5, porque os outros 41 estão em diligências. E o que está aguardando cada um desses? Sem fazer leitura de nomes, até porque alguns deles correm sob sigilo: Inquérito nº 3.010, está concluso para meu gabinete desde 3 de agosto de 2017. Para diligências? Não, para formatar relatório e voto e levar à Turma para recebimento ou não da denúncia. Isso, realmente, necessita de um tempo maior do que para se deferir ou indeferir uma diligência. Todos nós sabemos disso. Então, está em preparação de voto para recebimento ou não da denúncia, que levarei à Turma, à Segunda Turma, para julgamento, porque, para o recebimento das denúncias, não é necessária a figura do revisor. O Relator leva diretamente, sem necessidade de passar pelo revisor.

Segundo Inquérito que está em meu gabinete: 3.744. Ele chegou concluso em 12 de setembro de 2007, também para análise de recebimento ou não de denúncia. Está em fase de se preparar relatório e voto e levar à Turma.

Inquérito nº 4.358, chegou ao meu gabinete em 30 de outubro de 2017 - há menos de um mês -, com impugnações formuladas, na forma de questões de ordem, pelo investigado.

Inquérito nº 4.108, chegou em meu gabinete agora, dia 21 de novembro, para apreciar agravo regimental da Procuradora-Geral da República, tirado contra decisão em que determinei o arquivamento do inquérito, exatamente por não verificar ali um fato que fosse, do ponto de vista da dimensão penal, um desvalor passível de uma investigação. E o

**AP 937 QO / RJ**

vou levar à Turma, e a Turma deliberará, colegiadamente.

O quinto Inquérito que está em meu gabinete, o 4.515, chegou em meu gabinete agora, no dia 22 de novembro, para a reiteração de pedido de informação à Receita, para se checar se está havendo o pagamento do débito tributário. São aqueles casos que ficam parados aqui e que dizem respeito a casos de parcelamento de débitos tributários, em que se suspende, em razão desse parcelamento, a análise processual do caso e, constantemente, então, somos instados a diligenciar à Receita Federal do Brasil para informar se o pagamento está sendo feito, porque, se o pagamento deixar de ser feito, a investigação terá prosseguimento.

Então, vejam, Senhora Presidente, eminentes Colegas, que este Tribunal trabalha, este Tribunal investiga. É uma lenda urbana dizer que há um número impossível de ações a se julgar. Não são nove ações penais - oito, hoje, em meu gabinete, várias delas já julgadas, várias delas já com voto pronto para julgamento e liberadas para a pauta - ou cinco inquéritos - que hoje estão no meu gabinete - que impedem o funcionamento da Corte. Aliás, nada impede o funcionamento desta Corte, ela sempre funciona e funciona muito bem e vem diminuindo historicamente seu acervo, ano após ano.

Digo isso, mais uma vez, sem adiantar meu posicionamento sobre o caso concreto. Não estou a dizer isso para defender o foro; estou a dizer para rebater as mentiras que se dizem de que há impunidade neste Tribunal, seja historicamente, seja hoje.

Mas eu gostaria de fazer uma pergunta ao eminente Relator. Eminente Relator, pelo que eu entendi do voto de Vossa Excelência, ele não é bem aquilo que está sendo divulgado - digo, na imprensa em geral, não aqui por Vossa Excelência ou pelos debates. A sociedade inteira está acompanhando isso. Então, é importante que nós tenhamos claro o que está sendo proposto pelo Relator. Eu gostaria de ter isso claro. Vossa Excelência está propondo a extinção de todo o chamado foro privilegiado, o foro por prerrogativa de função? Ou seja, o voto de Vossa Excelência - eu quero ouvir isso - acaba com esses mais de cinquenta mil casos de foro por prerrogativa de função?

**AP 937 QO / RJ**

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - O meu voto tem o seguinte sentido e alcance: só prevalece o foro privilegiado...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ou seja, Vossa Excelência mantém o foro? É importante deixar isso claro, porque está se dizendo que há votos que acabam com o foro e outros que o mantêm. E não é isso. Por isso, eu gostaria de ouvir seu esclarecimento.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Eu vou esclarecer.

Acho que acabar com o foro é uma prerrogativa constitucional do Congresso e, portanto, depende de emenda à Constituição. O que eu proponho é uma interpretação que me parece a interpretação mais adequada do ponto de vista da Constituição, que é a seguinte: no caso de parlamentares federais - que é o caso aqui versado -, somente haverá o foro perante o Supremo Tribunal Federal em relação a fatos praticados no cargo e em razão do cargo. Na situação concreta, tratava-se de um prefeito. Na verdade, quando praticado o fato, era um cidadão comum candidato a prefeito; foi acusado de compra ilícita de voto. Portanto, o fato se deu quando ele não tinha mandato como parlamentar federal, e a minha constatação é a de que ele não tem foro no Supremo Tribunal Federal. Eu devo dizer que eu considero que a lógica "somente vale o foro privilegiado para os atos praticados no cargo e em razão do cargo", como regra geral, aplica-se amplamente. Porém, o caso concreto é um caso que envolve parlamentar federal e, portanto, a restrição que eu estou propondo é: é preciso que seja um fato praticado quando estava no cargo e em razão do cargo. Assim, se ele não era deputado federal na ocasião, ele não tem foro; e, se o fato não tiver nenhuma relação com o mandato - ele teve uma desavença com o vizinho -, também acho que não tem foro.

Portanto, essa é a extensão do meu voto, Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu agradeço a explicação de Vossa Excelência e explico por que, para mim, era extremamente relevante essa explicação, até porque vários congressistas têm o entendimento de que nós estaríamos acabando com o

**AP 937 QO / RJ**

foro totalmente. Não é verdade. Vários jornalistas questionam a todos nós se nós vamos votar, ou não, a favor do fim do foro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Hoje, pelo menos, os veículos de comunicação estão estampando cerca de 54.000 beneficiários do instituto "prerrogativa de foro".

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - cancelado

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É bom deixar claro que isso não é verdade, Presidente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - cancelado

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Até porque, o Ministro-Relator, desde da primeira hora, foi taxativo em dizer: restrição na interpretação do foro.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - cancelado

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A importância dessa explicação, Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É taxativa. E nós que votamos acompanhando no mesmo sentido.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - A minha tese de julgamento, Ministro Toffoli, nessa parte é: o foro por prerrogativa aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionada às funções desempenhadas. Essa é a minha tese de julgamento, a número um.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exatamente.

E daí, então, eu explico o porquê dessa pergunta: porque - e o Ministro **Marco Aurélio**, sempre criativo na formulação de suas manifestações e com sua inteligência de comunicação, lembrou a estória do elevador, começa numa instância e vai para outra -, o que se está se decidindo aqui, então é, na verdade, da minha óptica, a manutenção do foro por prerrogativa de função dos parlamentares nos atos por eles praticados durante o mandato e em função do mandato. Então, está-se mantendo para esses atos. Aquilo que não é ato praticado durante o mandato e em função do mandato, da óptica do Relator e daqueles que o

**AP 937 QO / RJ**

acompanharam na íntegra, seriam fatos a serem analisados pelas instâncias ordinárias.

O Ministro **Alexandre de Moraes** utiliza como critério o fato de o crime ter sido praticado em função do mandato. Ele estabelece a competência por prerrogativa de foro em razão do marco constitucional da diplomação: serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal fatos posteriores à diplomação.

Salvo engano, o Ministro **Marco Aurélio** tem uma outra posição.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É que a perseguição penal, depois do mandato, não é isso Ministro?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que penso é que a fixação do foro é definitiva, considerado o mandato em curso. Cessado este, responde junto, no que costumo apontar como a pedreira da magistratura, à primeira instância. E, por acaso, eleito para um outro cargo, o fenômeno não atrai, tendo em vista o crime pretérito, praticado no e em razão do exercício do mandato, uma nova prerrogativa.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exatamente isso. Aí, Vossa Excelência faz a referência ao elevador, para se evitar o elevador.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Exato.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Então, Vossa Excelência vai nesse sentido.

Aí, eu queria fazer uma pergunta ao eminente Relator: vamos supor que aqui haja um caso de um prefeito que se elegeu deputado federal e o ato pelo qual houve a perseguição foi em razão de ele ser prefeito...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ele não era prefeito, era candidato.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ele não era?

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Era candidato a prefeito, mas a denúncia foi recebida, quando era prefeito, pelo Tribunal Regional Eleitoral.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

**AP 937 QO / RJ**

Pelo Tribunal Regional.

Mas, então, vamos figurar uma outra hipótese: um governador de Estado pratica um ato, é investigado por esse ato...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ato de governança?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Um ato ilícito penal. Nesse processo, ação penal ou inquérito, quando há a diplomação, o que ocorre? Pela tese de Vossa Excelência, o parlamentar responderá no Supremo se ele praticar, durante o mandato de parlamentar, ato em função do seu cargo, de seu mandato. Isso para mim está claro. A pergunta que faço ao Ministro Relator é: no caso de alguém que era governador e hoje é senador da República - é muito comum ex-governadores virarem senadores -, o inquérito, ou a ação penal, decorrente de ato praticado enquanto governador fica em qual instância? Porque o caso seria anterior ao mandato de senador, não teria se dado em função ao mandato de senador. Então, eu tenho dúvidas. São várias as hipóteses resultantes de nossa decisão. Eu gostaria de ouvi-lo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Eu não fiz uma teoria geral do foro privilegiado. Eu decidi um caso concreto. Quer dizer, trouxe uma questão de ordem para um caso concreto, portanto, é muito difícil, *in abstracto*, nós prevermos todas as situações da vida que podem acontecer.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, mas existem casos hoje aqui, é que eu não quis citar nomes de partes.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Mas o meu sentimento é o de que a regra geral em Direito, pelo princípio republicano, é que as pessoas devem estar sujeitas à jurisdição de primeiro grau como todo mundo, salvo as situações expressamente contempladas na Constituição. Portanto, sem me comprometer, porque não tratei especificamente dessa questão, se o fato foi praticado quando era governador, a competência, em nenhuma hipótese, passará para o Supremo se ele vier a ser Deputado Federal. Isto está claro no meu voto. E, se ele não é mais o governador, a competência deixou de ser do

**AP 937 QO / RJ**

Superior Tribunal de Justiça. Assim, em linha de princípio, eu mandaria para o primeiro grau. Mas devo dizer que não enfrentei essa questão e também não quero me comprometer com a tese, porque todos sabemos que julgar *in abstracto* é sempre um risco. Por isso que procurei demarcar uma tese tão próxima do caso concreto quanto possível, mas, filosoficamente, sou de entendimento de que a regra geral deve ser a jurisdição de primeiro grau.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Agradeço enormemente as explicações do Ministro Relator, porque isso me faz refletir. A partir dessa decisão que venhamos a tomar no sentido em que vai se formando a maioria, nós teremos, como consequência - e eu sempre procuro olhar as consequências - outras discussões que continuarão a vir a este Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, o ato tido como ilícito penal foi praticado em razão da função ou não? "Ah, isso vai lá para primeira instância". As discussões continuarão. Por meio de uma análise abstrata dessa questão - embora Vossa Excelência não adiante o posicionamento, mas diz qual é a premissa com a qual trabalha, a principiológica -, além de estar vinculado à Constituição e às leis, eu também tenho a questão da análise da consequência de como as nossas decisões repercutem numa República Federativa, com 26 Estados, Distrito Federal, em um país que é um continente, e fico a imaginar várias questões que poderão surgir e que teremos de responder posteriormente.

E, volto a dizer, louvo o eminente Relator, que colocou essa discussão em pauta, em mesa, louvo a eminente Ministra Presidente, que a colocou para nossa análise, louvo o Congresso Nacional, e, em especial, o Senado da República, que aprovou um texto que vai muito além desse. Lá, sim, está-se eliminando o foro por prerrogativa de função para todos, menos para os chefes de Poderes. Aqui, nós estamos dando uma interpretação de que o foro está sendo mantido sim. Em razão da premissa do voto do Relator, que agora a esclarece e olhando rapidamente os vários casos sobre os quais discorri que estão em meu gabinete, ali continuaria parte de meus casos, porque são casos relativos a

**AP 937 QO / RJ**

práticas de fatos imputados como ilícitos em razão do exercício do mandato e correlacionados com ele. Alguns baixariam, outros continuariam aqui, caso prevalente a posição do eminente Relator. Quero, mais uma vez, deixar isto claro: não há que se dizer que, com a decisão a ser tomada aqui, se estará extinguindo o foro. Na verdade, quem já propôs a extinção do foro foi o Senado da República. Agora, o tema está na Câmara dos Deputados, já indo para uma comissão especial.

Dito isso, Senhora Presidente, fica demonstrado que esta Corte, em especial com meus números e com os números de Vossa Excelência, que citei, porque fui revisor de Vossa Excelência, não pratica impunidade, não é leniente nas investigações e está em dia com elas.

Diante do adiantado da hora e de um compromisso médico que tenho agora aqui no posto, como avisei a Vossa Excelência, e sabendo que o Ministro **Celso** gentilmente me disse que também já gostaria de proferir o voto na sessão de hoje, como já disse - e vou deixar isso público, porque, senão, fica parecendo que não quero ouvir o voto do Colega -, eu vou pedir vista do processo. Evidentemente, depois vou pegar a fita e analisar o voto do Ministro - sem dúvida, me ajudará a aclarar minhas dúvidas. Também quero dialogar com os Colegas, porque eu penso que, conforme a deliberação que nós tomarmos aqui, e os advogados são criativos, nós poderemos ter tantas questões de ordem, Dr. Luciano, indo e vindo, que elas terminarão por atrapalhar as investigações, em vez de acelerar as decisões. Eu gostaria de refletir melhor sobre esses questionamentos, sem prejuízo de, evidentemente, dialogar sempre, como é de meu feitio, com todos os Colegas.

Eu peço vista, Senhora Presidente.



23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

VOTO

(s/ questão de ordem)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. A prerrogativa de foro no sistema constitucional brasileiro

Sabemos que o instituto da prerrogativa de foro tem provocado algumas discussões, notadamente naqueles casos **em que se dá a instauração**, perante esta Suprema Corte, **de processos multitudinários**.

A vigente Constituição do Brasil – **ao pluralizar**, de modo excessivo, as hipóteses de prerrogativa de foro – **incidiu em verdadeiro paradoxo institucional**, pois, **pretendendo** ser republicana, **mostrou-se estranhamente** aristocrática. **Na verdade**, o constituinte republicano, **ao demonstrar** essa visão aristocrática e seletiva de poder, **cometeu** censurável distorção na formulação de uma diretriz **que se pautou** pela perspectiva do Príncipe (“*ex parte principis*”) **e que se afastou**, por isso mesmo, do postulado da igualdade.

Ninguém ignora que a Carta Política do Império do Brasil, de 1824, **consagrou apenas** quatro (4) hipóteses de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal de Justiça, **que era o órgão de cúpula** do Poder Judiciário do regime monárquico (art. 164, II):

“Art. 164. A este Tribunal Compete:

.....
II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.” (grifei)

AP 937 QO / RJ

A Constituição promulgada em 1988, *no entanto*, **não foi capaz de igual parcimônia**, ao ampliar, **para quase 20 (vinte)**, as hipóteses de prerrogativa de foro (**considerados**, *para esse efeito*, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais), **além de conferir autorização aos Estados-membros para incluir**, nas Cartas estaduais, **outras novas hipóteses** de prerrogativa de foro **perante** os respectivos Tribunais de Justiça, **ressalvados**, apenas, os casos definidos na **própria Carta Federal**.

Cabe enfatizar que a prerrogativa de foro, **tal como prevista na Constituição da República**, acha-se estabelecida “*ratione muneris*”, **destinada a compor** o estatuto jurídico de **determinados** agentes públicos, **enquanto ostentarem** essa particular condição funcional, **estendendo-se**, *por isso mesmo*, **e somente** nas hipóteses definidas no texto constitucional, àquele **que está a exercer ou a titularizar determinada função pública e desde que** – *segundo entendendo* – as infrações penais **tenham sido cometidas no desempenho do cargo ou do mandato e com estes guardem estreita conexão**.

É por tal razão que esta Suprema Corte **já se manifestou** no sentido de que, **tratando-se** de determinados **ocupantes** de cargos públicos, **inexiste**, quanto a eles, **situação de privilégio** de caráter pessoal. **Cuida-se**, *ao contrário*, de uma prerrogativa **de ordem estritamente funcional**, que, **prevista** em sede constitucional, **destina-se a proteger** – **enquanto** derrogação extraordinária dos postulados da igualdade e do juiz natural – **aquele que ainda se encontra** no desempenho de **determinado** ofício público:

*“**Foro privilegiado em razão de função. A prerrogativa é concedida em obséquio à função, a que é inerente, e não ao cidadão que a exerce. Deixado definitivamente o cargo, por qualquer motivo, o seu ex-titular responderá no foro comum.**”*

(HC 33.440/SP, Red. p/ o acórdão Min. NELSON HUNGRIA – grifei)

AP 937 QO / RJ

Essa outorga constitucional de prerrogativa de foro culmina por gerar, muitas vezes, considerada a regra do “*forum attractionis*” – que confere prevalência à jurisdição penal desta Suprema Corte –, a instauração de processos multitudinários, cuja existência representa fator apto a romper a regularidade dos trabalhos do Tribunal, tumultuando-lhe a ordem dos serviços e obstruindo o normal desenvolvimento e execução de sua agenda de julgamentos.

Esse, realmente, tem sido um grave inconveniente gerado e provocado pela pluralização, por parte da Constituição da República, da prerrogativa de foro outorgada a determinadas autoridades públicas.

Vale rememorar, ainda, que os membros do Congresso Nacional jamais tiveram prerrogativa de foro, em matéria penal, perante esta Suprema Corte, sob a égide das anteriores Constituições republicanas de 1891, de 1934, de 1937, de 1946 e de 1967, o que motivou a formulação, por esta Corte, da Súmula 398/STF, cujo enunciado assim dispunha: “O Supremo Tribunal Federal não é competente para processar e julgar, originariamente, deputado ou senador acusado de crime” (grifei).

Na realidade, Senhores Ministros, foi somente a partir da outorga, por um triunvirato militar, da Carta Federal de 1969 (travestida sob a designação formal de EC nº 01/69) que se atribuiu aos membros do Congresso Nacional, nos ilícitos penais comuns, prerrogativa de foro, “*ratione muneris*”, perante o Supremo Tribunal Federal, deixando de subsistir, então, a Súmula 398/STF.

É importante assinalar, neste ponto, que, mesmo sem a prerrogativa de foro “ratione muneris” (que somente foi concedida pela Carta Federal de 1969), jamais se entendeu que a dignidade do ofício parlamentar e a independência do exercício do mandato legislativo houvessem sido afetadas ou comprometidas pelo fato de os membros do Congresso Nacional estarem



AP 937 QO / RJ

submetidos, até então, à jurisdição penal dos magistrados de primeira instância.

Registre-se, a título de mera ilustração, que, no plano do direito comparado, remanesce, hoje, em poucos sistemas normativos, a prerrogativa de foro em razão de determinadas funções, o que demonstra clara tendência no sentido da extinção (pura e simples) ou da redução desse instituto a poucas hipóteses, valendo destacar, sob tais aspectos, o ordenamento positivo de alguns países, como o da Argentina (Constituição de 1853), o da Bolívia (Constituição de 2009), o da Colômbia (Constituição Política de 1991), o da Espanha (Constituição de 1978), o dos Estados Unidos da América (Constituição de 1787), o da França (Constituição de 1958), o da Itália (Constituição de 1947) e o de Portugal (Constituição de 1976), entre outros modelos.

De qualquer maneira, no entanto, cabe reconhecer que a questão ora em exame há de ser apreciada em função do contexto normativo que resulta da vigente Constituição promulgada em 1988 e que, como anteriormente salientado, pluralizou, de maneira excessiva, as hipóteses definidoras de prerrogativa de foro em matéria penal.

Reconheço, Senhora Presidente, tal como afirmei, já em agosto de 2012, no início do julgamento da AP 470/MG, que a prerrogativa de foro merece nova discussão, para efeito de uma abordagem mais restritiva pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em ordem a somente reconhecer a prerrogativa de foro em relação aos delitos praticados “in officio” ou “propter officium”, e que guardem íntima conexão com o desempenho da atividade funcional, para que esta Suprema Corte não esteja a julgar membros do Congresso Nacional por supostas práticas delituosas por eles aleadamente cometidas quando prefeitos municipais, vereadores ou deputados estaduais, p. ex..

Reafirmei, então, naquele julgamento, o que já destacara em momento anterior, quando acentuei que a minha proposta, nesse tema, é



AP 937 QO / RJ

mais radical ainda, porque entendo que se impõe, “*de jure constituendo*”, por **deliberação** do Congresso Nacional, a **supressão**, *pura e simples*, de **todas** as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal, **embora concorde**, *se desacolhida a primeira sugestão*, com a **subsistência** de prerrogativa de foro **unicamente em favor** do Presidente da República, nos casos em que ele possa ser responsabilizado penalmente, e dos Presidentes do Senado, da Câmara e do Supremo Tribunal Federal.

Tenho para mim que todas as autoridades públicas **hão de ser submetidas** a julgamento, **nas causas penais**, perante os magistrados *de primeiro grau*, **mas penso** que o Supremo Tribunal Federal **deva**, *enquanto a Constituição mantiver essas inúmeras hipóteses de prerrogativa de foro*, **interpretar** a regra constitucional **nos seguintes termos**: a prerrogativa de foro *somente terá pertinência* nos delitos cometidos **em razão** do ofício **e em estreita relação** com o desempenho da função pública **que justifica** a outorga dessa medida extraordinária, **sob pena** de tal prerrogativa – *descaracterizando-se em sua essência mesma* – **degradar-se** à condição *de inaceitável privilégio de caráter pessoal*.

Entendo que a igualdade de todos, **ai incluídos** os agentes públicos em geral **e** os membros do Congresso Nacional, em particular, **tipifica-se** como uma das cláusulas essenciais à configuração mesma do primado **da ideia republicana**, **que se opõe** – *em função de seu próprio conteúdo* – às formulações teóricas **ou** jurídico-positivas **que proclamam**, *nos regimes monárquicos*, a desequiparação **entre** as pessoas **em razão** de seu nascimento, de sua posição funcional ou de sua condição nobiliárquica, **tal como ressaltado** por JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 203, item n. 267, 1958, Ministério da Justiça – DIN).

Embora irrecusável a posição de grande relevo dos Deputados Federais e Senadores da República no contexto político-institucional emergente de



AP 937 QO / RJ

nossa Carta Política, **impõe-se reconhecer, até mesmo como decorrência necessária do princípio republicano, que eles, como qualquer outro cidadão da República, também são súditos das leis.**

A consagração do princípio da igualdade de todos, inclusive dos agentes políticos em geral, **configura** “uma conquista fundamental da democracia e, como tal, é elemento essencial da forma republicana democrática que a Constituição brasileira adotou...” (PAULO DE LACERDA, “Princípios de Direito Constitucional Brasileiro”, vol. I/459, item n. 621).

A forma republicana de Governo, **analisada** em seus aspectos conceituais, **faz instaurar, portanto, um regime de essencial igualdade** a que se devem submeter, **de modo pleno**, entre outras autoridades estatais, **os parlamentares.**

Cumprе destacar, nesse contexto, o magistério irrepreensível do saudoso GERALDO ATALIBA (“República e Constituição”, p. 38, item n. 9, 1985, RT), **para quem** a noção de igualdade **traduz** um consectário natural **do dogma republicano:**

“A simples menção ao termo república já evoca um universo de conceitos, intimamente relacionados entre si, sugerindo a noção do princípio jurídico que a expressão quer designar. Dentre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial.” (grifei)

É sempre importante lembrar que a igualdade de todos tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da ideia republicana. A consagração do princípio da igualdade, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, **constitui** consequência necessária da forma republicana de governo **adotada** pela Constituição Federal.

O princípio republicano exprime, *a partir da ideia central que lhe é subjacente*, **o dogma de que todos são iguais perante a lei.**

AP 937 QO / RJ

*Não constitui demasia assinalar, Senhora Presidente, que o postulado republicano **repele** privilégios **e não tolera** discriminações, **impedindo que se estabeleçam tratamentos seletivos em favor** de determinadas pessoas **e obstando que se imponham restrições gravosas em detrimento** das demais, **em razão**, entre outras, de sua condição social, de nascimento, de gênero, de origem étnica, de orientação sexual ou de posição estamental, **eis que** – cabe insistir – **nada pode autorizar o desequilíbrio** entre os cidadãos da República, **sob pena** de transgredir-se o valor fundamental que informa a **própria** configuração da ideia de República.*

***Ressalte-se** que a prerrogativa de foro **traduz** matéria de direito estrito **e, por isso mesmo, deve merecer interpretação que impeça a expansão indevida** da competência penal originária **desta** Suprema Corte, **para que não se transgrida um valor fundamental** à própria configuração da ideia republicana, **que se orienta** pelo vetor axiológico da igualdade, **em ordem a viabilizar**, desse modo, **em relação a quem** pratica crimes resultantes **de fatos estranhos** ao exercício de certas titularidades funcionais no aparelho de Estado, **como** o desempenho do mandato parlamentar, **a aplicação ordinária** do postulado do juiz natural, **cujas importância** tem sido enfatizada, **em sucessivas decisões**, por esta Corte Suprema (**RTJ** 149/962-963 – **RTJ** 160/1056-1058 – **RTJ** 169/557 – **RTJ** 179/378-379, v.g.).*

*A prerrogativa de foro **não se qualifica** como situação de privilégio pessoal. **Há de estender-se, tão somente, a quem haja cometido** fato criminoso **vinculado** ao exercício das funções **inerentes** ao cargo que titulariza, **pois** a prerrogativa de foro, **enquanto** derrogação excepcional dos postulados da igualdade **e** do juiz natural, **tem** caráter estritamente funcional.*

Cabe lembrar**, neste ponto, por necessário, **que a Súmula 394** do Supremo Tribunal Federal **foi cancelada** no julgamento **do Inq 687-



AP 937 QO / RJ

-QO/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES (**RTJ** 179/912-913), **ocasião** em que esta Corte, **fundada** no princípio republicano, **corretamente assinalou** que “as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição **que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como o são, também, os ex-exercentes** de tais cargos ou mandatos” (grifei).

Daí a afirmação incontestável de JOÃO BARBALHO (“Constituição Federal Brasileira”, p. 303/304, edição fac-similar, 1992, Brasília), **que associa** à autoridade de seus comentários a experiência de membro da primeira Assembleia Constituinte da República e, **também**, a de Senador da República **e** a de Ministro do Supremo Tribunal Federal:

“**Não há**, perante a lei republicana, grandes **nem** pequenos, senhores **nem** vassalos, patrícios **nem** plebeus, ricos **nem** pobres, fortes **nem** fracos, **porque a todos irmana e nivela o direito** (...).” (grifei)

2. Legitimidade da interpretação constitucional do Plenário do STF a respeito da prerrogativa de foro: doutrina e outros precedentes

Impende pôr em destaque observação que reputo sumamente importante. **Entendo revestir-se de legitimidade, de inteira legitimidade, a interpretação jurídica** que o Supremo Tribunal Federal **está realizando, no presente julgamento, a respeito do alcance da prerrogativa de foro, por tratar-se** de matéria sujeita, **por efeito de sua natureza mesma, ao âmbito institucional** em que atuam, **por excelência**, os órgãos do Poder Judiciário, **qual seja**, o domínio **que compreende a hermenêutica da Constituição**, de que esta Suprema Corte, **incumbida de sua guarda, tem** “o monopólio da última palavra”.

Inegável reconhecer, por isso mesmo, **que compete** ao Supremo Tribunal Federal, **em sua condição indisputável de guardião da Lei**

AP 937 QO / RJ

Fundamental, interpretá-la e de seu texto extrair, nesse processo de indagação hermenêutica, a máxima eficácia possível, em atenção e respeito aos grandes princípios estruturantes **que informam**, como verdadeiros vetores interpretativos, o sistema de nossa Carta Política, **em ordem a fazer prevalecer a força normativa da Constituição**, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por tal razão, **hão de ser valorizadas**, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, **como enfatizam autores eminentes** (ALEXANDRE DE MORAES, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 109, item n. 2.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, “Controle de Constitucionalidade”, p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, “Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia: Supremacia”, p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 08/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, “A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, v.g.).

Cabe acentuar, bem por isso, tendo presente o contexto em questão, **que assume papel de fundamental importância** a interpretação constitucional **derivada** das decisões **proferidas** pelo Supremo Tribunal Federal, **cuja função institucional** de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, **como tem sido destacado**, com particular ênfase, **pela jurisprudência** deste Tribunal, para quem “(...) A não observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição (...)” (RE 203.498-AgR/DE, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei).

A circunstância de o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de “organo di chiusura”, **dispor** de competência **para interpretar** o ordenamento constitucional, **encerrando**, em caráter definitivo, as **controvérsias jurídicas** a ele submetidas, **não significa que suas decisões sejam imunes** à crítica, à divergência e ao debate **no âmbito da sociedade**

AP 937 QO / RJ

civil **e no plano** das comunidades jurídica e acadêmica, **especialmente se se considerar** a afirmação de que se vive **sob a égide** de uma “sociedade aberta dos intérpretes livres da Constituição”, **como a ela se refere** Peter Häberle.

Inquestionável, desse modo, **o reconhecimento**, **em favor** da generalidade das pessoas e das instituições, **inclusive** dos próprios Poderes da República, **de verdadeira** “abertura hermenêutica”, **que lhes permite discutir** o alcance, o significado e a abrangência das cláusulas **que compõem** o “corpus” constitucional.

Com essa compreensão, é importante destacar, **pluraliza-se** o debate constitucional, **confere-se** expressão real e efetiva ao princípio democrático **e permite-se** que o Supremo Tribunal Federal **disponha** de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, **buscando-se alcançar**, com tal abertura material, **consoante assinala expressivo magistério doutrinário** (GUSTAVO BINENBOJM, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, “‘Amicus Curiae’: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?”, 2010, Saraiva; GILMAR MENDES, “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor; INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, “As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro”, “in” **RDA** 211/125-134, v.g.), **a possibilidade de superação da grave questão pertinente à legitimidade democrática** das decisões **emanadas** desta Corte Suprema **no exercício** de seu extraordinário poder de efetuar, **notadamente em abstrato**, o controle de constitucionalidade.

A **única** diferença que existe **entre** a atuação **desta** Corte Suprema **nos processos** em que profere o seu julgamento **e a possibilidade**



AP 937 QO / RJ

democrática de ampla discussão social em torno da Constituição, passando, inclusive, pelo “diálogo institucional” entre os órgãos e Poderes constituídos, reside no fato, jurídica e processualmente relevante, de que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal revestir-se-á de definitividade nas causas que julgar, pondo termo ao litígio nelas instaurado, seja com efeito “inter partes” (controle incidental ou difuso de constitucionalidade), seja com efeito “erga omnes” e eficácia vinculante (controle normativo abstrato de constitucionalidade).

É por isso que se atribui ao Supremo Tribunal Federal o “monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional efetuada por esta Corte Suprema nos processos submetidos a seu julgamento, valendo destacar, quanto a esse ponto, no que concerne à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos em tema de exegese da Constituição, a lição do eminente Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO (“O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 392, item n. 2, 7ª ed., 2016, Saraiva), bastante clara no sentido de que “Cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário” (grifei), embora esse ilustre magistrado e Professor advirta que a primazia judicial “não significa (...) que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal”.

As observações que venho de fazer enfatizam a circunstância – que assume absoluto relevo – de que não se pode minimizar o papel do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões em matéria constitucional, pois tais decisões, em última análise, dão expressão concreta ao texto da própria Constituição (AI 460.439-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES), tal como assinala, em preciso magistério, o saudoso e eminente Ministro TEORI ZAVASCKI (“Ação Rescisória em Matéria Constitucional”, “in” Revista de Direito Renovar, vol. 27/153-174, 2003):

“(...) O princípio da supremacia da Constituição e a autoridade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal constituem, conforme se viu, os pilares de sustentação para

AP 937 QO / RJ

construir um sistema apto a dar respostas coerentes à variedade de situações (...).

.....

(...) O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é. (...). Contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, pragmaticamente considerado, que os de violar a Constituição (...). É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso." (grifei)

Dai a correta lição de FRANCISCO CAMPOS ("Direito Constitucional", vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza que no poder de interpretar inclui-se a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional. É que – segundo a lição desse eminente publicista – "O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte" (grifei), tal como tem sido proclamado, em diversos julgados, por este Supremo Tribunal Federal:

"A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

– O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois no processo de indagação constitucional assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

– No poder de interpretar a Lei Fundamental reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação

AP 937 QO / RJ

judicial *acha-se compreendida* entre os processos *informais* de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes.

– A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – *a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’* (CE, art. 102, ‘caput’) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico *vigente* em nosso País conferiu à Suprema Corte a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.”

(MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.797/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, advertiu que o legislador ordinário não pode, a pretexto de editar lei interpretativa da Carta Política, “opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição” (grifei), sob pena de usurpação, por parte do Congresso Nacional, da função desta Corte Suprema como “intérprete final da Lei Fundamental”.

Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal, ênfatizando a condição institucional que lhe permite exercer, soberanamente, o monopólio da última palavra em interpretação constitucional, concluiu pela impossibilidade jurídica de o Congresso Nacional, ainda que mediante lei, reformar exegese ou alterar o sentido interpretativo que esta Corte Suprema, no regular exercício de sua jurisdição, conferiu ao texto constitucional:

“(…) admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua

AP 937 QO / RJ

supremacia – só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames (...)."

(ADI 2.797/DE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

É importante ressaltar que essa preocupação, realçada pela doutrina, tem em perspectiva um dado de **insuperável** relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da **indiscutível** supremacia, formal e material, **de que se revestem** os princípios constitucionais.

É de lembrar-se, finalmente, neste tópico, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **em importantíssimos** precedentes também firmados em “questão de ordem”, agindo em sede de interpretação constitucional, proferiu decisões pelas quais **restringiu, de modo bastante expressivo, sempre, porém, nos estritos limites** de suas atribuições jurisdicionais, **o sentido e a abrangência de uma fundamental prerrogativa de índole constitucional dos membros do Poder Legislativo, prerrogativa essa muito mais relevante (e essencial) do que aquela referente ao foro “ratione muneris”, vindo a definir, então, no julgamento do Inq 104-QO/RJ, Rel. Min. DJACI FALCÃO (RTJ 99/477), e do Inq 105-QO/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA (RTJ 99/487), que o congressista, quando licenciado para exercer cargo no Poder Executivo (como ainda o permite o art. 56, I, da vigente Constituição), não pode invocar, em seu favor, por inaplicável, enquanto persistir tal situação, a imunidade parlamentar, tanto material quanto formal, em razão de essa particular e especial proteção constitucional – como adverte o magistério doutrinário** (PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 – com a Emenda nº 1, de 1969”, tomo III/10 e 43, 2ª ed., 1970, RT; JOÃO BARBALHO, “Constituição Federal Brasileira”, p. 64, edição fac-similar, 1992, Senado Federal; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 2/625, 1990, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. V/2.624-2.625, item n. 204, 1991,

AP 937 QO / RJ

Forense Universitária; PEDRO ALEIXO, “Imunidades Parlamentares”, p. 59/65, 1961, Belo Horizonte; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 4, tomo I/187, 1995, Saraiva; RENÉ ARIEL DOTTL, “Curso de Direito Penal – Parte Geral”, p. 398, item n. 25, 2001, Forense; ROSAH RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA, “O Poder Legislativo na República”, p. 140/141, item n. 2, 1960, Freitas Bastos, *v.g.*) – supor o “exercício” do ofício legislativo, **inocorrente** nas hipóteses em que o Deputado Federal ou Senador da República esteja a desempenhar, p. ex., o cargo de Ministro ou de Secretário de Estado. Em consequência de tais julgados, procedeu-se ao cancelamento da Súmula 4/STF!

3. Conclusão

Sendo assim, e em face das razões expostas, peço vênia para acolher, integralmente, Senhora Presidente, a solução proposta pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO, Relator, **adotando, em consequência, as seguintes teses** por ele formuladas:

(1) “O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”;

(2) “Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais **não será mais afetada** em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.” (grifei)

Assinalo que, nas hipóteses que se enquadrarem no precedente ora firmado neste julgamento, impor-se-á, em regra, o encaminhamento dos autos a órgão judiciário competente situado no primeiro grau de jurisdição.

É o meu voto.



23/11/2017

PLENÁRIO

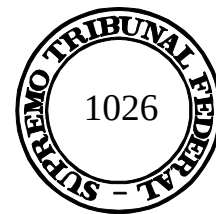
QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**APARTE**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite só uma observação?

Eu acompanhei a construção do Ministério da Defesa e eu me lembro que uma condição para que esse modelo fosse construído e desenvolvido era a aprovação da Emenda Constitucional que dava prerrogativa de foro aos comandantes militares. Eu fico a imaginar, aplicada essa jurisprudência que se está a desenhar, que se invente alguma coisa como: um dos comandantes militares tem que responder pela Lei Maria da Penha, e um juiz mande prendê-lo lá no Forte Apache. Não é muito fácil fazê-lo lá no Forte Apache. Mas certamente nós vamos começar a alimentar conflitos dessa índole, só para pensar em coisas desse tipo. Quer dizer, esta é uma *ratio* histórica sobre um caso deste, é disso que se cuida, é essa a hipótese. Mas a investigação vai ser feita por um juiz cauteloso. Nós temos visto isto, de maneira exemplar, em todas as hipóteses?

A mim me parece que se tem que levar em conta inclusive a *ratio* histórica, porque este é um caso de acréscimo, foi por emenda constitucional na previsão do Ministério da Defesa, que era uma obra importante do governo Fernando Henrique Cardoso, que pensara no seu programa em dar um caráter civil ao Ministério da Defesa.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A criação do Ministério da Defesa teve um propósito bastante claro e altamente simbólico: destacar a supremacia do poder civil sobre o poder militar, ainda mais se tivermos presente a nossa própria experiência histórica **que atesta** que intervenções pretorianas no processo político **tendem a vulnerar** o regime democrático e as liberdades fundamentais do cidadão.



AP 937 QO / RJ

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente.

Mas esta foi uma condição - e eu sou testemunha da história nesse episódio - para que se fizesse, por quê? Porque, de fato, banalizam-se as ações. O problema - Vossa Excelência certamente tem ouvido - dos militares em relação às ações de lei e ordem no Rio de Janeiro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E os problemas que decorrem da competência da Justiça Comum ou da Justiça Militar.



23/11/2017

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Nada pode justificar qualquer sentimento de temor ou de restrição a membro do Ministério Público e a magistrados que desempenham suas atribuições em primeira instância. São todos profissionais sérios e respeitáveis que atuam com responsabilidade e independência no exercício de suas funções.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O ex-Presidente Clinton foi julgado por um júri, em primeira instância.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Presidente dos Estados Unidos não dispõe de prerrogativa de foro, *em sede penal*, perante a Corte Suprema daquele país.

Na realidade, enquanto detiver a titularidade do mandato presidencial, ele disporá de imunidade processual, que impede seja ele submetido a julgamento criminal perante órgão competente do Poder Judiciário.

Essa cláusula de imunidade, reconhecida pela própria Corte Suprema do Estados Unidos da América, somente deixará de subsistir quando cessada a investidura do Presidente da República no mandato por ele titularizado, seja em razão de renúncia, ou de não reeleição, ou, ainda, de “impeachment”.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, acho que o exemplo de Vossa Excelência é extremamente feliz, porque um Ministro do Supremo Tribunal Federal afirmar, como nós estamos afirmando, pelo menos nos votos que acompanharam o Ministro-Relator, que seria da nossa compreensão que devêssemos ser

**AP 937 QO / RJ**

julgados nos crimes comuns, se algum viesse a praticá-lo, por um juiz é um atestado de que o Supremo Tribunal Federal acredita no juiz brasileiro, acredita na magistratura brasileira, porque somos um Poder Judiciário!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sem dúvida alguma!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O que se distribui é a competência.

Portanto, como Vossa Excelência, também deixo o testemunho de que o juiz brasileiro é um juiz valoroso; os juízes dos rincões mais distantes do Brasil atuam com uma independência exemplar em situações, às vezes, até de periculosidade, em regiões de fronteira.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente. Temos inúmeros exemplos de magistrados e membros do Ministério Público em nosso País que, *atuando em primeiro grau e não obstante enfrentando situações de extrema adversidade, exerceram, mesmo assim e de modo exemplar,* as suas atribuições funcionais.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Portanto, é um atestado de confiança que o próprio Supremo passa, ou, pelo menos, tenho essa compreensão de que deveríamos todos ser julgados mesmo é por juiz de primeira instância, como cidadãos que somos, e não na condição de um servidor com foro especial; realmente, é exatamente isso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Confio, plenamente, Senhora Presidente, na magistratura de primeiro grau e no Ministério Público de primeira instância!*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu também!



AP 937 QO / RJ

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: São profissionais que atuam com independência, com rigor e com extrema correção.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- O único comentário que ia fazer, Ministro Celso, é o de que eu concordo plenamente com Vossa Excelência.

Eu apenas, ao responder ao Ministro Alexandre de Moraes, disse: "Olha, a minha proposição focou no caso específico dos parlamentares federais". Portanto, o números que eu levantei se referiam a parlamentares federais, a ineficiência do sistema se referia a parlamentares federais. Eu tenho o maior apreço, o maior respeito pela posição do Ministro Dias Toffoli, com a qual eu não estou de acordo, porque os processos aqui levam cinco, sete anos, não é por culpa do Supremo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É verdade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E não estamos procurando culpados, não é, Ministro?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- É um modelo que não funciona. E eu estou convencido de que ele é feito para não funcionar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E não estamos procurando culpados, estamos procurando soluções.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- E não acho que haja culpados, muito menos culpados individuais, mas o sistema é ruim. É ruim, porque desgasta politicamente o Supremo, é ruim porque um Tribunal Constitucional não deve figurar como juízo criminal de primeira instância e é ruim porque os processos aqui se prolongam indefinidamente. Se eles se prolongarem em primeiro grau, nós até temos um poder, eventualmente, correcional, mas, quando eles se prolongam aqui, nós não temos solução.

**AP 937 QO / RJ**

Portanto, eu concordo plenamente com Vossa Excelência, acho que a regra geral deve ser a do juízo de primeiro grau, e o único comentário que fiz foi o de que o meu voto cuidou de uma situação particular.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Neste caso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Também penso assim, **pois entendo** que a competência penal nas situações alvitadas pelo eminente Relator **pertence, em regra,** ao órgão judiciário competente *de primeira instância*.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Só para eu concluir. Desculpe-me.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Ainda respeitando a posição divergente dos Colegas, nos casos da 13ª Vara de Curitiba, nós temos mais de setenta condenações; no Rio, já há mais de trinta condenações. Portanto, é possível fazer o sistema funcionar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A resolução da presente questão de ordem **traduz** reação do Supremo Tribunal Federal a um modelo que efetivamente tem comprometido a funcionalidade e a regularidade do exercício da jurisdição penal por esta Corte.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Cômputo do prazo prescricional.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A situação torna-se ainda mais grave quando alterações na investidura funcional fazem cessar a competência penal originária deste Tribunal (renúncia ao mandato parlamentar, *p. ex.*), para, *algum tempo depois, em razão de nova*

**AP 937 QO / RJ**

nomeação (investidura no cargo de Ministro de Estado, *p. ex.*), ser ela restabelecida.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E mesmo no caso, Ministro, da Ação Penal nº 396, nós chegamos aqui à situação em que houve, Vossa Excelência haverá de se lembrar, era Relatora, em que o deputado renunciou...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Lembro-me desse episódio...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Foi lida a renúncia naquele dia para que nós não pudéssemos julgar. E foi quando nós revertemos a jurisprudência; e tinha sido vencida no caso de um outro deputado, tínhamos ficado quatro votos, e a maioria no sentido de que: "Não, renunciou, vai embora!" E, naquela ocasião, demonstrei exatamente isso, e Vossas Excelências acabaram acompanhando o meu entendimento no sentido de que não dá mais para o Supremo ficar permitindo, com esse tipo de manobra - que é, na verdade, uma manobra -, que se impeça o julgamento. É preciso que realmente o cidadão, todo cidadão brasileiro se sente realmente numa sociedade em que a impunidade prevalece por conta de situações como essa.

Agradeço o aparte de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A intervenção de Vossa Excelência **sempre** ilumina o caminho dos meus votos, Senhora Presidente.

**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937**

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

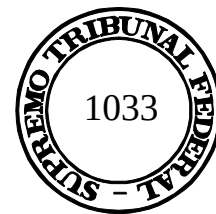
RÉU(É) (S) : MARCOS DA ROCHA MENDES

ADV.(A/S) : CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO (73969/RJ)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), resolvendo questão de ordem com a fixação das seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo", com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, e, pelo réu, Marcos da Rocha Mendes, o Dr. Carlos Magno Soares de Carvalho. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 31.05.2017.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, acompanhando em parte o Ministro Relator, e os votos das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia (Presidente), acompanhando o Ministro Relator, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 1º.6.2017.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, acompanhando, em parte, o Relator, nos termos de seu voto, e após os votos dos Ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello, acompanhando integralmente o Relator, pediu vista dos autos o

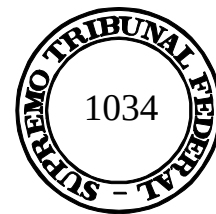


Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 23.11.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário



02/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**VOTO-VISTA****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro em face de Marcos da Rocha Mendes pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral).

De acordo com a denúncia, nas eleições municipais de 2008, o réu teria angariado votos para se eleger prefeito de Cabo Frio por meio da entrega de notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e da distribuição de carne aos eleitores.

A denúncia foi recebida pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE). Cessado o mandato do réu como prefeito, o processo foi remetido ao juízo eleitoral de primeiro grau.

Após regular instrução e apresentação de alegações finais pelas partes, em face da diplomação do réu como deputado federal, os autos foram remetidos ao STF.

Em 13/12/16, o Ministro Relator determinou a inclusão do feito em pauta de julgamento da Primeira Turma. A Pauta foi publicada em 16/12/16.

O acusado renunciou ao mandato, a partir de 31/12/16, para tomar posse, em 1º/1/17, como prefeito de Cabo Frio.

O Ministro Relator, em 10/2/17, afetou o julgamento ao Plenário para que esse se manifestasse

“(…) sobre a possibilidade de conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar tais competências jurisdicionais aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo. Essa interpretação se alinha com o caráter excepcional do foro privilegiado e melhor concilia o instituto

AP 937 QO / RJ

com os princípios da igualdade e da república. Além disso, é solução atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, com maior aptidão para tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e efetivo”.

É o breve relatório.

I – O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: APANHADO HISTÓRICO E EVOLUÇÃO NORMATIVA NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Antes de adentrar no mérito da questão de ordem, é primordial, até mesmo em razão da relevância do debate, termos em mente o desenvolvimento do chamado foro por prerrogativa de função, salientando as razões históricas pelas quais o instituto evoluiu no país até chegarmos ao cenário jurisdicional de hoje.

Como já tive a oportunidade de destacar em outras oportunidades, a história do Brasil – Colônia, Império e República – demonstra que muitos dos debates que aportam na Suprema Corte são decorrentes do permanente movimento pendular da Federação brasileira. Que movimento pendular seria esse? É aquele que se dá entre se conferir uma maior autoridade às elites locais ou à Nação; entre se atribuir maior legitimidade ou competência aos entes locais e estaduais ou aos entes centrais - à União; entre se promover a descentralização, em favor dos municípios e dos estados, ou a centralização, em benefício do conjunto nacional.

Esse é o pêndulo sobre o qual oscila a Nação brasileira. O debate permanece vivo e a acomodação dessas tendências centrífugas e centrípetas de nosso federalismo também se faz presente no debate a respeito dos contornos das regras constitucionais do foro por prerrogativa de função.

Sua análise não deve, portanto, ser realizada tão somente sob o recorte do cenário atual. Urge levar em conta o histórico das relações de

AP 937 QO / RJ

poder na sociedade brasileira e, sobretudo, as particularidades de nossa Federação.

O foro por prerrogativa encontra-se em constituições de vários países. Contudo, em nenhuma delas – reconheço - com a dimensão e a complexidade observada no texto constitucional brasileiro, uma vez que aqui se desenvolveu com uma identidade própria, até mesmo pela dimensão de nosso Estado Federal e pelas razões peculiares de distribuição da autonomia entre a União, os estados-membros e os municípios.

Não há dúvidas de que nossa concepção de foro por prerrogativa de função foi influenciada pelos modelos português e espanhol, sendo possível perceber, em seu nascedouro, a influência da Carta espanhola (Cádiz) de 1812, da Constituição portuguesa (Porto) de 1822, da Carta Constitucional Portuguesa de 1826 e de seu Ato Adicional de 1832¹.

No entanto, como assevera Orlando Carlos Neves Belém, em dissertação de mestrado intitulada **Do foro privilegiado à prerrogativa de função**,

“o foro por prerrogativa de função no constitucionalismo brasileiro adquiriu feições próprias, ainda que parecido com os sistemas normativos dos países Ibéricos, mas, acentuadamente diferente do padrão elaborado pelas famílias jurídicas que tiveram inspiração na *Common Law* e, inclusive, com o modelo constitucional criado na França após a Revolução Francesa”.

Imprescindível, portanto, o exame das Constituições brasileiras, durante o Império e a República, a fim de se compreender esse processo em nosso sistema político e jurídico.

Nosso primeiro texto constitucional – a Constituição de 1824 –, determinava que a pessoa do Imperador era *inviolável e sagrada*, não estando sujeita a nenhum tipo de responsabilidade (art. 99), como próprio

1 BELÉM, Orlando Carlos Neves. **Do foro privilegiado à prerrogativa de função**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2008. p. 86.

**AP 937 QO / RJ**

das monarquias daquele período, “regime no qual o chefe de Estado é irresponsável (*the king can do no wrong*), por isso, investido vitaliciamente”.²

A Constituição imperial extinguiu os privilégios pessoais, ficando abolidos “todos os Privilégios, que não fo[ssem] essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade pública” (art. 179, XVI). A esse respeito, Pimenta Bueno afirmava se tratar de “consequência necessária do justo e útil princípio da igualdade perante a lei”³. Ainda de acordo com o Constitucionalista do Império,

“[a] Constituição do Império, no art. 179, § 17, fiel ao princípio da igualdade da lei, proscreeu os foros privilegiados; foi, porém, ela mesmo quem criou esta competência do supremo tribunal[, em vista] não tanto destes altos funcionários, como de verdadeiro interesse público. Era sem dúvida de mister atribuí-la a uma corte ilustrada e independente para que se tivesse a garantia de um julgamento imparcial. Demais, a ordem hierárquica, as idéias da conveniente subordinação, não permitiram que tais funcionários submetidos ao julgamento de autoridades subalternas.”⁴

Com efeito, a Carta do Império definiu ser atribuição exclusiva do Senado “conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura”, bem como “conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e Conselheiros de Estado” (art. 47, I e II). Ao Supremo Tribunal de Justiça competia “conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e

2 ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed., Malheiros: São Paulo, 2011. p. 68.

3 BUENO, José Antônio. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal: Brasília, 1978. p. 415.

4 Op. cit. p. 373.

AP 937 QO / RJ

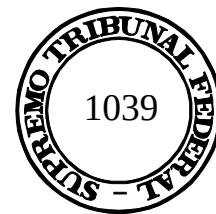
os Presidentes das Províncias" (art. 164, II).

Com a promulgação da República e a adoção do princípio republicano, a Constituição de 1891 estabeleceu a responsabilidade do Presidente da República, o qual era "submetido a processo e a julgamento, depois [de] a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e, nos de responsabilidade, perante o Senado" (art. 53). Competia ao STF processar e julgar (i) os ministros de Estado nos crimes comuns e de responsabilidade, sendo os crimes conexos com os do presidente da República julgados pela autoridade competente para o julgamento desse (art. 52, § 2º), e (ii) os ministros diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 59, I, a).

Indo além, a Carta estabeleceu que "[t]odos são iguais perante a lei" e que "[a] República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho" (art. 72, § 2º).

É certo que, embora inspirada no direito norte-americano, a Constituição de 1891 não seguiu, quanto ao foro por prerrogativa de função, a concepção existente na Constituição americana, a qual limitou a excepcionalidade ao julgamento do presidente da República por responsabilidade política - **impeachment**. Como bem esclarece Pedro Lessa,

"[a]o passo que nos Estados-Unidos da América do Norte o único julgamento excepcional, estatuído para o Presidente da Republica, é o impeachment[,] em que funciona o Senado como corte de justiça, entre nós[,] além do impeachment[,] temos para os próprios crimes comuns do Presidente da Republica uma competência excepcional, a originaria e privativa do Supremo Tribunal Federal, com a prévia declaração pela Câmara dos Deputados da procedência da acusação (artigo 53 da Constituição Federal). Tem esta ultima providência por fim manifesto obstar a que prossigam denúncias aleivasas,



AP 937 QO / RJ

processos infundados, acções que inoportuna ou inconvenientemente poderiam arrear do seu posto o chefe da nação, em graves conjuncturas da política nacional, ou da política internacional”.⁵

De igual modo, acentua Carlos Maximiliano:

“Desviando-se, em parte, do modelo norte-americano, o estatuto brasileiro não sujeitou a *impeachment* os crimes communs do Presidente e seus Ministros; preferiu o julgamento pelos tribunales ordinários. (...) **aos mais altos juízes, colocados, na própria hierarquia, em nível igual ao dos réus poderosos e ilustres, na ordem administrativa, compete colher e apreciar a prova e condemná-los ou absolvê-los afinal.**”⁶

De outro lado, instituída a Federação, restaram fortalecidos os estados-membros, as antigas províncias. A maior descentralização e a maior autonomia dos estados e de suas elites refletiram diretamente na organização judiciária do país e nos planos de dominação do situacionismo local, repercutindo, diretamente, no chamado “coronelismo”, e em seu inerente sistema de reciprocidade.

Nas realistas palavras de Victor Nunes Leal, em sua célebre obra de 1949⁷:

“[a]inda hoje se observam, no interior, principalmente nos lugares mais remotos, manifestações muito visíveis de poder privado, pela influência dos chefes locais e senhores de terras sobre seus dependentes. E[,] à medida que aumenta a eficácia do mecanismo judicial e policial dos Estados[,] mais subordinada ao poder se torna essa magistratura oficiosa, reforçando o governismo dos chefes locais. Esse conformismo

5 LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Brasília: Senado Federal. 2003, p. 45.

6 MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 588.

7 LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7 ed., São Paulo: Companhia das Letras, p. 2012, p. 204 e 205.

AP 937 QO / RJ

político, parte essencial do compromisso 'coronelista', traz como consequência, entre outras vantagens, a nomeação de delegados e subdelegados por indicação dos dirigentes dos municípios, ou com instruções para agir em alianças com eles, isto é, para 'fazer justiça' aos amigos e 'aplicar a lei' aos adversários. Daí a ligação indissolúvel que existe entre o 'coronelismo' e a organização judicial.

Em relação à justiça, essa ligação já foi muito mais estreita do que é hoje, e diminui na proporção em que aumentam as garantias do Poder Judiciário. Ainda assim, ela é evidente no que respeita aos juízes de paz e continua a manifestar-se, em grau apreciável, quanto aos juízes temporários, que não dispõem dos mesmos direitos dos magistrados de carreira. Mesmo entre os juízes vitalícios aparecem por vezes expressões chocantes de partidarismo. As garantias legais nem sempre podem suplantar as fraquezas humanas: transferência para lugares mais confortáveis, acesso aos graus superiores, colocação de parentes, gosto do prestígio, eis os principais fatores de predisposição política de muitos juízes. Por outro lado, os membros do Ministério Público estadual não dispõem das mesmas garantias dos magistrados, e nos municípios mais atrasados continuam a funcionar pessoas leigas como adjuntos de promotores, escolhidos quase sempre por critérios partidários.

Essa debilidade da organização judiciária e policial resultam do isolamento, da pobreza do país, da escassez de suas rendas públicas, da fragilidade humana e, em grande parte, do interesse menos escrupuloso das situações políticas estaduais. É sobretudo esse interesse que determina a entrosagem de juízes, promotores, serventuários da justiça e delegados de política no generalizado sistema de compromisso do 'coronelismo'."

De fato, concordemos ou não com as prerrogativas de foro, uma das razões para a extensão de suas hipóteses no Brasil foi a maior influência e poder das oligarquias locais sobre magistrados de primeiro grau, em

**AP 937 QO / RJ**

comparação com os juízes de instâncias superiores, desvinculados, a princípio, da realidade política regional. Vai nesse sentido a notável passagem do voto prolatado, em 1962, pelo Ministro **Victor Nunes Leal**:

“A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja a eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado” (Rcl 473, Rel. Min. **Victor Nunes**, DJ de 6/6/1962).

Não por acaso – após a Revolução de 1930, que marcou um novo período de centralização política pela União -, a Carta de 1934 ampliou, significativamente, as prerrogativas de foro para alcançar os ministros da Corte Suprema, os ministros de Estado, o procurador-geral da República, os juízes dos tribunais federais e das cortes de apelação, os ministros do Tribunal de Contas e, ainda, os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, bem como os juízes federais e seus substitutos, nos crimes de responsabilidade (art. 76, I, alíneas a, b e c).

Com o Golpe do Estado Novo, a Constituição ditatorial de 1937 criou o Conselho Federal, a quem competia processar e julgar o presidente da República e os ministros do STF nos crimes de responsabilidade (arts. 86 e 100). Outra novidade da Carta foi a previsão da prerrogativa de foro em âmbito estadual, atribuindo aos tribunais de apelação a competência privativa para processar e julgar os juízes inferiores nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 103, alínea e).

**AP 937 QO / RJ**

Com a redemocratização e o término do regime do Estado Novo, foi promulgada a Constituição de 1946, cujo liberalismo, nas palavras de Paes de Andrade e Paulo Bonavides, “deve ser motivo de orgulho para todos os brasileiros”⁸.

A Carta restabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o Presidente da República nos crimes comuns, seus próprios ministros, o procurador-geral da República, os ministros de Estado, os juízes dos tribunais superiores federais, os desembargadores dos tribunais de justiça dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, os ministros do Tribunal de Contas e os chefes de missão diplomática (art. 101, I, a, b e c). Competia, ainda, privativamente aos tribunais de justiça processar e julgar os juízes de inferior instância nos crimes comuns e nos de responsabilidade (art. 124, IX).

A Constituição de 1967 manteve o foro especial nos mesmos moldes da Constituição de 1946. Mas, na sequência, o Ato Institucional nº 5, de 1968, suspendeu os direitos políticos e, simultaneamente, fez cessar o que chamou de “privilégio de foro por prerrogativa de função” (art. 5º, I).

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, retomou as hipóteses de prerrogativa de foro antes previstas, acrescentando a competência do STF para processar e julgar, nos crimes comuns, o vice-presidente, os deputados e os senadores (art. 119, I, a).

Por sua vez, a Constituição de 1988 – após a redemocratização e tendo em vista a sede da sociedade por Justiça –, amparada no princípio da responsabilização dos agentes públicos (essência do fundamento republicano), ampliou os casos de prerrogativa de foro, possibilitando o julgamento perante os tribunais superiores das mais altas autoridades da República.

Desde então, o pêndulo da História continua oscilando, ora contra e ora a favor do foro especial.

Lembre-se que, em 2001, o STF cancelou o verbete da Súmula 394 – editado sob a égide da Carta de 1946 –, que afirmava que, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por

8 BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 10 ed., Brasília: OAB, 2008. p. 415.

**AP 937 QO / RJ**

prerrogativa de função ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. Eis a ementa do paradigmático julgamento da Questão de Ordem na AP nº 687, de relatoria do Ministro **Sydney Sanches**:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU. NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394. 1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, ‘cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício’. 2. **A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expensas, pois, no art. 102, I, ‘b’, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar ‘os membros do Congresso Nacional’, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, ‘b’ e ‘c’). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a**

AP 937 QO / RJ

garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou” (DJ 9/1/2001).

De outro modo, como não lembrar, mais recentemente, o julgamento da Ação Penal nº 470/DF, popularmente conhecida como “Mensalão”, quando muito se comentava que, se a referida ação não tivesse sido processada pelo STF, talvez nunca tivesse sido julgada, tendo em vista que outros casos referentes ao mesmo episódio ou a episódios correlatos que foram para a primeira instância só começaram a ser julgados depois da decisão da Suprema Corte. Contraditoriamente, nesse mesmo período, muitos clamavam para que não houvesse o desmembramento para a primeira instância, sob risco de impunidade.

Estamos agora no movimento inverso. Por busca de eficiência e celeridade processual, defende-se o fim – ou ao menos a restrição – das hipóteses de foro por prerrogativa de função.

Por essas razões, senhores Ministros, a par da existência da acirrada controvérsia acerca do instituto, **sou favorável às regras de prerrogativa de foro, pois entendo que, em uma Federação complexa e**



AP 937 QO / RJ

marcadamente desigual como a brasileira, quem deve julgar as autoridades máximas do país não deve ser o poder local, no caso, os juízes de primeira instância, mas sim um órgão da Nação brasileira. A Constituição escolheu o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário do país, para desempenhar esse mister, em relação às maiores autoridades, bem como o STJ.

Importante salientar, uma vez mais, que a prerrogativa de foro não tem como objetivo favorecer aqueles que exercem os cargos listados, mas garantir a independência do exercício de suas funções, além de evitar manipulações políticas nos julgamentos e a subversão da hierarquia. A prerrogativa de foro tem como objetivo maior assegurar que haja o máximo de imparcialidade nos julgamentos.

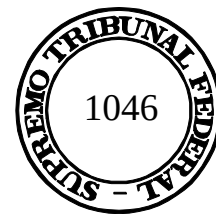
Como defende José Augusto Delgado, o foro por prerrogativa de função, acima de qualquer outra reflexão, deve ser visto como uma garantia, e não como um privilégio. Confere-se, assim, uma segurança para os agentes políticos, pois passam a ser julgados por órgãos colegiados, compostos por magistrados mais experientes, de cortes superiores, que atuam de modo coletivo. Nesses casos, adverte, impõe-se “que os julgamentos transmitam absoluta segurança aos que [por] eles são atingidos e à própria sociedade”⁹.

Como ressalta **Hélio Tornaghi**,

“Não há foro especial para conde, barão ou duque; para Jafet, Café ou Mafé; não existe acepção de pessoas; a lei não tem preferências nem predileções. Mas leva em conta a dignidade da função, a altitude do cargo, a eminência da posição. Se a pessoa deixa a função, perde a prerrogativa, que não é sua, mas dela”.¹⁰

9 DELAGO, José Augusto. Foro por prerrogativa de função. Conceito. Evolução histórica. Direito Comparado. Súmula nº 349 do STF. Cancelamento. Enunciados. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves e MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (org.). **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 335.

10 TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense,

**AP 937 QO / RJ**

Não se trata de privilégio. Pelo contrário, aquele que detém a prerrogativa tem diminuídos o número de instâncias recursais e a chance de eventual prescrição, uma vez que o julgamento acaba sendo mais célere, já que julgado, no caso do Supremo, em única instância.

Muitos dizem que o foro por prerrogativa de função resultou numa cultura da impunidade contra os poderosos e contra os políticos no Brasil. O que não se fala é que só há bem pouco tempo as instituições brasileiras passaram a ter condições normativas e institucionais para atuar de forma efetiva e independente no combate à corrupção. A começar pela redemocratização, cujo marco é a atual Constituição de 5 de outubro de 1988.

Qual a razão, então, de somente agora haver uma atuação mais sistêmica? Por que investigações com a magnitude das que temos hoje não existiam antes?

A resposta é simples: não existiam porque não tínhamos o arcabouço normativo nem os instrumentos legais necessários. Não aconteciam porque não havia como acontecer!

A falsa ideia de que a prerrogativa de foro é um privilégio e que os seus detentores são beneficiados pelo foro com a demora no julgamento decorre, em verdade, da existência, desde a Constituição de 1824 até 2001, da imunidade formal para deputados e senadores, os quais não podiam ser processados criminalmente sem a licença da respectiva casa legislativa.

A história e os números demonstram que, nesse período, os parlamentares, talvez por corporativismo, raramente autorizavam a abertura de uma ação penal contra um de seus pares.

Um exemplo disso foi o caso do ex-deputado federal Hildebrando Pascoal, que ficou conhecido como “o assassino da motosserra”, acusado de comandar um grupo de extermínio que utilizava métodos bárbaros de execução.

Em 1999, a Câmara dos Deputados preferiu cassar o mandato do deputado por falta de decoro parlamentar a permitir a instauração de

1959. v. III, p. 56.

**AP 937 QO / RJ**

processo criminal contra ele no STF. O deputado só foi processado e condenado na Justiça depois da cassação de seu mandato.

A indignação com esse caso talvez tenha sido o estopim para a aprovação da Emenda Constitucional nº 35, em 2001, a qual alterou essa imunidade formal, não sendo mais necessária a licença, mas apenas a comunicação do recebimento da denúncia pelo Supremo Tribunal Federal à casa respectiva, a qual pode sustar o andamento da ação (art. 53, § 3º, CF/88). Ou seja, esse controle deixou de ser prévio e passou a ser posterior. Algo que o parlamento jamais fez.

Após essa reforma constitucional, os inquéritos passaram a tramitar regularmente e as ações penais começaram a ser julgadas, resultando na condenação de vários parlamentares.

Vejam que, de 1988 – ano da promulgação da Constituição Federal – até 2001, tramitaram na Suprema Corte apenas 6 (seis) ações penais. Entre 1996 e 2001 (cinco anos), não houve autuação de ação penal nesta Corte. De 2002 até abril de 2018, foram autuadas 661 (seiscentos e sessenta e uma) ações penais.¹¹

Ou seja, somente a partir de 2002, após a Emenda Constitucional 35, os processos contra deputados e senadores passaram a tramitar regularmente na Suprema Corte.

Como já tive oportunidade de citar na assentada anterior deste julgamento – atualizando agora os dados -, do total de 36 (trinta e seis) ações penais recebidas desde minha posse como Ministro desta Corte, apenas 6 (seis) ações penais estão hoje em meu gabinete, estando 1 (uma), já julgada, aguardando a análise de embargos de declaração, 4 (quatro) em fase de preparação de relatório e voto e 1 (uma) em instrução.

Em relação aos inquéritos, do total de 175 (cento e setenta e cinco) que tramitaram desde 23/10/2009, continuam em tramitação apenas 45 (quarenta e cinco), sendo que apenas 6 (seis) se encontram conclusos ao gabinete, sendo que 2 (dois) já foram julgados pela Segunda Turma; 2 (dois) liberados para julgamento, 1 (um) está aguardando análise de pedido de diligência e 1 (um) em preparação de relatório e voto acerca do

11 Dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF de 30 de abril de 2018.

AP 937 QO / RJ

recebimento ou não da denúncia. Todos os demais inquéritos encontram-se fora do gabinete para cumprimento de determinações e/ou diligências, a cargo da Procuradoria-Geral da República ou da Polícia Federal.

Nesses casos, com vistas a dar maior celeridade às investigações, tenho assinalado prazo para a autoridade policial emitir relatório, se não conclusivo, ao menos parcial, contendo i) seu juízo de valor sobre o resultado das diligências já realizadas e ii) a justificativa para o eventual não cumprimento de diligências pendentes a seu cargo, sem a qual não são deferidos novos pedidos de concessão de prazo suplementar.

Por essas e outras razões, em meu sentir, o Tribunal tem evoluído e se tornado cada vez mais eficiente no tocante a sua competência originária criminal.

O caso emblemático da AP nº 470/DF trouxe aprendizados. Desde seu fim, a Corte tem constantemente aperfeiçoado a forma de processar e julgar ações penais desse tipo.

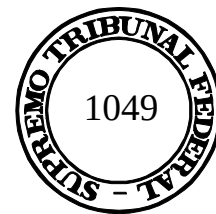
Além de deslocar a competência para esses julgamentos do Tribunal Pleno para a Primeira e a Segunda Turmas, a Corte passou a ser bem mais rígida em relação à manutenção do julgamento de pessoas que não detêm foro especial.

Esses exemplos de aperfeiçoamento do processamento e do julgamento dos processos criminais acabaram conferindo ao Supremo Tribunal Federal a expertise necessária para a entrega de uma prestação jurisdicional mais célere e homogênea, a qual serve de parâmetro para os demais juízes e tribunais do Poder Judiciário brasileiro.

Por outro lado, desde a Constituição de 1988, foram aprovadas leis que modernizaram a legislação penal e processual penal e buscaram conferir maior efetividade e agilidade à atuação do Estado no combate à corrupção e a crimes correlacionados.

Cito algumas.

Em 1998, foi editada a lei que tipifica o crime de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98). Essa lei foi alterada em 2012 (Lei nº 12.683) com o objetivo de ampliar a abrangência do tipo penal e tornar mais eficiente a persecução penal relativamente a esse delito.

**AP 937 QO / RJ**

No plano internacional, o Brasil incorporou, em 2004, o Tratado de Palermo a respeito do Crime Organizado Transnacional (Decreto nº 5.015). Em 2006, incorporou a Convenção de Mérida contra a Corrupção (Decreto nº 5.687).

Em 2013, foi aprovada a legislação sobre o crime de organização criminosa (Lei 12.850), a qual dispôs sobre os meios de investigação e de produção de provas, com a possibilidade de realização da colaboração premiada, instrumento que tem sido essencial nas investigações dos últimos anos.

Também em 2013, passamos a ter uma legislação específica para o combate à corrupção, a qual visa à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira. É a chamada “Lei Anticorrupção” (Lei 12.846), que previu a possibilidade de se firmar com pessoa jurídica investigada “acordo de leniência”, instituto que facilita as investigações de grandes casos de corrupção.

No plano institucional, a Carta Cidadã conferiu plena independência aos magistrados e total autonomia ao Poder Judiciário, o qual passou a exercer um papel proeminente na vida social, econômica e política brasileira.

Em relação ao Ministério Público, é importante mencionar que, além de sua autonomia funcional e financeira, prevista na Constituição Federal, desde 2003, o Procurador-Geral da República passou a ser escolhido a partir de uma lista tríplice formada pelos próprios membros da instituição. Embora esse método não tenha previsão na Constituição, virou uma praxe nos últimos anos, o que tem garantido maior independência ao chefe do Ministério Público.

A Polícia Federal passou por um processo de fortalecimento institucional sem precedentes na história do país, com a intensa realização de concursos públicos, com o incremento de recursos financeiros e tecnológicos e com melhorias salariais e de formação para seu quadro de pessoal. Essas garantias conferiram maior independência técnica à atuação da Polícia Federal. Embora esteja subordinada ao Poder

AP 937 QO / RJ

Executivo, não há espaço para ingerência política nas investigações, pois essas ocorrem sob a supervisão do Poder Judiciário.

Para garantir transparência e ampla divulgação das informações relativas à administração pública, em 2009, foi aprovada a Lei da Transparência, que obriga a disponibilização, em tempo real, dos gastos governamentais (Lei Complementar nº 131). Em 2011, foi aprovada a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527).

A imprensa também ganhou papel de destaque na fiscalização do poder público, com a missão de informar a sociedade brasileira. Ressalte-se: uma sociedade só é verdadeiramente democrática se tiver uma imprensa livre e independente, o que hoje é uma realidade na democracia brasileira.

Enfim, somente com as legislações citadas e a autonomia que os órgãos de controle ganharam nos últimos anos passamos a ter transparência e mecanismos capazes de expor os desvios praticados por agentes públicos e privados e de fazê-los responder pelos crimes praticados.

Nas célebres palavras do juiz da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis, “[a] luz solar é o melhor dos desinfetantes; a luz elétrica, o policial mais eficiente”. **E não há, no país, juiz ou tribunal mais transparente que o STF.**

Ressalte-se que foram o próprio parlamento e o Poder Executivo - ou seja, o Poder Político - que propiciaram a criação das estruturas legais que permitiram investigações como as que vemos hoje. É evidente que os magistrados, procuradores, delegados, peritos e agentes da Polícia Federal que atuam nas investigações em curso têm grande responsabilidade nesse feito e merecem nossa admiração e nosso respeito pelo relevante trabalho que estão realizando. No entanto, os resultados de hoje não são obra de determinadas pessoas, muito menos de heróis iluminados, mas os desdobramentos de um **processo contínuo** de evolução normativa e constitucional, do amadurecimento e do fortalecimento das instituições brasileiras.

**AP 937 QO / RJ**

Passemos, então, à análise da proposta do Relator.

II – DA PROPOSTA DE RESTRIÇÃO DA PRERROGATIVA DE FORO

Como destacado pelo eminente Relator,

“[a] tese a ser debatida limita a aplicação do foro por prerrogativa de função, perante o Supremo Tribunal Federal, às acusações por crimes cometidos no cargo e em razão do cargo ao qual a Constituição assegura este foro especial. Se o fato imputado, por exemplo, foi praticado anteriormente à investidura no mandato de parlamentar federal, não se justificaria a atribuição de competência ao STF. No presente processo, por exemplo, a infração imputada foi praticada quando o réu era candidato a Prefeito Municipal, e não no exercício do seu atual mandato de Deputado Federal. Trata-se de debater o sentido, o alcance, os limites e as possibilidades interpretativas dos dispositivos constitucionais que cuidam da matéria” (grifei).

A meu sentir, com a devida vênia, não existe margem para a pretendida interpretação restritiva da prerrogativa de foro instituída pela Constituição Federal.

O Poder Constituinte originário estabeleceu, na primitiva redação do art. 53, § 1º, da Constituição Federal, que “[d]esde a expedição do diploma, **os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa**”, determinando ainda, em seu § 4º, que “[o]s Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”.

Posteriormente, o Poder Constituinte Derivado, por intermédio da já citada Emenda Constitucional 35/2001, deu nova redação ao art. 53, **in verbis**:

AP 937 QO / RJ

“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.

§ 2º **Desde a expedição do diploma**, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido **após a diplomação**, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

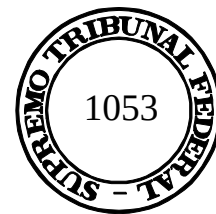
(...).”

A pretensão de se restringir a competência do Supremo Tribunal Federal aos crimes praticados no exercício do mandato e em razão do cargo colide com a norma constitucional que determina o julgamento dos crimes pertinentes perante a Suprema Corte desde a expedição do diploma, **termo inicial bem anterior à posse e ao início do exercício do mandato na respectiva legislatura**.

E não é só.

A Constituição não distinguiu os crimes anteriores ao mandato daqueles praticados no seu exercício por parlamentar federal, e fez **explícita opção** por atribuir o julgamento deles, **indistintamente**, ao Supremo Tribunal Federal.

Essa opção foi **referendada**, em 2001, pelo Poder Constituinte

**AP 937 QO / RJ**

Derivado, que, ao dar nova redação ao art. 53, § 3º, da Constituição Federal, estabeleceu que, **em caso de crime ocorrido após a diplomação**, o Supremo Tribunal Federal, uma vez recebida a denúncia, dará ciência à casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

Como se observa, a Emenda Constitucional 35/2001 conferiu **novo e diferenciado tratamento** à ação penal, conforme se trate de crime praticado antes da diplomação – *cujo processo não poderá ser suspenso por deliberação da casa legislativa* – ou de crime praticado após a diplomação – *cujo processo poderá ser suspenso pela respectiva casa legislativa* -, o que corrobora a conclusão de que todos os crimes, independentemente do momento de sua prática, devem ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o parlamentar esteja no exercício do mandato.

Entendimento em sentido contrário importaria em esvaziar o significado da norma extraída do art. 53, § 3º, da Constituição Federal, notadamente da expressão “por crime ocorrido após a diplomação”.

Como bem afirma Eros Grau,

“a abertura dos textos de direito, embora suficiente para que o direito permaneça a serviço da realidade – daí a necessidade do emprego de conceitos indeterminados, imprecisos, vagos, elásticos, fluidos – não é absoluta, e o intérprete por eles estará permanentemente atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto”.¹²

O texto da norma, portanto, atua como um **limite negativo** ao âmbito da liberdade de interpretação¹³.

12 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 207-208. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 209-210, grifei.

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1093-1094.



AP 937 QO / RJ

Se a **mens legis** da Emenda Constitucional nº 35/2001 foi fixar a **diplomação** como marco para a possibilidade de a Casa Legislativa sustar o andamento da ação penal, ao se excluir da competência do Supremo Tribunal Federal os crimes a ela anteriores, acaba-se por extirpar do texto constitucional, pura e simplesmente, aquela expressão, dotada de alta significação.

Como os Poderes Constituintes Originário e Derivado, que poderiam ter optado, em sua liberdade de conformação, por restringir a competência do Supremo Tribunal Federal aos crimes praticados no exercício do mandato parlamentar e em razão do cargo, não o fizeram, não poderá o Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição, fazê-lo.

A Constituição estabelece a prerrogativa de foro em razão da função, e não do tempo em que cometido o crime pelo parlamentar.

Em suma, os fatores de determinação da competência do Supremo Tribunal Federal são a diplomação e o subsequente exercício do mandato parlamentar, e não o momento da prática do crime, ou dos crimes, concernente, estritamente, ao desempenho do cargo parlamentar.

Corroborando essa assertiva, o Supremo Tribunal Federal cancelou a Súmula 394, o que, a meu ver, **representou o limite da interpretação possível** da regra de prerrogativa de foro: afastar a competência da Suprema Corte diante da cessação do exercício funcional.

Mais: a alteração, pela via de mera interpretação, da regra que atribui ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de parlamentares federais no exercício do mandato independentemente do **tempus commissi delicti** violaria a garantia constitucional do juiz natural.

José Frederico Marques, ao tratar dessa garantia fundamental, afirma que “ninguém pode ser subtraído de seu juiz constitucional”¹⁴.

Para Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho,

14 MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 190.



AP 937 QO / RJ

“[a] expressão constitucional do art. 5º, LIII (‘ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente’), deve ser lida, portanto, como garantia do *juiz constitucionalmente competente* para processar e julgar”.¹⁵

Como aduz **Paolo Tonini**, não existe poder discricionário de escolha a respeito da competência: o princípio do juiz natural impede que um órgão jurisdicional possa subtrair discricionariamente um procedimento de um determinado juiz.¹⁶

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, pela via de interpretação discricionária, estaria a subtrair de sua própria competência um julgamento que a Constituição Federal lhe atribui.

E não é só.

Comungo da opinião de que o Supremo Tribunal Federal se sobressai, na atualidade, por seu relevante papel de **moderador** dos conflitos que surgem na sociedade, atuando em diferentes searas: nos conflitos federativos, na atividade econômica, na atividade político-partidária, na defesa dos direitos fundamentais e na proteção das minorias.

Como já chamava a atenção **José Afonso da Silva**, em artigo publicado em 1985 - *no qual defendia a instituição, no Brasil, pela Assembleia Nacional Constituinte, de uma Corte ou Tribunal Constitucional* -, as Cortes Constitucionais “exercem hoje um papel de verdadeiro equilíbrio entre os demais poderes, uma espécie de *poder moderador*, atualizado e sem predomínio”.

A seu ver,

“[a] jurisdição constitucional, assim compreendida, configura um dos pressupostos do Estado contemporâneo,

15 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.54.

16 TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013. p. 86.

AP 937 QO / RJ

destinada a realizar um contrapeso efetivo entre um poder executivo cada vez mais hegemônico e um poder legislativo que mantém sua estrutura e funcionamentos ambíguos por não ter-se adequadamente ao novo tipo de Estado. Não significa que a jurisdição constitucional se converta num poder superior aos outros poderes estatais, que menoscabe o princípio da divisão de poderes, ao contrário, pela natureza específica de sua função será o instrumento mais apto para a garantia e a proteção dos direitos humanos e será também o melhor instrumento de controle e de tutela para o funcionamento democrático dos demais poderes do Estado”.¹⁷

Como ponto de equilíbrio do Estado Democrático de Direito, a Suprema Corte deve ser forte e atuante na concretização e na interpretação dos comandos constitucionais.

Mas a relação independente e harmoniosa entre os Poderes do Estado exige que essa atuação se dê, como exposto, “sem predomínio” - sem passivismo nem ativismo exacerbado.

Com perdão pela redundância, a pedra de toque no exercício do Poder Moderador pelo Supremo Tribunal Federal é a *moderação*. A arte da prudência!

No exercício desse papel moderador, incumbe ao Supremo Tribunal Federal **distensionar** as fricções que possam ocorrer entre os demais Poderes constituídos.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, não pode atuar como fomentador de tensões institucionais.

E, a meu sentir, isso é exatamente o que ocorrerá se o Supremo Tribunal Federal abdicar de parcela de sua competência para julgar parlamentares federais.

Adotada a interpretação de que um parlamentar federal somente poderá ser processado perante o Supremo Tribunal Federal por crimes praticados no exercício do mandato e em razão dele, os delitos que não se

17 SILVA, José Afonso. Tribunais constitucionais e jurisdição constitucional. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 60/61, p. 495-524, jan./jul. 1985. p. 520-523.

**AP 937 QO / RJ**

enquadrarem nessa hipótese serão remetidos aos juízos de primeiro grau.

Como sabido, a regra de fixação da competência territorial é o local da consumação do crime (art. 70, CPP).

Atualmente, na justiça comum estadual, subordinados a 27 (vinte e sete) tribunais de justiça, existem **2.710** (duas mil setecentos e dez) comarcas, que atendem 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios.

Cada comarca, por sua vez, pode ser constituída por diversas varas de competência criminal.

A Justiça Federal de primeiro grau tem, vinculadas a 5 (cinco) tribunais regionais federais, 27 (vinte e sete) seções judiciárias, **com um total de 976 (novecentas e setenta e seis) varas e juizados especiais**.

Finalmente, a Justiça Eleitoral, em primeiro grau de jurisdição, conta com **3.039 (três mil e trinta e nove) zonas eleitorais**, vinculadas a 27 (vinte e sete) tribunais regionais eleitorais.

Nesse diapasão, a atribuição ao juízo de primeiro grau da competência para julgar crimes praticados por parlamentar antes do exercício do mandato – **ou pior, no exercício do mandato, mas não em razão da função** – importará em diluir essa competência em milhares de órgãos jurisdicionais.

Não resta dúvida de que esta pulverização de competências importará em **maiores fricções institucionais** com o Poder Legislativo, o que contrasta com o papel do Supremo Tribunal Federal de moderador de conflitos.

O parlamentar federal, em pleno exercício do mandato, estará sujeito a inúmeras medidas restritivas de direitos fundamentais determinadas por juízos de primeiro grau, como busca e apreensão domiciliar, levantamento de sigilo de dados e interceptação de conversas telefônicas. Poderá uma autoridade federal, da Nação, submeter-se a uma autoridade local?

Como discernir, **no cumprimento de uma ordem de busca e apreensão no gabinete do Presidente do Congresso, elementos probatórios que possam se referir ao atual exercício do mandato parlamentar daqueles relacionados a crimes pretéritos?**



AP 937 QO / RJ

A censura telefônica, ordenada por juízo de primeiro grau, necessariamente acabará por importar em investigação de parlamentar no exercício do mandato por fatos atuais, e não anteriores a seu mandato, em plena usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, cogite-se a hipótese de o juízo de primeiro grau, em processo por crime praticado antes da diplomação, determinar a **condução coercitiva** de parlamentar federal no **exercício da função** – questão objeto, no Supremo Tribunal Federal, das Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e 444, ambas da relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, cujo mérito ainda não foi apreciado pelo Plenário.

Em suma, por se tratar de matéria sujeita **exclusivamente** à liberdade de conformação do Poder Constituinte, não cabe ao Supremo Tribunal Federal restringir a vontade por ele expressa no texto da Constituição Federal.

III – UMA PROPOSTA INTERMEDIÁRIA: MARCO CONSTITUCIONAL DA DIPLOMAÇÃO

Não obstante meu entendimento pessoal, nas sessões de julgamento anteriores deste feito, já foram proferidos oito votos, convergindo a expressiva maioria para a tese propugnada pelo eminente Relator, de modo a se promover uma inflexão na jurisprudência atual desta Corte, para o fim de se limitar o alcance da prerrogativa de foro aos crimes praticados no exercício do mandato parlamentar e em razão da função.

Assim, feito o imprescindível registro de minha posição pessoal, hei por bem, desde logo e em busca do consenso, aderir à tese intermediária proposta pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes.

A objetividade do critério proposto por Sua Excelência, **calcado exclusivamente no marco constitucional da diplomação**, tem o **indiscutível mérito de evitar dúvidas e questionamentos**, pois atrai para a competência da Suprema Corte o julgamento dos crimes praticados por

AP 937 QO / RJ

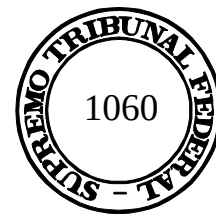
parlamentar federal após a diplomação, **independentemente de sua natureza**, e dela exclui os crimes que a antecederem.

Neste ponto, permito-me externar, perante meus pares, minha preocupação com a eventual porosidade, em razão da maior margem de apreciação que venha a decorrer da subjetividade do intérprete, do critério de determinação da competência **ex ratione muneris** (em razão da função) do Supremo Tribunal Federal.

Em meu sentir, a conjugação dos critérios *exercício do mandato e em razão da função* exigirá que **esta Corte continue a se pronunciar, caso a caso, se o crime tem ou não relação com o mandato**. E essa análise terá que ser feita pelo próprio STF, a quem compete definir se o processo permanece no Tribunal ou desce para a primeira instância, o que, certamente, paralisará investigações em curso e, o pior, poderá gerar nulidades em investigações e processos já iniciados. Aliás, é o que tem feito costumeiramente esta Corte no caso de desmembramento de processos envolvendo agentes com prerrogativa de foro. **Vide precedente:**

“Segundo entendimento afirmado por seu Plenário, cabe ao Supremo Tribunal Federal, ao exercer sua prerrogativa exclusiva de decidir sobre a cisão de processos envolvendo agentes com prerrogativa de foro, promover, em regra, o seu desmembramento, a fim de manter sob sua jurisdição apenas o que envolva especificamente essas autoridades, segundo as circunstâncias de cada caso. (Inq 3515 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2014, DJe de 14/3/2014)” (Inq 3.983/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 12/5/16).

Já o critério objetivo aqui proposto (**marco constitucional da diplomação**), ao reduzir a margem de apreciação do intérprete para estabelecer se determinado fato teria ou não sido praticado **em razão do mandato parlamentar**, confere maior segurança jurídica, tornando rarefeito o manejo de **habeas corpus** ou da reclamação constitucional

**AP 937 QO / RJ**

para discutir a competência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, **Gustavo Badaró** acentua, com a habitual acuidade, ser de “extrema relevância para a análise do juiz natural” que

“(...) todas as normas sujeitas ao princípio da legalidade devem prever uma *fattispecie* suscetível de objetivo acerto e com efeitos jurídicos claramente determinados em qualidade e quantidade, devendo se valer, para tanto, de uma linguagem precisa, isto é, ausente de ambiguidade, vagueza e contradição. A lei que determina a competência, bem com as hipóteses de modificação de competência, deve trazer critérios gerais, abstratos, impessoais, que com clareza e precisão determinem o juiz competente. A garantia do art. 5.º, LIII, da CF, exige que o juiz seja individualizável ex ante, segundo critérios legais que não sejam ambíguos e, na prática, inoperantes para o fim de predeterminação. A hipótese normativa deve fixar parâmetros objetivos que façam com que a determinação do juiz competente dependa, efetivamente, da norma preexistente, e não de uma posterior opção discricionária de um órgão administrativo ou judiciário. Somente com a taxatividade se garante que a legalidade não se reduza a uma simples ‘etiqueta mentirosa’. Nos casos em que a lei se vale de conceitos genéricos, e como tais, suscetíveis de receber diversas possibilidades de interpretação, haverá violação da garantia do juiz natural, enquanto norma formal a impor uma reserva de lei. Isso porque o juiz competente estará sendo determinado não pelo legislador, mas por um órgão judiciário com grande liberdade na interpretação dos conceitos genéricos e indeterminados” (grifei).

Prossegue o eminente Professor do Largo de São Francisco:

“Em outras palavras, há uma obrigação do legislador de **fixar as regras de competência por meio de critérios legais estabelecidos com precisão, clareza e taxatividade**. Somente assim será possível evitar que, por qualquer mecanismo, não

AP 937 QO / RJ

haja certeza quanto ao juiz que irá julgar o caso, permitindo que atos discricionários das partes, de órgãos do Poder Judiciário, ou mesmo de órgãos administrativos, possam determinar o juiz competente.

Não se desconhece que as normas sobre competência, assim como em geral todas as normas, devem necessariamente ser interpretadas e que, na passagem do momento legislativo para o momento de sua aplicação pelo juiz, os critérios abstratos de determinação de competência acabam assumindo, em maior ou menor grau, um caráter de relativa incerteza que caracteriza toda norma jurídica antes de sua aplicação no caso concreto. Porém, se qualquer norma é, em alguma medida, indeterminada, a solução para tal problema não é aceitar que toda e qualquer regra possa utilizar conceitos abertos e vagos que levem tal indeterminação a graus ainda mais elevados. O que se deve buscar, com o fim de dar uma maior certeza jurídica, seja ao aplicador do direito, seja ao acusado, é a construção da norma a partir de conceitos que reduzam ao máximo esse grau de indeterminação.

(...)

Se em toda norma abstrata há um grau de indeterminação, isso deve servir de alerta para a necessidade de se buscar, na medida do possível, a maior e mais precisa determinação do conteúdo da norma, e não como desculpa para se abusar de conceitos abertos e porosos, aumentando ainda mais a indeterminação na sua aplicação ao caso concreto. Por tudo isso, em termos de garantia do juiz natural, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, valendo-se de expressões completamente abertas e sem um referencial semântico seguro, viola o direito à certeza do juiz, ou seja, de que haja um juiz predeterminado por lei. Trata-se, portanto, de mero 'jogo de palavras', concluir que não há violação da regra do juiz natural, no caso de definição do julgador por meio de *conceitos jurídicos indeterminados*, na medida em que não se trata de *discricionariedade* na escolha do julgador. Substancialmente, num ou noutro caso, nega-se o direito ao juiz

AP 937 QO / RJ

predeterminado por lei. Em princípio, nenhuma técnica legislativa que permita margens de discricionariedade na designação do juiz é admissível à luz da garantia do juiz natural”¹⁸ (grifei).

Luigi Ferrajoli também enfatiza que o princípio do juiz natural impõe que a lei pré-constitua, “de forma rígida e vinculante”, os critérios de fixação de competência¹⁹.

Nessa mesma esteira, **Paolo Tonini** assevera que as regras a respeito da competência “não devem conferir um poder de escolha discricionária”. A seu ver, o princípio do juiz natural impede que um órgão jurisdicional possa subtrair discricionariamente um procedimento de um determinado juiz²⁰.

Esse posicionamento doutrinário a respeito da imperiosidade da predeterminação em abstrato do juiz competente tem sido endossado pelo Supremo Tribunal Federal.

Como destacado pelo eminente Ministro **Celso de Mello** no voto condutor do HC nº 110.185/SP, Segunda Turma, DJe de 29/10/14, acentuando o “caráter de fundamentalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, o princípio do juiz natural”,

“(…) **o princípio da naturalidade do juízo** representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas **que conformam** a própria atividade legislativa do Estado **e que condicionam** o desempenho, *por parte do Poder Público*, das funções de caráter penal-persecutório, **notadamente** quando exercidas em sede judicial.

Daí a advertência de JOSÉ FREDERICO MARQUES (‘O Processo Penal na Atualidade’, ‘in’ ‘Processo Penal e

18 BADARÓ, Gustavo. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

19 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 545.

20 TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 14. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013. p. 86/87.



AP 937 QO / RJ

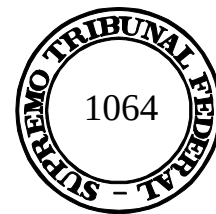
Constituição Federal', p. 19, item n. 7, 1993, Ed. Acadêmica/ Apamagis, São Paulo), **no sentido** de que **ao rol de postulados básicos deve acrescentar-se** 'aquele do Juiz natural, contido no item nº LIII do art. 5º, que declara que 'ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente'. ***É que autoridade competente só será aquela que a Constituição tiver previsto, explícita ou implicitamente, pois, se assim não fosse, a lei poderia burlar as garantias derivadas do princípio do Juiz independente e imparcial, criando outros órgãos para o processo e julgamento de determinadas infrações'*** (grifei).

A essencialidade do princípio do juiz natural **impõe** ao Estado **o dever de respeitar** essa garantia básica **que predetermina**, em abstrato, os órgãos judiciais **investidos** de competência funcional para a apreciação dos litígios penais.

Na realidade, o princípio do juiz natural **reveste-se**, em sua projeção político-jurídica, **de dupla** função instrumental, pois, **enquanto** garantia indisponível, tem por titular **qualquer** pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado **e, enquanto** limitação insuperável, **incide sobre os órgãos do poder** incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal.

Vê-se, desse modo, **que o postulado** da naturalidade do juízo, **ao qualificar-se** como prerrogativa individual ('*ex parte subjecti*'), tem **por destinatário específico** o réu, **erigindo-se**, em consequência, como direito público subjetivo **inteiramente** oponível ao próprio Estado. Esse **mesmo** princípio, **contudo, se analisado** em perspectiva diversa, '*ex parte principis*', **atua** como fator de inquestionável **restrição** ao poder de persecução penal, **submetendo** o Estado a **múltiplas limitações inibitórias** de suas prerrogativas institucionais.

Isso significa que o postulado do juiz natural **deriva** de cláusula constitucional tipicamente **bifronte**, pois, **dirigindo-se** a **dois** destinatários distintos, **ora representa** um **direito do réu** (**eficácia positiva** da garantia constitucional), **ora traduz** uma **imposição** ao Estado (**eficácia negativa** dessa mesma garantia constitucional).



AP 937 QO / RJ

O princípio da naturalidade do juízo, portanto, encerrando uma garantia constitucional, limita, de um lado, os poderes do Estado (impossibilitado, assim, de instituir juízos 'ad hoc' ou de criar tribunais de exceção) e assegura, de outro, ao acusado o direito ao processo perante autoridade competente, abstratamente designada na forma de lei anterior (vedados, em consequência, os juízos 'ex post facto').

É por essa razão que ADA PELLEGRINI GRINOVER – após destacar a importância histórica e político-jurídica do princípio do juiz natural – acentua, com apoio no magistério de JORGE FIGUEIREDO DIAS ('Direito Processual Penal', vol. 1/322-323, 1974, Coimbra), que esse postulado constitucional acha-se tutelado por garantias irredutíveis que se desdobram, 'na verdade, em três conceitos: só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja' ('O Processo em Sua Unidade – II', p. 39, item n. 6, 1984, Forense – grifei).

O fato irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo – considerado o princípio do juiz natural –, é que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judicial competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas – que representam limitações expressivas aos poderes do Estado –, consagrou, agora de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que 'ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente'.

A importância político-jurídica desse princípio essencial – que traduz uma das projeções concretizadoras da cláusula do 'due process of law' – foi acentuada pelo autorizado magistério de eminentes autores, tais como ADA PELLEGRINI GRINOVER ('O Processo em sua unidade – II', p. 3/4, 1984,



AP 937 QO / RJ

Forense), GIUSEPPE SABATINI (*‘Principii Costituzionali del Processo Penale’*, p. 93/131, 1976, Napoli), TAORMINA (*‘Giudice naturale e processo penale’*, p. 16, 1972, Roma), JOSÉ CIRILO DE VARGAS (*‘Processo Penal e Direitos Fundamentais’*, p. 223/232, 1992, Del Rey Editora), MARCELO FORTES BARBOSA (*‘Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988’*, p. 80/81, 1993, Malheiros) e ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*‘Constituição de 1988 e Processo’*, p. 30/32, item n. 10, 1989, Saraiva)”.

Nesse diapasão, **quanto menor a margem de apreciação atribuída ao intérprete, maior segurança se conferirá não apenas ao jurisdicionado – que conhecerá previamente seu juiz natural –, como também às próprias instâncias inferiores, que poderão – ou não – instaurar investigações preliminares e ações penais com base em critérios inquestionáveis de determinação da competência.**

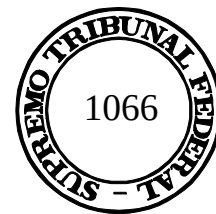
IV – DA INCONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÃO DE PRERROGATIVA DE FORO NAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

Importante salientar que, de acordo com levantamento quantitativo elaborado em pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal²¹, **38.431** autoridades federais, estaduais, distritais e municipais seriam detentoras de prerrogativa de foro por determinação da Constituição Federal.

Exemplificativamente, nos crimes comuns, a Constituição Federal assegura prerrogativa de foro para:

i) 81 senadores da República (art. 102, I, b, da Constituição Federal – Supremo Tribunal Federal);

21 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 <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td233>. Acesso em 17/1/18.

**AP 937 QO / RJ**

ii) 513 deputados federais (art. 102, I, b, da Constituição Federal – Supremo Tribunal Federal);

iii) 476 conselheiros de tribunais de contas estaduais e do Distrito Federal (art. 105, I, a, CF – Superior Tribunal de Justiça);

iv) 28 ministros de Estado (art. 102, I, c, da Constituição Federal – Supremo Tribunal Federal);

v) 139 chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, c, da Constituição Federal – Supremo Tribunal Federal);

vi) 27 governadores de estado e do Distrito Federal (art. 105, I, a, CF – Superior Tribunal de Justiça);

vii) 5.570 prefeitos municipais (art. 29, X, CF – Tribunal de Justiça);

viii) 14.882 juízes de primeiro grau dos estados e do Distrito Federal (art. 96, III, CF - Tribunal de Justiça) e federais (art. 108, I, a, CF – Tribunal Regional Federal);

ix) 2.381 desembargadores dos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal e juízes dos tribunais regionais federais, dos tribunais regionais eleitorais e dos tribunais regionais do trabalho (art. 105, I, a, CF – Superior Tribunal de Justiça);

x) 2.389 membros do Ministério Público da União (art. 105, I, a, CF – Superior Tribunal de Justiça, e art. 108, I, a, CF - Tribunal Regional Federal);

xi) 10.687 membros de ministério público estadual (art. 96, III, CF - Tribunal de Justiça);

Ainda de acordo com a referida pesquisa, outras 16.559 autoridades estaduais, distritais e municipais teriam prerrogativa de foro junto aos tribunais de justiça **outorgada exclusivamente por constituições estaduais ou pela Lei Orgânica do Distrito Federal.**

Praticamente todas as constituições estaduais conferem prerrogativa de foro ao vice-governador e aos secretários de estado, e muitas a concedem a procuradores de estado, a procuradores das assembleias legislativas e a defensores públicos.

As Constituições Estaduais do Piauí e do Rio de Janeiro também conferem prerrogativa de foro a vereadores - alcançando,

**AP 937 QO / RJ**

respectivamente, 2.143 e 1.190 membros do Poder Legislativo municipal, segundo o Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal.

A Constituição Estadual de Roraima, por sua vez, tem uma peculiaridade: além de conceder prerrogativa de foro aos vereadores (art. 77, X, a), é a **única a fazê-lo para diretores-presidentes de entidades da administração estadual indireta** (art. 77, X, b).

Finalmente, ainda a título ilustrativo, as Constituições dos Estados de Mato Grosso, Minas Gerais, Pernambuco, Piauí, São Paulo e Tocantins conferem prerrogativa de foro ao comandante-geral da Polícia Militar, ao comandante-geral do Corpo de Bombeiros Militar e ao delegado-geral ou chefe da Polícia Civil.

Como se observa, há uma profusão legislativa, estadual e distrital, conferindo prerrogativa de foro às mais variadas autoridades, o que torna o tema susceptível a críticas e, principalmente, reflexões sobre a necessidade de sua extinção.

Em razão da indagação formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes, na sessão em que proferiu seu voto-vista, a respeito da amplitude do voto do Relator quanto às previsões contidas nas constituições estaduais - embora não seja esse o objeto da presente questão de ordem -, não posso deixar de registrar minha posição a esse respeito.

Como destacado no voto condutor do acórdão proferido na ADI nº 4.764/AC, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro **Luís Roberto Barroso**, DJe de 15/8/17,

“a autonomia dos entes federativos (art. 18 da CRFB/1988) corresponde ao poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada um deles o poder de auto-organização, autogoverno e auto-administração. Nesse sentido, o art. 25 da Constituição da República prevê que ‘Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição’.

AP 937 QO / RJ

A vinculação das Cartas estaduais à Constituição da República determina que os Estados: *(i)* adotem as normas de observância obrigatória; *(ii)* optem pela previsão ou não de normas de reprodução facultativa; e *(iii)* não editem normas de reprodução proibida. Essas três implicações do dever de obediência à Constituição Federal – obrigação, permissão e proibição – levaram a doutrina constitucional a procurar sistematizar as possibilidades e limites do poder constituinte estadual”.

No julgado em questão, distinguiram-se nitidamente:

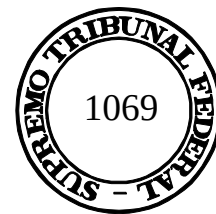
i) normas de **reprodução obrigatória**, “conjunto expressivo de normas que são de observância obrigatória pelos Estados-membros. Tais disposições, referidas pela doutrina como ‘normas centrais’, podem ser expressas ou implícitas. Delas se extraem mandamentos ou proibições, vale dizer: elas limitam a capacidade de auto-organização dos Estados impondo ou interditando determinados arranjos institucionais”;

ii) normas de **reprodução vedada**, representadas por preceitos da Constituição Federal que o Poder Constituinte Decorrente *não* está autorizado a transplantar para as constituições estaduais; e

iii) normas de **reprodução facultativa**, que se situam “no espaço entre as normas de observância obrigatória e as normas de reprodução proibida, em que o ente federativo exerce sua autonomia decidindo adotar ou não uma previsão para ele opcional”.

Exemplificativamente, no voto condutor do acórdão proferido a ADI nº 374/DF, Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 21/8/14, assentei que há regras da Constituição Federal que são “de absorção obrigatória pelos Estados-membros, ainda que não haja reprodução expressa nas Constituições Estaduais”, tais como as que dispõem sobre a composição dos tribunais de contas dos estados, que derivam diretamente dos arts. 73, § 2º, e 75 da Constituição Federal.

Como bem observado por **Gilmar Ferreira Mendes** e **Paulo Gustavo Gonet Branco**, “a imposição da simetria por vezes é consequência de norma explícita do texto da Constituição Federal, como se nota no seu art.

**AP 937 QO / RJ**

75, que impõe o desenho normativo do Tribunal de Contas da União às Cortes congêneres estaduais”²².

Nesse contexto, há que se perquirir se os Estados e o Distrito Federal têm ou não poderes para conceder prerrogativa de foro.

Em minha compreensão, a resposta é negativa.

Como anota **Léo Ferreira Leony**, há normas que

“não só não se aplicam aos Estados-membros, como também a estes é vedado que adotem em suas Constituições normas de teor formal o materialmente idêntico. Porque representam, via de regra, exceção a princípios constitucionais de observância obrigatória para os Estados, a destinação de tais normas aos órgãos e entes da União **não autoriza a extensibilidade da disciplina oferecida pela Constituição Federal**, em caráter excepcional, também aos organismos e entidades estaduais”.²³

Dentre essas normas de reprodução vedada, destaco as que buscam conferir a governador de Estado a imunidade formal reservada pela Constituição Federal ao Presidente da República, por se tratar de uma exceção ao princípio republicano, de observância obrigatória pelos estados (art. 34, VII, a, Constituição Federal).

Com efeito, o Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções e, enquanto não sobrevier sentença condenatória, não estará sujeito a prisão, razão por que a ele não se poderá impor prisão em flagrante, temporária ou preventiva (art. 86, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal).

Quanto a governador de estado ou do Distrito Federal, é pacífico, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que

22 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 12. ed., 2017. p. 867.

23 LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de constitucionalidade estadual**: as normas de observância obrigatória e a defesa da Constituição do estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28, grifo nosso.

**AP 937 QO / RJ**

“[o] Estado-membro, ainda que em norma constante de sua própria Constituição, não dispõe de competência para outorgar ao governador a prerrogativa extraordinária da imunidade à prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária, pois a disciplinação dessas modalidades de prisão cautelar submete-se, com exclusividade, ao poder normativo da União Federal, por efeito de expressa reserva constitucional de competência definida pela Carta da República. A norma constante da Constituição estadual – que impede a prisão do governador de Estado antes de sua condenação penal definitiva – não se reveste de validade jurídica e, conseqüentemente, não pode subsistir em face de sua evidente incompatibilidade com o texto da CF” (ADI nº 978/PB, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 17/11/95).

Vide, ainda, ADI nº 1.020/DF, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 24/11/95 e HC nº 102.732/DF, Pleno, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 7/5/10.

Ainda dentre as normas de reprodução vedada aos estados-membros, sobreleva a do art. 51, I, da Constituição Federal:

“Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado.”

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da mencionada ADI nº 4.764/AC, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro **Luís Roberto Barroso**, DJe de 15/8/17, assentou que

“[a] Constituição Estadual não pode condicionar a instauração de processo judicial por crime comum contra Governador à licença prévia da Assembleia Legislativa. A

**AP 937 QO / RJ**

república, que inclui a ideia de responsabilidade dos governantes, é prevista como um princípio constitucional sensível (CRFB/1988, art. 34, VII, *a*), e, portanto, de observância obrigatória, sendo norma de reprodução proibida pelos Estados-membros a exceção prevista no art. 51, I, da Constituição da República”.

Como ressaltado no voto condutor desse julgado,

“(...) se a jurisprudência desta Corte (ADI 978) considera violado o princípio republicano quando as Constituições Estaduais adotam regras semelhantes às dos §§ 3º e 4º do art. 86, não há razão suficientemente convincente para não estender o mesmo raciocínio no que diz respeito ao art. 51, I, da Constituição Federal. Em ambos os casos é flagrante a violação ao princípio republicano, tendo em vista que todas essas normas são de extensão proibida aos Estados-membros. Entendo, portanto, que a condição de procedibilidade prevista no art. 51, I, da Constituição Federal é norma de caráter igualmente excepcionalíssimo, não podendo ser estendida aos Governadores”.

A meu sentir, essa mesma **ratio decidendi** se aplica à concessão de prerrogativa de foro a autoridades não taxativamente elencadas na Constituição Federal.

Essa prerrogativa, indubitavelmente, constitui uma **exceção ao princípio republicano**, razão por que deve ser interpretada restritivamente.

Como bem anota **Léo Ferreira Leoncy**, é inconstitucional a extensão a hipóteses diversas de um regime jurídico restrito a determinadas hipóteses de incidência.²⁴

Interessante observar que o art. 27, § 1º, da Constituição Federal, determina que sejam aplicadas aos deputados estaduais “as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades,

24 LEONCY, Léo Ferreira. Op. cit., p. 28.



AP 937 QO / RJ

remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas”, mantendo-se silente – o que reputo constituir um silêncio eloquente – quanto à extensão da prerrogativa de foro a outras autoridades.

Não bastasse isso, de acordo com a pacífica jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal, **os estados-membros não têm competência para legislar sobre Direito Processual**, por se tratar de matéria privativa da União (art. 22, I, da Constituição Federal).

Nesse sentido, **vide** ADI nº 1.807/MT, DJe de 6/2/15, e nº 3.483/MA, DJe de 14/5/14, ambas de **minha relatoria**.

Em suma, de minha óptica, somente a Constituição Federal pode contemplar hipóteses de prerrogativa de foro, razão por que reputo inconstitucionais as normas nesse sentido das constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal, independentemente de haver ou não similaridade com regra de foro especial prevista na Carta Federal.

V – DA PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS O ENCERRAMENTO DA FASE DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA

Finalmente, propõe o eminente Relator que,

“[a] partir do final da instrução processual, com a intimação para a apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – seja do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de posterior investidura ou desinvestidura do cargo por parte do acusado. Ainda que não se admita, como regra, a prorrogação de competências constitucionais, por se encontrarem submetidas a regime de direito estrito, a jurisprudência da Corte admite a possibilidade excepcional de prorrogação quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional”.

**AP 937 QO / RJ**

Essa tese se harmoniza com diversos precedentes desta Corte.

No julgamento da AP nº 396/RO (réu: Natan Donadon), Pleno, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 28/4/11, por ocasião dos debates, **aderi** à proposta do Ministro **Joaquim Barbosa** no sentido de que, sobrevindo a renúncia do parlamentar após o encerramento da instrução, subsistiria a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da ação penal.

Nesse sentido também se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da AP nº 606/MG-QO, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 18/9/14, cuja ementa transcrevo:

“AÇÃO PENAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RENÚNCIA AO MANDATO. PRERROGATIVA DE FORO.

1. A renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Superação da jurisprudência anterior.

2. Havendo a renúncia ocorrido anteriormente ao final da instrução, declina-se da competência para o juízo de primeiro grau.”

Como destacado pelo Ministro **Roberto Barroso** no voto condutor da AP nº 568/SP, Primeira Turma, DJe de 15/5/15,

“I. QUESTÃO DE ORDEM. DA COMPETÊNCIA

1. Em consulta ao sítio do Tribunal Superior Eleitoral verifico que o réu não foi reeleito para a 55ª legislatura e, portanto, não está no exercício de mandato parlamentar federal.

2. A Turma, por maioria de votos, já decidiu que a renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Precedente: AP 606-QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (Sessão de 07.10.2014).

3. Por ocasião do julgamento da AP 606-QO, sob minha relatoria, apontei três marcos que deveriam ser considerados

**AP 937 QO / RJ**

para a construção de um critério geral adequado para fixação da competência por prerrogativa de função: (i) o princípio do juiz natural; (ii) o caráter indisponível da competência jurisdicional do STF; e (iii) a natureza unilateral da renúncia ao mandato parlamentar:

‘Em suma: juiz natural não significa a possibilidade de o réu escolher o juiz competente, ou afastá-lo, por decisão unilateral. Como consequência, a competência do STF, de base constitucional, não pode ser subtraída por conduta deliberada e manipulativa da parte; é possível sustar esse efeito secundário da renúncia, uma vez instaurado o processo que possa levar à perda do mandato.’

4. Por outro turno, no Inq 3734, sob minha relatoria, também decidido pela Primeira Turma, entendeu-se que na hipótese de não reeleição não se aplica a mesma doutrina.

‘INQUÉRITO. DEPUTADO FEDERAL NÃO REELEITO. PRERROGATIVA DE FORO.

1. A Turma, por maioria de votos, já decidiu que a renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Precedente: AP 606-QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (Sessão de 07.10.2014).

2. Todavia, na hipótese de não reeleição, não se afigura ser o caso de aplicação da mesma doutrina.

3. Declínio da competência para o juízo de primeiro grau.’”

Comungo, todavia, de uma compreensão diversa a respeito do momento em que se deva reputar por encerrada a instrução.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho,



AP 937 QO / RJ

“[a] instrução criminal, entendida em sentido amplo como conjunto de atividades destinadas a preparar o provimento final (do latim *instruere* = transmitir conhecimentos) somente se completa e atinge sua finalidade com o oferecimento de alegações pelos participantes do contraditório.

É nesse ‘momento argumentativo’, com efeito, que os interessados na decisão, criticando as provas, extraindo de seu contexto os fatos sobre os quais constroem suas versões e, sobretudo, buscando demonstrar o direito aplicável à hipótese, exercem com plenitude o poder de influir positivamente sobre o convencimento do juiz, colaborando, assim, no exercício da jurisdição”²⁵ (grifei).

Corroborando esse posicionamento doutrinário, a Lei nº 8.038/90 prevê, no art. 11, a fase das alegações finais e, ato contínuo, estabelece, em seu art. 12, que, **“finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento”**.

Dito de outro modo, **pela própria sistemática da lei que regula a ação penal de competência originária dos tribunais, as alegações finais estão inseridas na fase da instrução criminal.**

Assim, em vez do encerramento da instrução, penso que o marco para se manter inalterada a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da ação penal deva ser o **momento em que concluída a fase de produção de provas, vale dizer, o momento em que encerrada a fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, assim declarada pelo relator no momento em que determina a intimação das partes para alegações finais.**

Nesse contexto, **i)** realizadas as diligências complementares requeridas pelas partes e deferidas pelo relator, ou **ii)** indeferida sua realização, dando ensejo à determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, restará perpetuada a jurisdição do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da ação penal, sendo, portanto,

25 Grinover, Ada Pellegrini; Scarance Fernandes, Antonio e Gomes Filho, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 226.



AP 937 QO / RJ

irrelevantes eventuais alterações de fato derivadas da renúncia ou da cessação, por qualquer outro motivo, do mandato parlamentar ou da função pública que atraia a causa penal à Suprema Corte.

VI – DA NECESSIDADE DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AOS DEMAIS AGENTES PÚBLICOS DETENTORES DE PRERROGATIVA DE FORO

José Carlos Vieira de Andrade, ao tratar dos direitos fundamentais, aduz que eles constituem um sistema ou uma ordem, exprimindo um “conjunto de bens ou valores” que a Constituição recebe como dados irrecusáveis da cultura universal ou nacional e que não se amontoam nem pura e simplesmente se somam. “Há ou tem de haver uma qualquer ordem entre eles, uma qualquer unidade que dê coerência e sentido a essa cultura constitucional.”²⁶

Valho-me dos ensinamentos do mestre português para destacar que um sistema não constitui um mero amontoado ou somatório de normas.

O conceito de sistema pressupõe as noções de ordem e de unidade,²⁷ de enfeixamento de princípios e regras num todo lógico, um complexo harmônico.

Segundo Norberto Bobbio, a unidade – juntamente com a coerência e a completude – é um dos caracteres fundamentais atribuídos ao ordenamento jurídico.²⁸

Nas palavras de Juarez Freitas, o intérprete está “vinculado ao dever indeclinável de encontrar soluções sistematicamente melhores”. A seu ver, a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação.²⁹

²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 106-107.

²⁷ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Trad. Javier Barnés Vázquez e outros. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 2

²⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995. p. 198-203

²⁹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São



AP 937 QO / RJ

Assentadas essas premissas, observo que a **Constituição Federal instituiu um sistema de prerrogativas de foro fundado nas noções de ordem e de unidade, de enfeixamento harmônico de princípios e regras num todo lógico.**

Toda vez que buscarmos, de modo fragmentário, alterar o complexo sistema de competências instituído pela Constituição Federal, correremos o risco de derruir um todo harmônico e de não colocar em seu lugar um outro.

Essas reflexões são relevantes para que se possam avaliar as graves **consequências** da adoção de um regramento fragmentário da prerrogativa de foro.

a) Imagine-se a hipótese de um deputado federal, réu em ação penal perante o STF por crime praticado no exercício e em razão de suas funções e que, finda a respectiva legislatura, venha a ser eleito para o cargo de Senador da República.

Quid juris?

Na sistemática atual, a resposta, cristalina, é de todos conhecida: **subsistiria a prerrogativa de foro junto ao STF.**

Na fragmentária proposta de “reforma” do sistema de competências constitucionais, a resposta não seria tão clara: a competência continuaria a ser do STF, ou passaria a ser do juízo de primeiro grau, pelo fato de o crime não ter relação específica com o novo cargo assumido?

b) Imagine-se a hipótese de um senador da República, réu em ação penal perante o STF por crime praticado no exercício e em razão de suas funções, que venha a ser eleito para o cargo de governador de Estado.

Quid juris?

Na sistemática atual, a resposta, também cristalina, é de todos conhecida: o STJ seria o novo juízo competente.

Na fragmentária proposta de “reforma” do sistema de competências constitucionais, a resposta não seria clara: a competência seria do STJ, ou do juízo de primeiro grau, pelo fato de o crime não ter relação com o novo cargo assumido?

Paulo: Malheiros, 2010. p. 76-79.

AP 937 QO / RJ

c) **E no caso de mandatos sucessivos?** Subsistiria, no novo mandato, a prerrogativa de foro quanto a crimes praticados no mandato anterior?

d) Por fim, imagine-se a hipótese de um parlamentar federal que tenha proferido ofensas à honra alheia **no exercício do mandato, mas fora do recinto da Casa Legislativa**. Qual seria o juízo competente para a ação penal?

Na sistemática atual, o Supremo Tribunal Federal.

Na fragmentária proposta de “reforma” do sistema de competências constitucionais, a resposta já não seria tão clara, pois **dependeria de um juízo de valor a respeito da relação de pertinência das palavras proferidas com o desempenho da função parlamentar**, de modo que, ausente essa relação de pertinência (vale dizer, ausente a imunidade material), a competência seria do juízo de primeiro grau.

Prossigo na problematização, dessa feita, em relação a outros agentes públicos.

i) Em relação a juízes e membros do Ministério Público, qual seria o termo inicial da prerrogativa de foro: a nomeação, a posse ou o exercício?

ii) Um juiz de primeiro grau poderá investigar um desembargador do TJ ou um ministro do STJ por crime anterior à posse, ou mesmo por crime posterior, sem relação com o exercício do cargo?

E não é só.

Qual será o juízo competente para a imposição de medidas cautelares, como o afastamento do exercício da função pública (art. 319, VI, CPP)?

Um desembargador do TJ ou ministro do STJ poderá ser afastado do exercício do cargo por decisão de juiz de primeiro grau, em relação a suposto crime anterior à posse, ou mesmo por crime posterior, sem relação com o cargo?

Um senador da República poderá ser afastado do exercício do cargo por decisão de juiz de primeiro grau, em relação a suposto crime anterior à diplomação ou mesmo por crime posterior, sem relação com o cargo, submetendo-se essa decisão ao crivo do Senado Federal, tal como decidido pelo Plenário desta Suprema Corte na ADI nº 5.526, Relator para

**AP 937 QO / RJ**

o acórdão o Ministro **Alexandre de Moraes**?

Ou, numa inovação sui generis do ordenamento jurídico e na tentativa de impedir a subversão da hierarquia, **cindiríamos o juízo natural**, de modo a termos **i)** um juízo natural para a ação penal (juízo de primeiro grau) e **ii)** um diverso (instância superior) exclusivamente para a imposição de medidas cautelares?

Como se operacionalizaria, na prática, essa cisão? Haveria a instauração de um incidente, com o deslocamento, para a instância superior, da competência para a medida cautelar?

Muitas outras questões poderiam ser levantadas, sem que haja respostas imediatas e fáceis para tão complexos problemas.

Em verdade, não creio que possamos ter a pretensão de abarcar, no presente julgamento, todas as questões que possam derivar de uma alteração fragmentária do sistema.

De toda sorte, uma vez assentada a tese, pelo Supremo Tribunal Federal, de que prerrogativa de foro somente compreende os crimes praticados no exercício do mandato parlamentar e em razão da função pública, há que se estender essa tese aos demais agentes públicos, a fim de se preservar o conceito de sistema de prerrogativa de foro.

Como já exposto, na justiça comum estadual, subordinados a 27 (vinte e sete) tribunais de justiça, existem 2.710 (duas mil setecentos e dez) comarcas, que atendem 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios. Cada comarca, por sua vez, pode ser constituída por diversas varas de competência criminal.

A Justiça Federal de primeiro grau tem, vinculadas a 5 (cinco) tribunais regionais federais, 27 (vinte e sete) seções judiciárias, com um total de 976 (novecentas e setenta e seis) varas e juizados especiais.

Finalmente, a Justiça Eleitoral, em primeiro grau de jurisdição, conta com 3.039 (três mil e trinta e nove) zonas eleitorais, vinculadas a 27 (vinte e sete) tribunais regionais eleitorais.

Por sua vez, como todo juiz é competente para analisar sua própria competência ("**kompetenz-kompetenz**"), a ausência de um regramento vinculante daria margem a uma multiplicidade de interpretações sobre o

**AP 937 QO / RJ**

instituto da prerrogativa de foro.

Há, portanto, que se conferir segurança jurídica não apenas ao jurisdicionado – *que conhecerá previamente seu juiz natural* –, como também às próprias instâncias inferiores, que poderão – *ou não* – instaurar investigações preliminares e ações penais com base em critérios inquestionáveis de determinação da competência.

A Constituição Federal, repita-se, instituiu um sistema de prerrogativas de foro fundado nas noções de ordem e de unidade.

A intervenção nesse sistema, pela via da interpretação judicial, deve procurar manter um enfeixamento harmônico de princípios e regras num todo lógico, **observados os princípios republicano e da isonomia.**

Não podemos nos olvidar de que estamos a tratar de um **sistema constitucional de prerrogativa de foro** que também compreende agentes públicos dos demais Poderes, como juízes, desembargadores, ministros das cortes superiores, ministros de estado, prefeitos, governadores, conselheiros de contas etc.

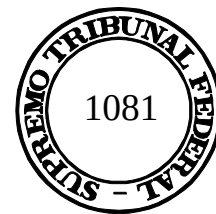
Nesse contexto, **não há como se alterar o sistema de prerrogativa de foro somente para os membros Congresso Nacional, deixando de o fazer quanto aos agentes públicos dos demais Poderes.**

Não haveria lógica numa “reforma” parcial do sistema, que acabaria tão somente por mutilá-lo, por desfigurá-lo.

Em suma, em minha compreensão, sob pena de grave insegurança jurídica, há que se regular de **maneira uniforme** a prerrogativa de foro, de modo a compreender não apenas os membros do Congresso Nacional, como todos os demais agentes públicos que integrem i) o Poder Legislativo nas esferas estadual, distrital e municipal, bem como ii) os Poderes Executivo e Judiciário.

VII – CONCLUSÃO

Ante o exposto, *ressalvada minha posição pessoal quanto à impossibilidade de se interpretar restritivamente a prerrogativa de foro dos membros do Congresso Nacional junto ao Supremo Tribunal Federal*, **resolvo a**

**AP 937 QO / RJ**

questão de ordem no sentido de:

i) fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os **membros do Congresso Nacional** exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão;

ii) fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, **quanto aos demais agentes públicos**, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão;

iii) serem **inaplicáveis** as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos **crimes praticados anteriormente à diplomação ou à nomeação** (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem;

iv) reconhecer a **inconstitucionalidade das normas previstas nas constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal** que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria. Nesses casos – *que englobam 16.559 autoridades estaduais, distritais e municipais* –, os processos deverão ser **remetidos ao juízo de primeira instância competente**, independentemente da fase em que se encontrem; e

v) estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a **renúncia ou a cessação**, por qualquer outro motivo, da função pública que atraia a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, **não altera a competência para o julgamento da ação penal**.

É como voto.

**02/05/2018****PLENÁRIO****QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
AUTOR(A/S)(ES)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RÉU(É)(S)	: MARCOS DA ROCHA MENDES
ADV.(A/S)	: CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO

APARTE**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro**

Toffoli, só uma observação. É muito interessante essa retrospectiva que Vossa Excelência faz, tendo em vista até algumas coincidências que há, em termos históricos, com modelos de tendência autoritária em relação ao processo parlamentar e à imunidade. É muito curioso que o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, tenha sido evitado - buscou uma causa imediata - no célebre discurso feito pelo Deputado Márcio Moreira Alves. A reação foi exatamente por conta da não outorga da licença para que ele fosse processado. Então, é muito curioso que, na verdade, vertentes de limitação do poder da imunidade parlamentar e tudo mais têm muitas vezes a ver com propósitos autoritários.



02/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**INCIDÊNCIAS AO VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Exatamente, para evitar que as diligências que nós deferimos fiquem infinitamente sem ação por parte dos agentes competentes para fazê-las. Depois, o caso prescreve e vem a imprensa dizer que a culpa foi dos juízes deste Tribunal, quando não foi.

Então, em todos os casos, eu estou determinando diligências e vinda de relatório, conclusivo ou parcial – e, sendo parcial, com a justificativa daquilo que foi realizado e daquilo que não foi realizado -, para que nós coloquemos um fim nessa história de ficar aí inquéritos como, salvo engano, o da relatoria do Ministro **Gilmar** - Vossa Excelência nem era o Relator original, que ficou sendo prorrogado, 12 anos sem instrução, sem diligência nenhuma.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O caso Jucá, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que eu pedi vista. Pedi para que fosse devolvido. O processo ficou em tramitação, prescreveu na Procuradoria, mas de lá veio a afirmação de que prescreveu e também de que os fatos investigados não eram claros e não redundavam em qualquer medida.

Em suma, é muito fácil - e todos nós já aprendemos um pouco com isso - abrir inquérito. Nós tivemos abertura de inquérito, Presidente, como aquele caso célebre do STJ, por razões quase que fúteis, em que se investigava se o Ministro Falcão e o Ministro Marcelo Navarro teriam buscado apoio e comprometido com uma contrapartida.

Esse inquérito ficou por mais de dois anos em tramitação e cumpriu um objetivo autoritário, Presidente, de organização totalitária, que era constranger o Judiciário e constranger aquela Corte. E lograram fazê-lo. É muito fácil abrir inquérito. O difícil é fechar o inquérito. Ter coragem de dizer: "acabou". Quer dizer, 12 anos de investigação, como nós temos vários inquéritos no gabinete, e eles não se encerram. Justiça se faça à

**AP 937 QO / RJ**

Doutora Raquel. Ela tem se pronunciado, e muitas vezes já ocorreu isso em relação a vários inquéritos no meu gabinete e, claro, em relação aos gabinetes, tem assumido essa postura. Mas a tradição é abrir inquérito e depois não se encerrar, porque isso tem um ônus diante da visibilidade naquilo que a mídia opressiva pode fazer: "Poxa, mas arquivou o inquérito?" Arquivou porque não tinha futuro. Arquivou porque foi aberto indevidamente ou porque, no curso das investigações, se comprovou que ele não tinha perspectiva. Porque, depois, também tem acontecido, e nós vimos isso na Turma e já vimos muitas vezes isso no Plenário, as ações são propostas, denúncias são oferecidas e, depois, são verificadas como ineptas. Quantas, ao longo da minha vida, verifiquei aqui no Plenário do Supremo? Recentemente, nós tivemos um caso na Turma, Ministro Fachin, Vossa Excelência foi o Relator, que é altamente constrangedor, Ministro Fux, vai para o anedotário, em que se contava, aparentemente, não quero fazer referência a ninguém, mas foi uma denúncia feita por bêbado, um corte e cola sem nenhum paradigma. O enredo era o seguinte, o script era o seguinte, a narrativa era seguinte: deputados levaram dinheiro para corromper Paulo Roberto Costa. Até aqui, a ideia era que Paulo Roberto Costa usava dinheiro da Petrobras ou de empresas para corromper parlamentares. Este é um caso. Por unanimidade, ele foi encerrado. Mas chegou à denúncia. Quer dizer, nem a barreira do inquérito serviu. Então, veja, que constrangimentos se impõem às pessoas, que tipo de abuso se impõe.

Mas o que me interessa é deixar aqui esta mensagem para a qual o Ministro Toffoli está chamando a atenção. De fato, é fácil abrir inquérito. O difícil é encerrá-lo. E, aí, começa esse "ao, ao": ao Ministério Público, à Polícia Federal, e assim por diante. Eu tenho um inquérito do Senador Lindbergh que está há dose anos. Também adotei a técnica agora sugerida por Vossa Excelência. Ministro Fux também já tinha adotado procedimento semelhante em outros casos. Quer dizer, é a última prorrogação de um desses fatos ligados ainda à Prefeitura de Nova Iguaçu. Por que não se encerra? Se já tem tempo suficiente, se já tem dados suficientes, ofereça-se a denúncia. Ou senão que, de fato, se diga

**AP 937 QO / RJ**

que vai ser ativado. Se não prescrever, em algum momento, se pode até restaurar. Mas essa é a questão. E todos nós temos isso no nosso gabinete, esse tipo de situação. É muito fácil abrir inquérito; é muito difícil encerrar.

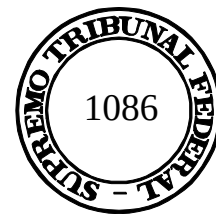
O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Agradeço, mais uma vez, o aparte e continuo. Vejam, aqui nessa parte que eu vou retomar, eu digo que o Supremo tem feito grandes esforços, tem aprimorado. Vejam a edição da lei para prever os juízes instrutores, a ampliação do apoio dos juízes instrutores para a realização das diligências diretamente, sem necessidade das cartas de ordem, aquelas cartas de ordem de antigamente, Ministro **Celso**, que se tinha que baixar, tirar cópia, às vezes levando meses até chegar na instância competente para fazê-las cumprir. E hoje nós temos os juízes instrutores que vão lá, exercem essa atividade, colhem depoimentos, fazem a instrução.

Ou seja, tudo isso só surge após a Emenda Constitucional nº 35. Foi quando os inquéritos e as ações penais começam a andar, a partir de 2002, que nós fomos verificando a necessidade de aperfeiçoar nosso apoio, nossa forma de atuação.

Por isso que digo, em meu voto, em continuação, que o caso mais emblemático, não há como negar, foi a AP nº 470. Ela trouxe aprendizados. E, desde o fim de seu julgamento, a Corte vem, constantemente, aperfeiçoando a forma de processar e julgar ações penais desse tipo.

Além da previsão dos juízes instrutores por lei, salvo engano, sancionada na época em que era Presidente a Ministra **Ellen Grace**, houve a regulação da situação dos juízes instrutores em nosso Regimento. Isso se deu em 2007/2008. Então, vejam, é recente essa possibilidade, até porque, como eu disse, antigamente não chegavam processos.



02/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**INCIDÊNCIAS AO VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Conversávamos, agora há pouco, antes de iniciar a sessão, com a douta Procuradora-Geral da República, que relatava sobre sua viagem à OCDE, cuja sede é em Paris, durante a qual, conversando com pares do Ministério Público francês, constatou que eles estavam bastante impressionados com o fato de o Ministério Público no Brasil ser independente, ter muito mais ferramentas e instrumentos de atuação e de autonomia do que o próprio Ministério Público daquele tão festejado país, a França.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite? Essa é uma questão sobre a qual temos que refletir. No plano estadual, como sabemos, a Constituição estabeleceu já a possibilidade de escolha do chefe do Ministério Público a partir de um critério eleitoral. Hoje, nós temos, como se sabe, a eleição de membros, muitas vezes, sequer Procuradores de Justiça. A regra em geral é que se escolham os apoiados pelas associações.

É difícil dizer, na sistemática de separação dos Poderes, que esse é o melhor lugar. Sem querer ser ofensivo, é evidente que, em princípio, não se deveria escolher um presidente de associação para ser Procurador-Geral, seja de Justiça, seja da República. Logo, esse critério tem que ser amplamente discutido. E, de resto, nós estamos falando de Procurador-Geral da República.

Todo o debate, nós sabemos, especialmente sobre a questão da Procuradoria-Geral da República, está associado, na verdade, não a um problema específico das escolhas ao longo dos anos, mas à falta de independência e de garantia. Eu lembrava inclusive, numa das sessões últimas, que nós tivemos, logo em 46, como Procurador-Geral Themístocles Cavalcanti, que atuou com grande independência, inclusive criando um novo modelo de controle de constitucionalidade, fazendo da



AP 937 QO / RJ

representação interventiva um novo sistema de controle. Mas qual foi o problema que se verificou, especialmente a partir de 69, especialmente a partir do AI-5? Um modelo muito singular, em que a independência do Ministério Público desapareceu, e de todas as demais instituições.

Foi nesse contexto que nós tivemos o grande debate aqui, em 70/71, sobre a possibilidade, ou não, de o Procurador-Geral encaminhar a representação, e nesse contexto é que teria sido muito razoável ter-se deixado a possibilidade de escolha, no processo Constituinte, ao Presidente da República, escolhendo grandes nomes. Veja que esse mimetismo, hoje, já contamina a AGU. "Ah, por que não da classe?" Isso é bom? Isso é mal? Isso tem a ver com o *checks and balances*? A instituição funciona melhor assim? Se tiver um nome adequado na classe - e já tinha havido também, no passado -, que bom. Agora, tem que ser da classe? E tem que ser votado pela classe? Isso vai ser melhor? Veja o que fizeram com as universidades, o ensino universitário público está à falência, as universidades estão fechando. E por quê? Praticamente por esse método de gestão, entregaram a gestão a reitores eleitos. Qual era o compromisso? Dar mais salário, fazer benefícios corporativos. Isso tem que ser discutido. Procurador-Geral da República escolhido em lista, *ok*, é uma opção. Escolher o mais votado? Quem será? Aquele que promete mais? Aquele que diz que vai manter auxílio-moradia, ou vai dar diária para aquele que está deslocado para uma missão, embora ele já esteja há 4 ou 5 anos, ou pagar licença-prêmio? É disso que se cuida? Alguém tem dúvida disso? Quer dizer, para uma função de Procurador-Geral - o nome diz - da República. Portanto, isso precisa ser discutido.

Eu estive, Ministro Toffoli, visitando Scalia, em 2009, na Suprema Corte, e ele então dizia: "Ah! Brasília. Ah! Que cidade interessante. Aquela cidade feita por aquele arquiteto comunista." E, depois, fez uma segunda observação: "Gostei da cidade. Interessante. Visitei aquela casa dos ministros. Todos moram no mesmo prédio." E, aí, disse assim: "Mister Mendes, quando eu vi aquilo, gente que disputa, que controverte, que briga, depois ter que se encontrar no elevador, nos espaços comuns e tudo mais. Eu fiquei muito feliz, porque eu vi que os comunistas não

AP 937 QO / RJ

conheciam a alma humana."

Esses dias, eu disse para os petistas que me visitaram: quando vocês anunciaram que fariam a indicação do primeiro da lista, vocês só revelaram que não conheciam a alma humana. Porque vocês perderam a ideia do *cheks and balance*. Quem decide é quem tem poder e quem teve legitimidade, e não uma associação de classes. Isto é tão elementar. Quem lida com isso, sabe bem. É conhecer a alma humana. Vocês não conheciam alma humana. Quer dizer, qual é o compromisso institucional de um Procurador-Geral, que é escolhido pela classe, se ele já vem escondido? O presidente não faz escolha.

É tão elementar isso. Quem fez história do constitucionalismo sabe disto. É evidente que isto compõem um sistema. É assim no mundo todo. Jabuticaba. Produzimos uma jabuticaba e produzimos uma distorção. Mas, sobre isso, falarei no meu voto. Não queria perder a oportunidade de falar sobre isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

As reflexões de Vossa Excelência são importantes e mostram, muitas vezes, o problema que nós vivemos no Brasil e em nossa democracia recente, que é o do pêndulo. Tínhamos uma situação em que o Ministério Público era inerte, no passado. Houve, então, um movimento de se jogar - lembro as reflexões de Vossa Excelência - para a corporação todo o poder, de modo a permitir que as corporações dominem as instituições, o que também não convém. Não há dúvida que não convém, e não foi esse o sistema que as nações desenvolvidas criaram para o fortalecimento de suas instituições: serem elas dominadas pelas próprias corporações. Mas é esse sistema do pêndulo. O importante é ajustar esse pêndulo, e as reflexões são sempre necessárias para isso.

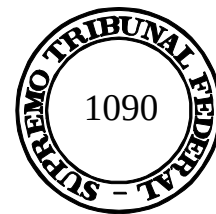
Mas o que eu vinha traduzindo em meu voto é que não se pode dizer que, no passado, havia impunidade e que aí, de repente, pessoas iluminadas, heróis que assumem cargos, passaram, de uma hora para outra, a representar esse iluminismo civilizatório, esse processo civilizatório, em desrespeito ao passado, em desrespeito às instituições.

Vejam, já falei da Emenda 35, da imunidade formal. Vejam esse



AP 937 QO / RJ

arcabouço legislativo que eu citei que não existia antes. Vejam que, além da autonomia do Ministério Público, com as ressalvas necessárias, não há dúvida, ninguém nega hoje que o Ministério Público mais independente em todo o mundo é o Ministério Público brasileiro, mas não só o Ministério Público, é a própria Polícia Federal.



02/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**INCIDÊNCIAS AO VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Vamos supor, por hipótese, porque isso não acontece no mundo real, que um parlamentar dê um soco em alguém em razão de ser atacado pela sua atuação no Parlamento. Isso foi em razão do mandato ou não foi em razão do mandato? Isso levanta discussões. Ou um parlamentar que agride um servidor seu em seu gabinete. Isso é em razão do mandato ou é uma relação subjetiva entre eles? Esses casos vão desaguar aqui. É por isso que eu estou aderindo à proposta de restrição do foro, embora tenha todas as minhas reservas, no sentido de buscar, ao dialogar com os eminentes Pares, inclusive com aqueles que já votaram e com o próprio Relator, que se adote uma posição restritiva, que tenha um caráter mais objetivo e que tenha um marco claro e seguro, e não um marco que permitirá discussões e rediscussões.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Toffoli, na verdade, a preocupação de Vossa Excelência é o alcance que se vai dar a esta "em razão do cargo"?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É isso e o fato de se ter um critério objetivo, porque, primeiro, é o seguinte: o critério tem que ser a diplomação, até porque o próprio servidor que passa num concurso público, pelos dispositivos do Código Penal, ele já pode cometer crime de corrupção, antes da posse.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso já é no cargo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Antes da posse, então o marco da diplomação pega aquele período em que o membro do Congresso Nacional foi diplomado e, a partir dali, daquele momento, todo e qualquer crime por ele cometido será julgado pelo Supremo Tribunal Federal; antes da diplomação, todo e qualquer crime por ele praticado será das instâncias ordinárias. Essa é a proposição que eu entendi do voto do Ministro **Alexandre de Moraes**, que está aqui e

**AP 937 QO / RJ**

pode confirmar ou não. É a posição que entendo objetiva, como um marco que não dá margem a dúvida; o critério em razão do cargo dá margem à dúvida.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Toffoli, só para completar, a minha única divergência em relação ao voto do Relator, do Ministro Luís Roberto Barroso, foi exatamente neste sentido: a partir da diplomação, é qualquer infração penal praticada, até porque não só essa questão que Vossa Excelência coloca da dificuldade, às vezes, dessa análise, se é ou não relacionada ao cargo, mas também como uma outra questão que Vossa Excelência colocou anteriormente, em razão das elites locais, da possibilidade de, durante o mandato, existir plantação de crimes. Obviamente que há possibilidade de *habeas corpus*, isso chegar até o Supremo Tribunal Federal, mas gostaria de lembrar rapidamente...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A questão da hierarquia de que eu falei no início de meu voto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente, mas de lembrar que essa e outras imunidades parlamentares, em verdade, elas surgiram para crimes comuns exatamente para proteger o parlamentar, no exercício de suas funções, de eventual perseguição de crimes comuns, porque onde isso surge, de forma diferenciada, na Inglaterra, era inadmissível pensar numa imunidade para crimes praticados no exercício em relação ao mandato, porque imediatamente era expulso do parlamento. Mas, se pensavam que um parlamentar realmente tivesse uma briga no seu condado, ou alguma coisa, e isso poderia, a justiça local, prejudicar o seu exercício no parlamento.

Nós, o Brasil desvirtuou muito. Isso ampliou demais, mas é uma preocupação que eu também tenho, assim como foi citado pelo Ministro Dias Toffoli, de eventuais problemas que tenhamos não só para definir o que é, ou não, o exercício do mandato, com consequentes agravos regimentais de um lado e do outro, do Ministério Público ou da defesa, mas também de eventuais infrações penais, ou suspeitas infrações penais, no âmbito local, acabarem prejudicando o exercício do mandato.

**AP 937 QO / RJ**

Por isso que optei, com a devida vênia do Relator, por esse critério mais objetivo: o que foi praticado até a diplomação, não era parlamentar, não havia sido eleito, não há foro; o que foi praticado após a diplomação, teria foro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, o Ministro Toffoli suscita uma coisa interessante, o Ministro Toffoli diz: "no cargo", um critério, e "em razão do cargo". Agora, em razão do cargo..

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Essa foi a proposta do Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - "Em razão do cargo já ocupado" ou "em função do cargo a ser ocupado", "delitos praticados com a finalidade de exercer o cargo", isso é em razão do cargo? Eu acho que o Ministro Toffoli destacou bem essas disposições. É preciso ficar bem definido o que é o quê.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É por isso que eu coloco o marco da diplomação, até porque faz um paralelo, inclusive, com os crimes dos servidores públicos. Uma vez nomeado, mesmo que ainda não esteja no exercício, antes da posse, ele já responde, inclusive, por crime de corrupção.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Toffoli, Ministro Fux, não sei se eu compreendi corretamente, mas uma pessoa que se candidata a parlamentar e recebe "Caixa 2", ela não é parlamentar ainda, ela não foi diplomada. O marco temporal é muito claro, ela não foi diplomada, ela responde em primeira instância eleitoral.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas isso seria em razão do cargo?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, mas ela não tem cargo. Em razão do "cargo ocupado", não em razão do "cargo pretendido", a meu ver, esse foi o meu voto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ela vai responder na primeira instância. Agora, se for em razão do cargo, pode haver várias discussões.

**AP 937 QO / RJ**

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O delito de corrupção **qualifica-se** como crime de mera conduta ou de simples atividade. **Trata-se** de infração penal *de consumação antecipada*, o que **significa** que a realização integral do tipo penal **ocorre** no momento em que o agente **solicita** *indevida vantagem* ou incide em qualquer dos outros núcleos definidos na legislação criminal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas fato impunível?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Se o momento consumativo do delito em questão **registrar-se antes** da investidura (ou da diplomação) em cargo, função ou mandato, restará caracterizada a precedência da prática criminosa, para efeito de reconhecimento, ou não, da competência penal desta Corte.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso interfere na competência.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sem dúvida...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O Ministro Alexandre suscitou um ponto interessante. O Caixa 2 vem a ser ...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - É exatamente no sentido de que, se o exaurimento for após a diplomação, a competência já está fixada - pela maioria - no momento da consumação do crime, ou seja, antes da diplomação, Justiça Eleitoral, no exemplo, de primeira instância.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Só um breve comentário, Ministro Toffoli. Quando defendi "no cargo e em razão do cargo" - e parece-me ser a melhor tese -, eu o fiz porque penso que a intenção da Constituição é preservar o exercício do mandato, e não a prática de atos estranhos ao mandato. Por certo, pode haver situações, como Vossa Excelência mencionou, em uma área de penumbra.

**AP 937 QO / RJ**

Agora, o mundo do Direito é assim: você tem áreas de certeza positiva, áreas de certeza negativa e tem espaços interpretativos. Isso é um pouco do que fazemos rotineiramente. De modo que acho ser isso um fato da vida.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu mesmo estou aderindo à tese da possibilidade de restrição do foro exatamente para poder entrar nesse debate, o qual entendo extremamente relevante.

Agradeço as intervenções feitas. Trago voto exatamente no sentido de debatermos este ponto, que será crucial, pois podemos tomar uma decisão que gere dúvidas, e não certezas, embora entenda muito bem a clareza e os fundamentos do voto de Vossa Excelência, Ministro **Barroso**. Mas, para mim, o marco objetivo afasta qualquer tipo de dúvida.

Prossigo em meu voto, Presidente.



02/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**APARTE**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Toffoli, permita-me um rápido aparte. Nesse primeiro momento, talvez nós todos estejamos pensando, a partir da fixação da tese, sobre o que nós iremos declinar, ou não, da competência, mas, se nós invertermos essa tese um pouco mais fechada, no sentido de só crimes praticados em razão do cargo, se nós invertermos para a primeira instância, isso pode gerar problemas futuros no sentido de que o juiz de primeira instância - e são centenas de juízes criminais -, naquele momento, em um pedido de determinada prova, em um pedido invasivo de liberdades públicas, interprete que isso não está relacionado com o cargo. Isso pode gerar nulidade futura se entendermos ser relacionado, porque o marco não objetivo pode gerar nulidade e a perda de uma prova importante para a eventual condenação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A própria instituição, a própria casa legislativa - nós já definimos aqui - tem legitimidade para defender suas prerrogativas. Então, o marco temporal objetivo da diplomação, eu penso que é exatamente uma norma que será, por interpretação deste Supremo Tribunal Federal, com a interpretação que está se dando neste julgamento, uma norma clara e objetiva, a qual vai impedir discussões futuras a respeito do que é esse "em razão do exercício do cargo".



02/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Toffoli, Vossa Excelência me permite uma indagação? Nesse segundo item, Vossa Excelência está discordando do Ministro Barroso, que entende que, após encerrada a instrução penal, a competência é do juízo que a encerrou. Não é isso?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É que eu entendo ser melhor nós adotarmos um parâmetro objetivo, na medida em que, encerrada a instrução, pode haver dúvidas. Quando é que se encerra: é na produção de prova ou é após apresentadas as alegações finais? Pelos arts. 11 e 12 da Lei 8.038, é após apresentadas as alegações finais. Então, eu estou adotando como marco o art. 10, que é o momento em que o juiz decide por intimar as partes para alegações finais. Se, naquele momento em que ele intima as partes - Ministério Público e defesa - para alegações finais, houver a cessação do mandato ou a renúncia, esse processo permanece no Supremo Tribunal Federal. É uma questão só para nós fixarmos um marco mais objetivo do que falar apenas em instrução, ou seja, para especificarmos qual é o momento no dispositivo legal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Na verdade, não há uma divergência. Neste caso, Vossa Excelência delimita objetivamente o momento que não foi delimitado pelo Ministro Barroso. Para os dois, tem que terminar em instrução.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É deixar bem objetivo, fazendo referência ao dispositivo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O que há de divergência, na verdade, é exclusivamente no que se refere a ser relativo ao exercício da função ou não. Apenas esse ponto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exato.



02/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Trata-se de Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Roberto Barroso, Relator de Ação Penal proposta contra Marcos da Rocha, acusado de estar incurso no art. 299 do Código Eleitoral.

O Relator, desde logo, propôs uma Questão de Ordem resolvendo-a no sentido de fixar as seguintes teses:

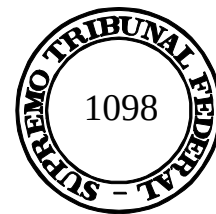
“(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e

(ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

Sugeriu, ainda, o Relator que

“[...] Essa nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999)”.

Na sequência, determinou a remessa da ação penal ao Juízo Eleitoral de 1ª instância por ter o réu renunciado ao cargo de Deputado Federal, bem como porque a instrução processual já havia se encerrado naquele foro.

**AP 937 QO / RJ**

Pois bem. Antes de adentrar na matéria de fundo debatida na presente ação, penso ser necessário tecer algumas considerações genéricas acerca das denominadas “questões de ordem”, a exemplo desta suscitada pelo Relator.

As questões de ordem, como se sabe, constituem incidentes processuais cujo escopo é solucionar incidentes de natureza eminentemente procedimental, que têm o potencial de influir na marcha regular de um feito. Não se prestam, todavia, como parece curial, resolver aspectos de direito material que constituem o próprio objeto da controvérsia.

Tal entendimento decorre, diretamente, da leitura do art. 21, III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - RISTF, que dispõe, com todas as letras, o seguinte:

“Art. 21. São atribuições do Relator:

[...]

III - submeter ao Plenário, à Turma, ou aos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos processos”.

A ordem dos trabalhos judiciários encontra expressão nas leis processuais e em regras procedimentais e, de modo particular, nos regimentos internos dos tribunais. Longe de compreender apenas aspectos ritualísticos da atuação dos juízes, advogados, membros do Ministério Público e servidores, a boa ordem dos trâmites forenses garante a observância do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da paridade de armas, dentre outros princípios. O desrespeito a essa disciplina, estabelecida em normas específicas, pode ensejar, em tese, a nulidade de um ato processual ou até mesmo de todo o julgamento.

**AP 937 QO / RJ**

É, pois, do interesse das partes e dos próprios magistrados que o procedimento seja escrupulosamente respeitado, podendo, para tanto, qualquer dos atores processuais suscitar, na primeira oportunidade que se abra, a ocorrência de quebra ou inversão da ordem dos trabalhos. Aquele que o fizer pedirá a palavra “pela ordem” ao presidente da sessão, sendo-lhe lícito fazê-lo antes ou mesmo depois de iniciado o julgamento e, excepcionalmente, após este tenha findado, para corrigir possíveis equívocos quanto à proclamação do resultado.

Em outras palavras, cabe a intervenção verbal aos intervenientes em determinado ato processual para sanar, a qualquer tempo, eventual falha de procedimento, não apenas para assegurar a regular continuidade dos trabalhos, mas, sobretudo, para prevenir eventual nulidade.

Tema análogo, atinente ao alcance das questões de ordem, foi intensamente debatido durante o processo de *impeachment* da Presidenta Dilma Roussef, ocasião em que ficou assentado que o Regimento Interno do Senado Federal seria cumprido em sua literalidade, de maneira a impedir que, por meio desse expediente, fossem levados à discussão aspectos de mérito atinentes ao crime de responsabilidade imputado à então acusada. Veja-se o que consta das normas internas da Câmara Alta do Congresso Nacional a tal respeito:

“Art. 403. Constituirá questão de ordem, suscetível em qualquer fase da sessão, pelo prazo de cinco minutos, qualquer dúvida sobre interpretação ou aplicação deste Regimento.

[...]

Art. 404. A questão de ordem deve ser objetiva, indicar o dispositivo regimental em que se baseia, referir-se a caso concreto relacionado com a matéria tratada na ocasião, não podendo versar sobre tese de natureza doutrinária ou especulativa”.

Feita essa ponderação preambular, assento que, a meu sentir, com as

**AP 937 QO / RJ**

vênias de estilo, não se afigura lícito empregar uma questão de ordem - cujo escopo, por definição, possui uma abrangência limitadíssima - para viabilizar discussões acerca do *meritum causae* ou de matérias doutrinárias complexas como, no caso em apreço, concernentes ao controvertido fenômeno da mutação constitucional.

Com muito maior razão, penso eu, tal via não se presta para fixar interpretação restritiva de normas que estabelecem o foro especial pelo exercício de determinadas funções públicas, instituído pelo constituinte, não como privilégio dos ocupantes de certos cargos públicos, mas como garantia dos próprios cidadãos, que têm a legítima expectativa de vê-los exercidos com independência e sem quaisquer constrangimentos, sobretudo porque tal expectativa está fundada na letra expressa da Constituição da República e na - até agora - pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por tais razões, comungo da preocupação externada pelo Ministro Alexandre de Moraes no sentido de que se afigura, no mínimo, heterodoxo transcender a problemática debatida no caso sob exame de maneira a estabelecer precedente com eficácia vinculante, apto a afetar, de imediato, inúmeras ações que tramitam em todas as instâncias do Poder Judiciário, muitas delas contemplando hipóteses totalmente diversas das tratadas neste caso, podendo acarretar consequências imprevisíveis ao desfecho das distintas lides *sub judice*.

Transcrevo, nesse particular, ilustrativo trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes, referente ao impacto que se pretende conferir à decisão a ser tomada no presente julgamento:

“Esse alcance é próprio dos ritos da repercussão geral, da edição de súmulas vinculantes e do julgamento das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Para cada modalidade/técnica de edição de precedentes normativos, a Constituição Federal e a legislação processual

**AP 937 QO / RJ**

estabeleceram procedimentos para escolha, instrução e debate do caso paradigma e da tese a que se atribuirá eficácia *erga omnes*, como, por exemplo: a prévia manifestação quanto à repercussão geral, no Plenário Virtual; contraditório especialmente qualificado pela participação das partes, de autoridades (AGU e PGR) e outros representantes da sociedade (*amici curiae* e realização de audiências públicas); o quórum qualificado para a edição de súmulas vinculantes; etc. Essas cautelas servem como relevantes fatores de legitimação democrática da Jurisdição Constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Veja-se que, a respeito do tema prerrogativa de foro, quanto a hipóteses não tratadas na presente Questão de Ordem, existem precedentes do Plenário desta CORTE (Rcl. 2138 e Questão de Ordem em petição 3.211-0), que estabeleceram no âmbito do Poder Judiciário no dizer do Ministro AYRES BRITTO *a impossibilidade de subverter a lógica de jurisdições superpostas*, ou seja, a impossibilidade de aplicação de sanção de perda do cargo por magistrados de instâncias inferiores a instâncias superiores. O mesmo se aplicaria em relação aos membros do Ministério Público. Além disso, existem proposições em trâmite nessas vias normais de edição de precedentes normativos, como a própria PSV 115, também afetada a este julgamento, mas com características discursivas próprias (a orientação do enunciado proposto, inclusive, diverge da proposição apresentada nesta QO), e o RE 642.553 (Rel. Min. GILMAR MENDES), no qual reconhecida a repercussão geral para discussão da amplitude de foro para magistrados aposentados.

Seria inapropriado que a Corte prescindisse desses ritos para enunciar uma tese de tão amplo alcance, em uma radical virada de entendimento, em sede processual tão limitada”.

Nessa esteira, também eu, com o devido respeito aos votos divergentes já enunciados, entendo que a simples resolução de questão de ordem em ação penal não tem – e nem poderia ter – o condão de

**AP 937 QO / RJ**

promover a discussão de teses jurídicas de tamanho impacto, as quais resultarão, se aprovadas, na consolidação de um novo entendimento acerca do alcance da prerrogativa de foro relativamente a parlamentares e outras autoridades, aliás, em sentido diametralmente oposto ao que se encontra estampado, de forma taxativa, no art. 53, § 1º, combinado com o art. 102, I, **b** e **c**, de nossa Lei Maior.

Em síntese, creio que uma reviravolta jurisprudencial de tal envergadura, que reescreve texto de redação absolutamente unívoca da Constituição da República, levando à alteração da vontade manifesta dos constituintes de 1988, jamais poderia ser realizada por meio de uma questão de ordem, de modestíssimo alcance, como pretendi demonstrar.

Feitas essas considerações de caráter procedimental, acaso vencidas, permito-me lembrar que, por ocasião do julgamento do RE 549.560/CE e, depois, da AP 470, tive a oportunidade de ressaltar que o foro por prerrogativa de função não pode ser confundido com um privilégio de seus detentores, mas deve ser havido como uma salvaguarda dos próprios cidadãos, tal como ocorre com os predicamentos da magistratura, instituídos não em favor dos juízes, mas em prol dos jurisdicionados, por assegurar a estes que a prestação jurisdicional será sempre exercida de forma independente e imparcial.

Destaco, a propósito, o quanto decidido no Recurso Extraordinário 291.485/RJ (DJ 23/4/2003) - que explicita o entendimento desta Suprema Corte acerca da matéria, de resto, amparado em parecer do Procurador-Geral da República - no qual se decidiu, pela pena do Ministro Néri da Silveira, que "o foro especial por prerrogativa de função, como a própria expressão bem define, busca resguardar a função pública e está fundado na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação".

E para comprovar que não existe qualquer privilégio que beneficie os detentores de foro especial, trago à colação as observações veiculadas

**AP 937 QO / RJ**

recentemente pelo Ministro Celso de Mello, Relator do MS 34.609/DF, que, ao indeferir liminar requerida pelo impetrante, assinalou o que segue:

“[...] o Ministro de Estado eventualmente sujeito a atos de persecução penal perante o Supremo Tribunal Federal estará sujeito, como qualquer outro cidadão da República, às seguintes medidas, sem prejuízo de outras que sejam aplicáveis ao caso: (a) [...] à prática de atos pré-processuais de persecução penal, como o inquérito policial e/ou o procedimento de investigação penal instaurado pelo Ministério Público; (b) [...] poderá ser submetido, pela Polícia Judiciária, ao ato de indiciamento; (c) [...] em qualquer fase da investigação criminal ou da persecução penal em juízo, poderá sofrer a decretação de sua prisão cautelar, como a prisão preventiva [...] ;(d) [...] a diligências de caráter probatório, podendo recair sobre ele medidas de busca e apreensão domiciliar ou medidas de busca e apreensão nas dependências do próprio Ministério que dirige; (e) [...] está igualmente sujeito à medida de condução coercitiva, caso ocorra a hipótese prevista no art. 218 do CPP, embora, como qualquer outro cidadão sem prerrogativa de foro, possa exercer o direito ao silêncio, se e quando figurar como indiciado ou réu; (f) [...] também está sujeito ao procedimento da acareação, tanto perante a autoridade policial ou o Ministério Público (CPP, art. 6º, VI), quanto em juízo (CPP, art. 229); (g) [...] quando preso em razão de prisão em flagrante ou de prisão preventiva, embora recolhido a local distinto da prisão comum (CPP, art. 295, I e seu § 1º), estará sujeito, no entanto, sem qualquer discriminação, aos deveres que se impõem ao preso comum (CPP, art. 295, § 5º); (h) [...] quando ostentar a condição de indiciado ou de réu, não terá a prerrogativa prevista no art. 221 do CPP, recebendo, em consequência, o mesmo tratamento legal dispensado a quem não dispõe de prerrogativa de foro, a significar que deverá comparecer aos atos do inquérito policial ou do processo criminal, inclusive para interrogatório, sem a faculdade de poder ajustar com a autoridade policial ou

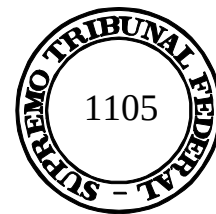
AP 937 QO / RJ

judiciária competente dia, hora e local para a prática dos atos pertinentes à persecução penal [...]; (i) [...] poderá sofrer, por decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito de procedimento penal contra ele instaurado, o afastamento cautelar ou a suspensão provisória do exercício de sua função pública, quando houver justo receio da utilização abusiva do cargo ministerial para o cometimento de infrações penais, especialmente nos casos em que a sua conduta incidir na prática de improbidade administrativa (CPP, art. 319, VI)".

Também para repelir a inverídica afirmação de que haveria diferença de tratamento em razão da referida prerrogativa de foro relativamente aos demais cidadãos, o Ministro Decano foi enfático ao explicitar que:

"Vê-se desse rol de medidas que o Ministro de Estado, além de estar sujeito a todas elas, também não dispõe de quaisquer benefícios adicionais ou vantagens processuais em razão da prerrogativa de foro de que é titular, sendo-lhe dispensada, nessa matéria, igualdade de tratamento aplicável a qualquer outro cidadão da República, como sucede, p. ex., em relação aos direitos e garantias individuais a todos assegurados, indistintamente, pela própria Constituição, com especial destaque, ante o seu caráter de essencialidade, para o direito fundamental de sempre ser presumido inocente até o trânsito em julgado de eventual condenação criminal [...], valendo acentuar, ainda, que esse postulado constitucional comum tanto ao Ministro de Estado quanto aos cidadãos em geral mostra-se igualmente extensível à esfera eleitoral [...]e ao plano administrativo, inclusive em matéria de investidura em cargos públicos [...]".

De fato, a ação penal de competência do Supremo Tribunal Federal não difere, em linhas gerais, das demais ações penais em curso em todo o território nacional, sobretudo quanto ao rigor com são levadas a efeito. A única diferença é que a competência originária da Suprema Corte, em

**AP 937 QO / RJ**

certos casos, é fixada por expressa disposição constitucional.

Precisamente por força de disposição da Lei Maior é que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nas infrações penais comuns, sejam elas de ação penal pública, sejam públicas condicionadas à representação ou puramente privadas.

Igualmente é da Suprema Corte a competência para julgar os Ministros de Estado e 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 pela prática de infrações penais comuns ou crimes de responsabilidade.

Ora, entender que se faz necessário, agora, modificar todo um sistema articulado de prerrogativa de foro - instituído pelos constituintes, em uma quadra histórica particularmente difícil, na qual se ensaiavam os primeiros passos da redemocratização do País - sob o fundamento de que teria ocorrido uma suposta mutação constitucional provocada por alegada “disfuncionalidade do sistema decorrente do sobe e desce processual”, identificada em pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, *concessa venia*, não se afigura nem razoável e nem mesmo desejável nesse delicado momento de redefinição de rumos por que passa o Brasil.

Ao exercer a Presidência do STF, logo que foram divulgados os dados da mencionada Fundação, solicitei à nossa Assessoria de Gestão Estratégica que fizesse um estudo para verificar se eram, ou não, válidos os números por ela divulgados, os quais concluíam pela morosidade dos trabalhos desta Suprema Corte relativamente às demais instâncias jurisdicionais. E à época chegamos a conclusões diametralmente opostas. Esses estudos da AGE - que são públicos - podem ser facilmente obtidos

AP 937 QO / RJ

por aqueles que se interessem pelo tema.

E para reforçar a impropriedade das imputações que foram feitas ao Supremo Tribunal Federal quanto à morosidade dos julgamentos nele realizados, não é possível deixar de levar em conta que as dificuldades maiores encontram-se precisamente no rito bizantino imposto pela Lei 8.038/1990 para o julgamento das ações originárias nas Cortes Superiores, totalmente ultrapassado e claramente incompatível com a celeridade que hoje requer o processo penal contemporâneo.

Trata-se de um procedimento sabidamente inadequado, sobretudo quanto ao trâmite das inúmeras ações penais que passam pela Suprema Corte, bem assim por outros Tribunais Superiores. De fato, contássemos nós, naquela Lei, com um dispositivo assemelhado ao art. 400 do Código de Processo Penal, talvez não estivéssemos hoje debruçados sobre esta especiosa querela.

Com efeito, o referido dispositivo da legislação processual penal ordinária permite a concentração de atos processuais nos termos abaixo:

"Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado [...]".

Como se percebe, até com relação ao Código de Processo Penal, a Lei 8.038/1990 está defasada no tocante ao modo como se deve proceder a uma instrução criminal minimamente condizente com os tempos que correm.

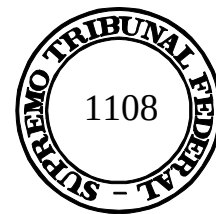
**AP 937 QO / RJ**

Convém repelir, portanto, com veemência, as acusações assacadas contra o Supremo Tribunal Federal na linha de que este é moroso ou até mesmo desidioso na administração dos feitos criminais sob sua jurisdição. Se há um limitador para o ritmo da tramitação das ações penais nesta Suprema Corte, não há dúvida de que ele é inequivocamente ditado por razões de natureza processual e não de ordem material ou pessoal atribuível a qualquer de seus membros e, muito menos, ao foro especial por prerrogativa de função.

Nesse passo, a indagação que não quer calar é a seguinte: “Por que o Supremo não faz nada a respeito?” A resposta que emerge é de uma extrema singeleza: “É porque a Corte não tem iniciativa legislativa em matéria processual, da qual deveria ser indubitavelmente dotada.”

E, como não temos iniciativa legislativa para alterar a lei processual que nos rege e muito menos para propor emendas à Constituição, não me parece ser lícito à Corte – numa tentativa de desbordar essa limitação institucional – conferir interpretação limitadora à prerrogativa de foro, para diminuir o acervo de processos originários em estoque, a partir de uma mera questão de ordem, ainda mais sob o pretexto de que teria havido uma mutação constitucional. Isso, ademais, sem que tenha ocorrido qualquer mudança substancial no plano fático que justifique uma ablação extrema dessa tradicional garantia, quiçá, até mesmo, em afronta ao princípio da separação dos poderes, erigido em cláusula pétrea pelos elaboradores de nossa Lei Maior.

Nessa direção, o Ministro Alexandre de Moraes lembrou, a meu ver corretamente, que inexistente qualquer base empírica, sociológica ou jurídica confiável para que o intérprete da Constituição avance sobre o consagrado mecanismo de freios e contrapesos, concebido por Montesquieu no século XVIII. O que parece haver, em verdade, é apenas um certo clamor popular, que está a demandar uma punição sumária das autoridades acusadas de cometer delitos contra o erário, ruído esse

**AP 937 QO / RJ**

captado por alguns ouvidos mais sensíveis.

Aqui, permito-me trazer à baila editorial do jornal *O Globo*, de 4 de outubro de 2012, escrito à época do julgamento da AP 470, com o título *Afronta ao Supremo e ao Estado de Direito*, lembrado pelo Ministro Alexandre de Moraes, que corrobora as reflexões acima desfiadas, com o seguinte teor:

“O pedido de desmembramento do processo foi encaminhado diversas vezes ao STF, inclusive na primeira sessão do julgamento, reivindicação sempre rejeitada pelos ministros. E com razão, pois fragmentar o processo inviabilizaria o julgamento de forma organizada de crimes cometidos. Só numa avaliação do conjunto da denúncia do Ministério Público Federal seria possível cada juiz votar com o máximo conhecimento dos fatos, para concluir sem considerar que **transferir a maioria dos réus para a primeira instância significaria inocentá-los, a priori, dada a conhecida lerdeza dos tribunais. Não seria feita justiça, ao contrário (grifei)**”.

Interessantemente, ainda ontem, dia 1º de maio de 2018, também a convalidar essa visão pessimista, o jornal *O Estado de São Paulo*, em editorial cujo título é *O escândalo pelo escândalo*, consigna o quanto segue:

“Há 1 ano e 3 meses, a ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), homologou o acordo de colaboração premiada firmado entre a Procuradoria-Geral da República (PGR) e 78 executivos do Grupo Odebrecht. O acordo levou à Corte Suprema 83 inquéritos abertos pela PGR contra 108 autoridades com foro especial por prerrogativa de função, o chamado foro privilegiado.

De lá para cá, a dita ‘delação do fim do mundo, chamada assim pelo número de delatados e pelo quilate das posições que ocupam (ou ocupavam) nos Poderes Executivo e Legislativo, andou pouco para fazer jus à alcunha hiperbólica. Só um dos

**AP 937 QO / RJ**

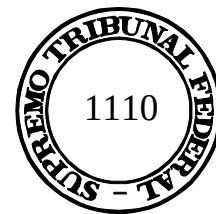
investigados se tornou réu, o senador Romero Jucá (MDB-RR). Ele responde por corrupção e lavagem de dinheiro por supostamente ter pedido e recebido R\$ 150 mil em troca de favorecimento da Odebrecht na tramitação de duas medidas provisórias em 2014.

O caso da delação premiada da Odebrecht é paradigmático do momento por que passa o País. Importa mais o holofote lançado sobre determinados membros do Ministério Público Federal, da Polícia Federal e até do Poder Judiciário do que os resultados que as investigações e eventuais denúncias possam produzir para o avanço institucional do Brasil. É a era do escândalo por si só, um pernicioso método de atuação de alguns agentes públicos que, ao fim e ao cabo, buscam lançar suspeitas contra toda a chamada classe política para, desta forma, apresentarem-se à Nação como uma classe distinta de servidores, os únicos moralmente capazes de sanear o País.

Imbuídos por este espírito purificador da vida nacional, que flerta com o messianismo, não importa a consistência de indícios e provas, bastam as “boas intenções” de determinados policiais, procuradores e juízes. As eventuais ofensas à honra e à reputação dos acusados sem elementos que sustentem as acusações entram para a conta dos danos colaterais aceitos em nome da batalha pela moralidade pública. Resta saber a quem serve tal método de atuação. Ao Brasil não é.

O caso da delação do Grupo Odebrecht é o mais emblemático, mas não é o único. Com base na Lei de Acesso à Informação, o Estado obteve os dados de 3.018 inquéritos abertos entre 2013 e 2017 para apurar os crimes de concussão e corrupção ativa e passiva no âmbito da Polícia Federal. Do total, 1.729 inquéritos foram concluídos (57%). Destes, apenas 473 (27%) levaram ao indiciamento de pelo menos um dos investigados. Prisões temporárias ou preventivas só ocorreram no curso de 282 inquéritos (16%). No entanto, todos os acusados, indistintamente, tiveram suas vidas devassadas e, muitas vezes, arruinadas, e suas reputações, enxovalhadas.

O dado mais revelador dessa sanha punitiva que move

**AP 937 QO / RJ**

uma parte da Polícia Federal e do MPF é o número de inquéritos que foram concluídos sem indiciamento: 1.256 dos 1.729. Ou seja, 73% das investigações da PF sobre corrupção entre 2013 e 2017 resultaram em nada. Um inquérito é encerrado sem indiciamento quando a polícia não reúne provas suficientes para indicar a materialidade de um crime, vale dizer, a sua ocorrência, e a autoria.

A subprocuradora-geral da República Mônica Galdino, coordenadora da Câmara de Combate à Corrupção do MPF, disse ao Estado que em muitos casos as denúncias ‘chegam sem dados que permitam confirmá-las ou a suspeita é infundada ou irrelevante’.

A incúria de alguns procuradores, que fazem denúncias apressadas e sem fundamentos plausíveis, em nada contribui para a efetiva melhora da qualidade da representação política no Brasil.

A História recente é pródiga em exemplos de cruzadas antipolítica, como se a atividade político-partidária fosse um mal em si mesma, e não o pilar da democracia representativa. Os resultados dessa campanha não são alvissareiros.

Parte-se da premissa de que a política será regenerada por meio da ação de uns poucos servidores públicos corajosos e abnegados, e não pelo voto dos cidadãos. É fundamental que haja servidores assim, mas quando driblam a lei em nome de uma causa, seja ela qual for, todos perdemos (grifei)”.

Ora, é justamente essa a consequência daquilo que ora se propõe, sem aguardar-se a necessária e desejável deliberação do Parlamento - o qual, como é público, já iniciou o processo legislativo para rediscutir o assunto - e sem considerar que o foro especial por prerrogativa de função, no fundo, agasalha um sistema de garantias para os integrantes dos três poderes do Estado - leia-se, para os administrados em geral - e não apenas dos membros do Legislativo.

Nesse diapasão, recorde importante julgado relatado pelo Ministro

**AP 937 QO / RJ**

Victor Nunes Leal, levado a efeito em 31/1/1962, na Rcl 473/GB, no qual se lê o seguinte:

“A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, e, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público de seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado.

Essa correção, sinceridade e independência moral com que a lei quer que sejam exercidos os cargos públicos ficaria comprometida, se o titular pudesse recear que, cessada a função, seria julgado, não pelo Tribunal que a lei considerou mais isento, a ponto de o investir de jurisdição especial para julgá-lo no exercício do cargo, e sim, por outros que, presumidamente, poderiam não ter o mesmo grau de isenção.”

Com efeito, isso é assim porque o julgamento desses agentes públicos por juízos singulares ou por órgãos colegiados de instâncias inferiores, mais vulneráveis, teoricamente, a pressões populares, políticas ou midiáticas, poderia resultar em decisões que, no limite, comprometeriam a própria ordem democrática.

Seja como for, trata-se de uma competência excepcional e, como tal, só pode ser admitida em situações igualmente excepcionais. Nessas hipóteses aplica-se o antigo brocardo jurídico de acordo com o qual *excepciones sunt strictissimae interpretationis*, ou seja, “as exceções interpretam-se de modo estrito”. Em outras palavras, a competência por

**AP 937 QO / RJ**

prerrogativa de função só pode ser reconhecida nos casos taxativamente enumerados na Constituição, cujo rol não permite uma exegese ampliativa.

Em contrapartida, penso, *data maxima venia*, que também a hermenêutica proposta pelo Relator desta ação não pode deixar de submeter-se, de modo estrito, ao que textualmente dispõe o art. 102, I, **b** e **c**, de nossa Carta Magna.

Nessa linha, há de se acolher aquilo que o Ministro Marco Aurélio denominou de “autocontenção”, na AP 536-QO/MG, ao assentar que a competência constitucional desta Suprema Corte somente pode ser alterada mediante a submissão de eventual alteração ao crivo do Poder Legislativo, que atuará, se for o caso, por meio da aprovação de competente emenda constitucional.

Já no tocante ao segundo tema da questão de ordem submetida ao Plenário, ouse pontuar que a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal é no sentido de declinar sua competência, assim que cessar o mandato parlamentar, conforme revelam, respectivamente, o Inq 687 QO/SP, de relatoria do Ministro Sydney Sanches e o Inq 2268-AgR/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, de cuja ementa transcrevo o trecho abaixo:

“1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, ‘cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício’. 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, ‘b’, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal

**AP 937 QO / RJ**

Federal, para processar e julgar ‘os membros do Congresso Nacional’, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, ‘b’ e ‘c’). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou”.

Essa regra, contudo, foi alterada no julgamento da AP 396/RO, que

**AP 937 QO / RJ**

envolvia o deputado Natan Donadon, no qual esta Suprema Corte considerou abusiva a renúncia do mandato parlamentar após a inclusão em pauta para julgamento da referida ação penal com o nítido subterfúgio de tumultuar o processo, bem como fazer expirar o prazo prescricional. Nesse sentido, transcrevo parte da ementa da AP 396/RO, Relatora a Ministra Cármen Lúcia e Revisor o Ministro Dias Toffoli:

“1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. 2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal. 3. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbra suposta prática de ilícitos penais. Precedentes. 4. O processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritas no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõem de prerrogativa de foro. 5. O inquérito civil instaurado pelo Ministério Público estadual não se volta à investigação de crime político, sendo inviável a caracterização de qualquer dos fatos investigados como crime político. 6. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à

**AP 937 QO / RJ**

existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. 7. A pluralidade de réus e a necessidade de tramitação mais célere do processo justificam o desmembramento do processo. 8. As provas documentais e testemunhais revelam que o réu, no cargo de diretor financeiro da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, praticou os crimes de peculato, na forma continuada, e de quadrilha narrados na denúncia, o que impõe a sua condenação. 9. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento. 10. Preliminares rejeitadas. 11. Ação penal julgada procedente”.

Assim, entendo, da mesma forma, que esta Suprema Corte não perde a competência para processar e julgar as ações previstas no art. 102, I, **b** e **c**, da Constituição da República, quando a renúncia ao mandato for posterior ao fim da instrução processual, conforme revela também a AP 568/SP, de relatoria do Ministro Roberto Barroso:

“1. A Turma, por maioria de votos, já decidiu que a renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Precedente: AP 606-QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (Sessão de 07.10.2014). 2. No Inq 3734, a Turma entendeu, por ocasião do recebimento da denúncia, que na hipótese de não reeleição não se aplica o mesmo critério de fixação de competência. 3. O caso presente, que envolve julgamento de ação penal, é análogo a este último. No entanto, a instrução foi concluída e o voto do relator preparado quando o denunciado ainda era titular de mandato. 4. Diante disso, o relator propôs a concessão de habeas corpus de ofício, já que seu voto era pela absolvição. A Turma concordou que vulneraria o mandamento da celeridade processual deixar-se de formalizar a extinção do processo com base no art. 386, III do CPP quando relator e revisor já haviam formado tal convicção. 5. Ordem concedida de ofício”.

**AP 937 QO / RJ**

No caso em apreço, todavia, a instrução processual encerrou-se na 1ª instância, anteriormente ao deslocamento da competência para esta Suprema Corte, ou seja, no dia 18 de junho de 2015, tendo o Relator pedido pauta para julgamento até 13 de dezembro de 2016. Considerados esses fatores e os precedentes desta Casa entendo que o Supremo Tribunal Federal não é competente para julgar o parlamentar em apreço.

Para finalizar, considerado todo o acima exposto, resolvo a questão de ordem - ressalvada a minha posição quanto a sua inadmissibilidade para os fins propostos - de maneira a assentar a impossibilidade de interpretação restritiva do art. 102, I, **b** e **c**, da Constituição da República, admitindo, contudo, que não cabe o processamento da ação penal perante a Suprema Corte, quando o delito tiver sido praticado antes do exercício do cargo que enseja prerrogativa de foro, bem assim para determinar a baixa desta ação penal ao juízo da 256ª Zona Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista que a instrução processual encerrou-se antes do deslocamento da competência para o Supremo Tribunal Federal.

É como voto.



02/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

APARTE

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite, Ministro Lewandowski?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Só lembrando, a propósito deste caso, uma questão da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o célebre caso Donadon, onde o Tribunal, inclusive, como se sabe, fez uma diferenciação, uma vez que o processo não só já estava em pauta, como foi anunciado para julgamento quando ocorreu então a renúncia.

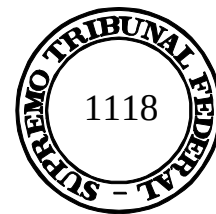
A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Na verdade, na hora que iríamos começar a julgar, ele apresentou a renúncia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E, portanto, se colocou aquela célebre questão de ordem.

Mas, neste caso, é muito curioso, houve depois uma alegação, porque houve desmembramento, claro, do processo, ficando aqui apenas aquele que tinha prerrogativa, e após se disse que o Tribunal aplicou uma pena - era questão de quadrilha, salvo engano - que foi mais elevada do que aquela que fora aplicada aos acusados em outra instância.

Portanto, Vossa Excelência está exatamente trazendo um argumento nesse sentido. Quer dizer, nesse caso, mostrou-se que o Tribunal, aparentemente, foi - pelo menos do ponto de vista comparativo numérico - mais rigoroso do que as instâncias originárias.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Perfeito. Agradeço a Vossa Excelência. Exatamente, agora, está traduzindo o pensamento do nosso eminente decano, de quem tanto aprendemos a cada sessão.



02/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**INCIDÊNCIAS AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O nosso constituinte elaborou todo um sistema muito bem articulado, exatamente para proteger o exercício independente das funções por parte destas autoridades. Nós sabemos, por exemplo, que a Constituição estabelece que o prefeito é julgado pelo tribunal de justiça. Não é um capricho do constituinte, não é um privilégio que é dado ao prefeito. É porque o prefeito tem que ser retirado daquele ambiente onde as paixões políticas são mais intensas, onde, muitas vezes - e o Ministro Alexandre de Moraes, que vem do Ministério Público, sabe disso e me relatou recentemente que o *Parquet* paulista procurou dar cabo dessa situação -, o próprio promotor de justiça local é um concorrente político do prefeito, por isso que ele não pode ser julgado na comarca onde exerce a administração local.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A propósito, se Vossa Excelência me permite, duas observações. Uma é essa feita pelo Ministro Alexandre de que são muito comuns as reclamações, no meio político, de que hoje o Ministério Público é um cogestor dos negócios do Estado, com as suas recomendações constantes, que se convolam, depois, em ameaças, por conta da ação de improbidade - certamente o CNMP está recebendo essas reclamações. Mas há um outro fato muito curioso, que ocupou o Supremo em outro momento, que é a famosa chamada "câmara de gás" do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Exatamente para julgar as causas dos prefeitos, as matérias criminais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul organizou uma câmara especializada, e de lá saíram muitas condenações. Isso era apontado como uma distorção, chegou-se a afirmar que seria uma violação ao princípio do juiz natural. A questão veio ao Plenário do Supremo, que disse não haver nenhuma incorreção, ilegitimidade ou ilegalidade naquela especialização. Veja Vossa Excelência que, nesse caso, a reclamação vinha contra o foro e contra a

**AP 937 QO / RJ**

existência de uma câmara especializada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro, esse sistema, a meu ver, é tão sofisticado que mexer numa peça dele pode, eventualmente, desconcertar o todo.

Outro dado desse sistema é que os membros dos Tribunais de Contas dos Estados são julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, exatamente para que eles possam atuar com independência na fiscalização das contas, sejam do juiz de primeiro grau, sejam dos tribunais de justiça estaduais, porque eles não podem, para bem desempenhar o seu *mister*, ser jurisdicionados dessas cortes locais. Da mesma forma, os Ministros dos Tribunais Superiores, que diariamente, ou diuturnamente, ou como regra reveem decisões de juízes e cortes inferiores, são julgados pelo Supremo Tribunal Federal, exatamente para evitar qualquer constrangimento.

Se nós concluirmos por uma tese um pouco mais radical, eu tenho receio de que vamos desconstruir todo esse sistema, muito bem elaborado, a meu ver, ou com razões substantivas que foram concebidas pelos Constituintes originários, porque isso se transformará num verdadeiro castelo de cartas. Tanto é assim que o próprio Congresso Nacional já aprovou uma PEC, no Senado Federal, que agora se encontra sob análise na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, acabando totalmente com o foro privilegiado, a meu ver, com o devido respeito, sem maiores considerações, porque isso foi engendrado exatamente em razão de uma realidade histórica e uma realidade fática que tinha que ser levada em consideração.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite mais uma consideração? É muito curioso, tem um ponto que já foi falado aqui da parte do Ministro Toffoli. Se nós adotarmos essa interpretação, seja a mais rigorosa, seja a mais branda, ainda que, digamos, isso se aplique aos parlamentares, estaremos estendendo, *ipso facto* ou *ipso jure*, a todas as instituições, portanto também em relação a juízes do Supremo, também em relação a juízes do STJ, aos membros do Tribunal de Contas da União. E um ponto muito sensível na atual quadra

**AP 937 QO / RJ**

do Brasil, porque acompanhei a feitura da emenda constitucional que resultou na criação do Ministério da Defesa, os Comandantes das três forças. Eles também ficarão submetidos, naquilo que não disser respeito com as suas funções, ao juiz de primeiro grau. E os senhores imaginam um oficial de justiça de Cabrobó vindo aqui intimar o Comandante das Forças Armadas, do Exército, a partir da valentia daquele juiz pernambucano...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Apresentar um mandado de condução coercitiva.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isto. Condução coercitiva. É bom que se atente para a responsabilidade desse tipo de decisão. Mas, se está caminhando pra isso, eu já digo que não vai dar certo, como mal profeta, isso vai dar muito errado. Mas, se está caminhando pra isso, realmente nós temos que avançar em algumas outras premissas. Por exemplo, o Ministro Toffoli já adiantou, encerrar com a ideia da expansão do foro no âmbito estadual. Tem que ficar limitado a situações de simetria no plano federal. Mas, mais do que isso, tem que se acabar também com os privilégios da legislação. Hoje, juízes só são investigados por um inquérito judicial. Não é constitucional isso. Temos que declarar inconstitucional. Membro do Ministério Público, até ex-membro do Ministério Público. O caso notório e lamentável do Procurador Miller está sendo investigado num inquérito sigiloso, na Procuradoria. É inconstitucional, segundo as nossas premissas. Isso tem que ser declarado. E eu penso, hoje ou amanhã, suscitar isso no meu voto. Portanto, tudo isso tem que acabar dentro desse contexto, sem nenhuma dúvida.

Por que inquérito judicial para juízes? Por que inquérito ministerial para os membros do Ministério Público? Temos que ser consequentes. Nós que conhecemos um pouco do sistema - Vossa Excelência está chamando atenção para isso - temos que ser consequentes. E o republicanismo, de que se fala aqui, com maior maior razão. Mas eu chamo atenção para isso.

Como que vamos tratar o Comandante do Exército, o Comandante da Aeronáutica, o Comandante da Marinha?

**AP 937 QO / RJ**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O Corregedor-Geral da Justiça Nacional?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Todos esses casos estão aqui colocados, até porque não há outra interpretação possível, e ninguém evitará que qualquer juiz e promotor, em geral muito ciosos de seu poder, venham suscitar.

Portanto, essas questões precisam ser discutidas. E há muitas questões positivadas no Direito ordinário, como esses dois exemplos que dei - as investigações -, por qualquer fato, de membros do Ministério Público, que são decorrência do foro. Nada mais do que isso. Se ele deixa de existir ou passa a existir de maneira parcial, ele tem que cair, porque passa a ser inconstitucional

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E veja, Ministro, manifestando, desde logo, a minha mais irrestrita e absoluta confiança nos juízes brasileiros, mas a prevalecer um entendimento, digamos mais rigoroso, como parece que vai prevalecer, os juízes não serão mais julgados pelos Tribunais de Justiça, mas serão julgados, talvez, pelo colega da sala ao lado, em se tratando de um crime comum. Ou, eventualmente, um crime federal, por um juiz federal, ou vice-versa. Será que é isso que nós desejamos? Sem querer mostrar erudição, mas eu sempre trago à colação uma expressão alemã popular, que me parece muito interessante, que é a seguinte: *wer A sagt, muss auch B sagen*, "quem diz A precisa necessariamente dizer B". É um dito da sabedoria popular. Se nós concluirmos nessa direção que estamos concluindo, todo o sistema do foro especial haverá de cair, ou por interpretação nossa, porque teremos que ser consequentes, ou por uma alteração constitucional, quem sabe - espero que não impensada - por parte do próprio Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Lewandowski, permite duas rápidas considerações?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Em 31 de maio, quando pedi vista, eu coloquei algumas questões que, depois, nem

**AP 937 QO / RJ**

aprofundei em virtude de um esclarecimento dado pelo Ministro-Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso. Eu havia colocado inclusive a questão das Constituições Estaduais do Rio de Janeiro. O próprio Tribunal de Justiça já declarou, várias vezes, inconstitucional, incidentalmente, vereadores; Amazonas, há essa previsão. E a questão da análise, que, nesta Corte, já foi feita de forma diferenciada entre titulares de mandatos temporários - o que o Ministro Marco Aurélio até nominou de elevador processual, porque ora disputa um mandato de prefeito, deputado - e os titulares de cargos permanentes, cargos efetivos que haveria a necessidade, coloquei, à época, em maio e, depois, indaguei ao Ministro-Relator se nós estaríamos tratando também dessa questão, porque é absolutamente diversa, a meu ver, absolutamente diversa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É diversa.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - É diversa no sentido de precisar de uma análise diferenciada até pela hierarquização de determinadas carreiras. Foi colocado pelo Ministro-Relator que nós estávamos tratando de mandatos parlamentares. Entendo - e por isso que fiz esse aparte, solicitei esse aparte, Ministro Ricardo - que, obviamente, uma interpretação dada aqui, em relação a parlamentares, ou levará o próprio Congresso Nacional a editar uma emenda constitucional após a intervenção e, nesse caso, igualar a todos; ou levará a própria disfuncionalidade maior ainda. Esse é um grande problema.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois é, se Vossa Excelência me permite um aparte dentro do aparte?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Desculpe. Devolvo a palavra a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Nós estaríamos tratando diferentemente aqueles que foram bafejados pela soberania popular, pelo voto direto, secreto, universal e periódico, muitos deles com alguns milhões de votos, centenas de milhares de votos, diferentemente do que aquele que entra por um concurso público e que se mantém numa carreira. E aí nós estaríamos instituindo um privilégio dentro do privilégio.



AP 937 QO / RJ

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não há como fazer um *distinguishing* aqui, desculpe-me, ainda que voluntaristicamente. Por que um sujeito que fez concurso para Procurador da República tem que ter foro e um parlamentar não tem? Ah, mas os fatos ligados a não atividade funcional, ou mesmo de juiz, ou mesmo de desembargador. Como distinguir isso? Se a *ratio* é que os fatos que não estejam ligados à função estão submetidos ao juiz de primeiro grau. Certamente isso não há como dizer que, ainda que nós tentamos fingir que não é assim, será, porque essa é a *ratio*, o *ethos* do foro é o mesmo; pode-se fazer um arranjo para depois: "não, deixa passar a ideia". Porque aqui não é um jogo de esperteza! É um jogo realmente de sinceridade na interpretação da Constituição. Se isso vale para deputado, valerá *ipso iure* para Comandante do Exército. Por que não? Se amanhã alguém achar que ele queimou uma fogueira indevidamente, que cometeu um crime ambiental - hoje isso é inventado a mais não poder -, diz: "ah, não tem nada a ver com a sua função, era no jardim de sua casa", portando, crime ambiental. Promotor e juiz poderão investigá-lo. Obviamente que isso dá um poder imenso para essa gente toda, claro! E assim se fará com desembargador e assim se fará. Imagine um Corregedor do CNJ, em que se poderá inventar esse tipo de coisa com a maior facilidade. Hoje um crime ambiental, manhã um desacato, ou sei lá.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O ilícito tributário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É, o ilícito tributário!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ele tem seu sigilo fiscal bancário, telefônico, telemático devassado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Todas essas coisas questões. Temos que assumir que é isso que nós estamos decidindo em toda dimensão. Tanto é que eu estou propondo, quer dizer, se vamos discutir isso, temos que assentar, em súmula, logo, que não se estende esse modelo - tal como Vossa Excelência já tinha apontado, Ministro Toffoli - para os Estados, mas, mais do que isso, tirar todos esses privilégios! Por que privilégio pessoal do procurador? Por que privilégio

**AP 937 QO / RJ**

processual e investigatório do juiz? Nenhuma razão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não é que nós estejamos defendendo a impunidade de parlamentares ou de Ministros de Estados, nós estamos aqui tentando, nesta discussão, aprofundar essa problemática, irmos às últimas consequências; e as últimas consequências são essas exatamente: o juiz será julgado pelo seu colega da sala ao lado. É isso que nós queremos? Quando ele cometer um delito, supostamente, um delito não relacionado com a função, e, daí por diante.

E continuo dizendo exatamente isso, Ministro Gilmar, que Vossa Excelência acabou de assentar, que, igualmente, é da Suprema Corte a competência para julgar Ministros de Estado; Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; os membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União; e os chefes de missão diplomática em caráter permanente - aqueles que representam o País no exterior - pela prática de infrações penais comuns ou crimes de responsabilidade.

Então, em um primeiro momento, estamos julgando apenas os parlamentares, mas isso tem desdobramentos sérios. Porque, depois, em uma próxima assentada, quando julgarmos um delito não praticado no exercício da função, por qualquer uma dessas outras autoridades, sejam elas eleitas ou que tenham ingressado por concurso no serviço público, nós teremos que aplicar a mesma *ratio, data venia*.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência falou dessa questão do julgamento de um Colega. Veja que a Constituição teve bastante cuidado nesse tema da isenção, da imparcialidade, ao trazer a alínea "n" do inciso I do artigo 102. Por quê? Para que matérias de interesse dos magistrados não sejam julgadas no âmbito da magistratura, para poupar a todos desse tipo de situação. É claro que nós temos feito interpretação restritiva, em relação à alínea "n", em matérias não criminais, de interesse meramente pecuniário. Mas houve essa, vamos dizer assim, cautela em norma de organização e procedimento por parte do constituinte, porque esse é um saber de experiência feito. Havia a dúvida quanto à possibilidade de que um colega atendesse ao pleito de

**AP 937 QO / RJ**

outro.

Nós todos havemos de nos lembrar: recentemente um jornal de Curitiba passou por uma situação dessa, enfrentando procuradores e juízes por conta de questões de vencimento e recebeu uma montanha de ações de indenização individualizadas. Como houve um outro movimento, em alguma ocasião - aqui já de um outro perfil, diferente -, em que fiéis de uma dada igreja passaram a atacar órgãos de imprensa, fazendo ações espalhadas pelo Brasil todo. Mas, veja, neste caso específico dos juízes e promotores movendo ação, há um problema mais sério; porque haverá parecer de promotor e uma ação de juiz.

Há um caso célebre que eu citei na Turma: Do auxílio-moradia do Juiz Bretas. É um exemplo de como que esse sistema é todo ele corrompido. O Juiz Bretas, o antigo Presidente do Tribunal Paulo César Espírito Santo e vários outros juízes entraram com uma ação, pedindo auxílio-moradia, tentando superar aquela cláusula da vedação de que, se o cônjuge recebe, o outro não deve receber. Liminar concedida pela Colega Juíza, não houve recurso de ofício. A AGU não recorreu, e esse processo foi arquivado, Ministra Cármen. Não foi ao segundo grau, para escondê-lo. Isso tem nome. Veja o que vai acontecer também nesses casos em primeiro grau. Estamos falando de um Juiz Federal no Rio de Janeiro que tem a coragem de proceder dessa maneira. A AGU não recorreu, depois ficou esperando. Sabe como é que esse caso foi descoberto? Porque um outro procurador autárquico curioso, pois também não estava recebendo auxílio-moradia - veja como é que a gente está na República -, fez uma representação com base na Lei de Informação, e o Tribunal se negou a dar essa informação a ele. Só por isso, ele foi para os jornais. Veja, também não o moveu motivo nobre, ele também queria receber auxílio-moradia e, por isso, ele queria saber se os juízes estavam recebendo, no caso de ter cônjuge juiz.

Perceba o padrão: estou falando de um caso no Rio de Janeiro, em uma Vara Federal em que se escondeu um processo do Tribunal para que ele não tivesse publicidade. Alguém tem dúvida de que isso vai acontecer com o foro?

**AP 937 QO / RJ**

Esse é um dado de agora. São já milhares de reais pagos em uma fraude contra o CNJ. Esse é o modelo.

O que se fez aqui, com a maior naturalidade, é como se a gente estivesse autorizado a se ir em uma gaveta, pegar-se quatro mil e quinhentos e se colocar no bolso. "Eu combino a ação". Isso tem nome no Código Penal . Veja, prática aqui, agora. E isso só foi descoberto pelo acaso, não foi porque houve controle, não foi porque a AGU fiscalizou ou fez, porque houve correição. Nada disso! É o tipo do caso que se pode dizer assim: "Deus é brasileiro". Veja, é um pouco com esse tipo de perfil que nós temos de contar. Imaginemos como isso vai funcionar nas instâncias com essa prerrogativa de foro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Agradeço mais uma vez.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Lewandowski, desculpe-me. Só um complemento empírico da questão, que Vossa Excelência bem colocou, de que tudo faz parte e forma um sistema, principalmente, nas carreiras permanentes do Ministério Público, do Poder Judiciário. E isso foi sentido, tanto pelo Ministério Público quanto pelo Poder Judiciário, em relação à ação de improbidade em inquéritos civis. Quando se determinou, e o próprio Supremo tem jurisprudência sobre isso - e o próximo processo será exatamente sobre isso -, que não há foro especial na improbidade, nós tivemos - a Doutora Raquel, com certeza, acompanhou isso no Ministério Público -, o País todo, brigas pessoais entre promotor e juiz, porque promotores que não se davam bem na comarca começaram a instalar inquérito civil em relação ao outro. Ah, é uma anomalia! É uma anomalia, mas é uma realidade, são fatos existentes. E o Ministério Público resolveu como, principalmente os Ministérios Públicos estaduais? Mudando a atribuição: quem pode instaurar inquérito civil contra membro do Judiciário de primeira instância ou membro do Ministério Público é o Procurador-Geral, mesmo que ele tenha de propor ação em primeira instância, em virtude da existência de uma hierarquia. Por isso que eu digo e entendo as preocupações e colocações do Ministro Gilmar, mas há que se refletir

**AP 937 QO / RJ**

mais, se for se estender algo, que é de mandatos temporários nesse elevador, para carreiras permanentes, que têm, apesar de ser uma hierarquia administrativa, uma hierarquia administrativa.

Há também - e, aí, concordo com o Ministro Gilmar, eu não diria privilégios, são previsões legais de instauração de inquérito pelo próprio Tribunal em relação ao juiz - um mandado de segurança atualmente, no STJ, do Ministério Público do Estado de São Paulo, porque o Tribunal de Justiça instaurou, entendeu que não havia nada e arquivou, sem mandar para o titular da ação penal.

Então, se há esses problemas entre as cúpulas, uma alteração, assim, sem maior análise da questão no foro, vai gerar entre a base e vai prejudicar, na verdade, o que todos queremos aqui - cada um pode ter o seu entendimento -: celeridade na apuração das questões de corrupção. Porque nós vamos ter de decidir tantas questões de ordem, tantos problemas institucionais, que o que interessa é que a finalidade, realmente, não vai chegar ao fim.

Obrigado, Ministro Ricardo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, Vossa Excelência me permite? Apenas, dentro da preocupação do Ministro Gilmar e do que foi dito, com relação ao que o Ministro Gilmar acaba de citar e demonstrando, é que nós estamos cuidando da matéria criminal, que é para a qual o Ministro Gilmar chamou a atenção, que tem o inquérito, porque, nas outras matérias, os juízes são julgados já sem qualquer especialização de foro.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - São julgados, Presidente, mas, na improbidade, quem promove não é o promotor que trabalha com ele, é o Procurador-Geral.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isso, é exatamente o que eu ia completar, com relação à propositura, mas sempre perante o juízo competente para todos os casos.

Por isso, o Ministro Gilmar, de maneira muito correta, chamou a atenção de que o caso a que ele estava se referindo era um caso patrimonial e enfatizou isso, porque, em matéria criminal, é que o juiz

**AP 937 QO / RJ**

teria essa condição, que é do que estamos falando; porque, em matéria de causas cíveis, patrimoniais ou de qualquer natureza, não existe essa distinção para juízes. Só para ficar claro isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Por exemplo, a Presidência do TSE, por entendimentos contrários sobre urna ou sobre parcerias, é processada em primeiro grau em ação popular, em primeiro grau.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sempre para o Supremo Tribunal Federal, desde a década de 70, a ação popular é o único instrumento, aliás, é uma garantia constitucional exatamente para o primeiro grau.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ação civil pública.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Já houve um caso em que um juiz de Juiz de Fora, por coincidência, ameaçou o Presidente do Supremo, salvo engano, o Ministro Sydney Sanches, de prisão, em algum momento, numa ação civil pública, se descumprisse.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Já houve juiz de primeiro grau que determinou a prisão de Ministro da Fazenda, enfim, mas não é matéria criminal, que aqui nós estamos nos atendo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu queria apenas tornar evidente a complexidade desse tema, louvando novamente o Ministro Barroso por ter trazido esta questão ao Plenário. A questão é sensível, mas insisto em dizer que o foro privilegiado se encerra dentro de um sistema articulado. Por isso que eu digo: entender que se faz necessário agora modificar todo um sistema articulado de prerrogativa de foro instituído pelos constituintes em uma quadra histórica particularmente difícil, na qual se ensaiavam os primeiros passos da redemocratização do País, sob o fundamento de que teria ocorrido uma suposta mutação constitucional, provocada por alegada - entre aspas - "disfuncionalidade" do sistema decorrente do sobe e desce processual, identificado em pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, *concessa venia*, não se afigura - insisto na *venia* - nem razoável nem mesmo desejável nesse delicado momento em que a sociedade brasileira está às voltas com uma

**AP 937 QO / RJ**

definição de rumos em vários setores da vida nacional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como nós vamos sustentar esta tese em relação a parlamentares e não fazê-lo em relação a um membro de Tribunal de Contas, por exemplo, que veio até do Parlamento, vem na cota do Parlamento, por fatos anteriores e estranhos ao mandato, estranhos também à função? Como sustentar isso em relação a qualquer outro ocupante de cargo que esteja sendo acusado de algum crime ou esteja sendo investigado por algum crime que não tenha nada a ver com a função? A *ratio* é a mesma, não há como separar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A emenda constitucional propõe essa *ratio* mesmo, acabar com tudo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estou falando pela própria construção aqui do caso a partir da questão de ordem. Ou de um promotor que se envolveu num assassinato, por que ele terá que ter foro - como nós temos um caso notório em São Paulo - por prerrogativa de função, a não ser que se entenda que o assassinato componha as suas atribuições? Portanto, são questões que nós temos que, sincera e juridicamente, tratar. É muito fácil, Presidente, dizia o Roberto Campos, enganar o povo. Nem é proibido enganar o povo, mas é cruel enganar o povo. Quer dizer, nós não estamos fazendo nada para o sistema evoluir, estamos fazendo uma grande bagunça. Portanto, assumamos que estamos fazendo isso! Quer dizer, aquilo que estamos estabelecendo para os políticos com foro também estamos estabelecendo em linha geral para todos os ocupantes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Essa é a ideia.

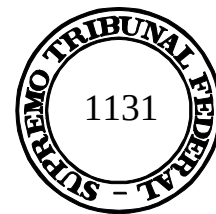
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então vamos avançar nesse sentido e assumir de maneira muito clara isso, portanto, declarar a inconstitucionalidade de todos esses privilégios processuais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Agora, eu me perguntava por que os constituintes fizeram isso? Porque o fizeram atentos à realidade que nós vivemos no Brasil e ao momento histórico por que se passava na época da elaboração da Carta Magna de 88. Isso não foi colocado à toa. Agora, penso que o Congresso Nacional, quase que como



AP 937 QO / RJ

uma reação à nossa decisão, já majoritária, acabou por terminar com o foro de forma radical, talvez fazendo tábula rasa de todas as considerações que foram feitas nos idos de 1988.

**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937**

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RÉU(É) (S) : MARCOS DA ROCHA MENDES

ADV.(A/S) : CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO (73969/RJ)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), resolvendo questão de ordem com a fixação das seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo", com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, e, pelo réu, Marcos da Rocha Mendes, o Dr. Carlos Magno Soares de Carvalho. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 31.05.2017.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, acompanhando em parte o Ministro Relator, e os votos das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia (Presidente), acompanhando o Ministro Relator, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 1º.6.2017.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, acompanhando, em parte, o Relator, nos termos de seu voto, e após os votos dos Ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello, acompanhando integralmente o Relator, pediu vista dos autos o



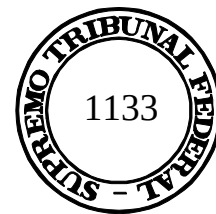
Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 23.11.2017.

Decisão: Após os votos dos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, acompanhando em parte o Relator, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 2.5.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário



03/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**ESCLARECIMENTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Pela ordem, Senhora Presidente. Em meu voto proferido na data de ontem, ao aderir à proposta formulada pelo Ministro **Alexandre de Moraes**, que tem a diplomação como um marco a partir do qual todo e qualquer crime praticado, mesmo sem ser em razão da função, obedeceria a prerrogativa de foro - e os anteriores não -, procurei resguardar a objetividade e a clareza de nossa decisão.

Muito embora o caso concreto envolva parlamentar federal - no caso, um deputado federal que hoje nem mais é deputado federal, ele é prefeito - e tendo em vista que nossa decisão aqui proferida suscitará - isso não há dúvida - questionamentos a respeito de sua extensão ou não a outros detentores de foro por prerrogativa de função, eu vou fazer um adendo a meu voto e uma retificação da conclusão desse - que eu peço para a assessoria divulgar aos eminentes Pares e a Vossa Excelência -, no sentido de já trazer alguns balizamentos em relação a outros cargos e funções, no que concerne à aplicação ou não do foro por prerrogativa de função.

Tendo em vista a ideia de isonomia, não podemos apenas e tão somente restringir o foro aos parlamentares. De acordo com o princípio da isonomia, nós temos que aplicar essa interpretação a todos que tenham, por força da Constituição Federal, prerrogativa de foro. Além disso, já decidimos, várias vezes, que leis estaduais que tratam, por exemplo, de crime de responsabilidade de governadores são inconstitucionais. E por que o são? Porque legislam sobre processo penal - esta Corte já assentou que os crimes de responsabilidade têm natureza penal: administrativa mas político-penal -, e as leis estaduais ou constituições estaduais não podem disciplinar isso. Também entendo que já temos jurisprudência nesta Corte no sentido de entender que não compete às constituições estaduais estabelecer foros por prerrogativa de função, por exemplo, para um secretário de Estado. A Constituição

**AP 937 QO / RJ**

Federal não prevê que um secretário de Estado tenha foro por prerrogativa, mas constituições estaduais o fazem. Isso é matéria de legislação exclusiva da União, na forma do art. 22 da Constituição Federal.

Então, Senhora Presidente, farei juntar as razões pelas quais faço esta retificação, mas gostaria de fazer a leitura dessas conclusões, que penso que já devem ter chegado às mãos de Vossa Excelência, para retificar o voto antes proferido quanto a sua conclusão. Os adendos serão feitos por escrito, para não tomar tempo da Corte.

Concluo meu voto então, Senhora Presidente, e, em resumo, resolvo a questão de ordem no sentido de: primeiro, fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os **membros do Congresso Nacional** exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; segundo, fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, **quanto aos demais agentes públicos**, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão;

Vejam que, nesse segundo item, nós atingiríamos um número muito expressivo, imagino eu, de casos relativos a prefeitos, por exemplo, que são julgados, por força da Constituição Federal, perante os tribunais de justiça tanto quanto a crimes cometidos após a diplomação quanto a crimes cometidos antes da diplomação.

Com essa proposição que faço, todos esses processos dos que respondem em tribunal de justiça por crimes anteriores à diplomação baixariam de imediato - lembremos que, no Brasil, são mais de cinco mil e quinhentos municípios.

Terceiro item: são **inaplicáveis** as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos **crimes praticados anteriormente à diplomação ou à nomeação** (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem;



AP 937 QO / RJ

Item quarto: reconhecer a **inconstitucionalidade das normas previstas nas constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal** que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria. Nesses casos *que englobam 16.559 autoridades estaduais, distritais e municipais* -, os processos deverão ser **remetidos ao juízo de primeira instância competente**, independentemente da fase em que se encontrem.

E, por último - item quinto da minha conclusão -: estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a **renúncia ou a cessação**, por qualquer outro motivo, da função pública que atraia a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, **não altera a competência para o julgamento da ação penal**.

É como eu voto, Senhora Presidente, retificando a conclusão de meu voto feito na data de ontem. Conforme afirmei, farei juntar as razões pelas quais eu fiz essa alteração. Obrigado!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não! Então, eu farei também o reajuste.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ou seja, essa é uma nova posição em relação às anteriores já apontadas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Uma nova posição. Porque eu tinha apontado, exatamente, que Vossa Excelência estava acompanhando o voto do Ministro Alexandre de Moraes. Neste caso, vou incluir o que Vossa Excelência acaba de trazer.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Veja que, só neste caso das constituições estaduais, em razão daquele relatório feito no Senado, seriam mais de 16 mil casos de cargos que têm, hoje, foro que imediatamente cairiam.

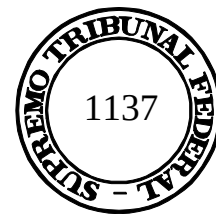
A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:



AP 937 QO / RJ

Mais de 16 mil casos.



03/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Subsidiariamente, caso a douta maioria adira à tese proposta pelo eminente Relator de que somente haverá prerrogativa de foro se o crime vier a ser praticado no exercício do cargo e em razão dele, seria pertinente, com a devida vênia, um pequeno reajustamento em seus termos.

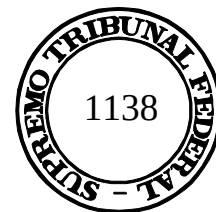
Conforme anteriormente exposto, a pretensão de se restringir a competência do Supremo Tribunal Federal aos crimes praticados no exercício do mandato e em razão do cargo colide com regra constitucional expressa que determina o julgamento perante a Suprema Corte desde a expedição do diploma, termo inicial bem anterior à posse e ao início do exercício do mandato na respectiva legislatura.

Em meu sentir, os fundamentos para dirimir essa situação de aporia podem ser encontrados no Código Penal, mais precisamente no Título XI, Capítulo I, que trata dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral.

Nos termos do art. 316 do Código Penal, constitui crime de concussão “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou **antes de assumi-la, mas em razão dela**, vantagem indevida”.

Por sua vez, nos termos do art. 317 do Código Penal, constitui crime de corrupção passiva “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou **antes de assumi-la, mas em razão dela**, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

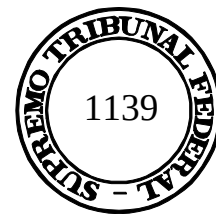
Logo, **após a diplomação e antes da posse**, por não estar no exercício do mandato, há uma impossibilidade lógica de o diplomado vir a praticar crime “no cargo”, tanto mais que a respectiva legislatura nem

**AP 937 QO / RJ**

sequer se terá iniciado – salvo, evidentemente, a hipótese de reeleição, quando haverá uma legislatura em curso.

De toda sorte, tal como previsto nos tipos penais da concussão e da corrupção passiva, poderá o candidato diplomado, antes de assumir a função parlamentar, mas em razão dela, praticar crimes contra a administração pública.

Assim, a prevalecer a tese do eminente Relator, seria o caso de assentar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional **i) nos crimes praticados após a diplomação e antes da assunção da função parlamentar, mas em razão dela, e, ii) após a posse, nos crimes praticados no exercício do mandato e em razão dele.**



03/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, começo fazendo algumas considerações sobre o estágio atual do Direito Constitucional Pátrio, considerando que estamos prestes a celebrar trinta anos da Constituição de 1988. E, de fato, com as turbulências institucionais que vivenciamos ao longo desses anos, não podemos deixar de registrar que é o período de, talvez, mais ampla normalidade institucional, pelo menos considerada a vida republicana. E não foram, como nós sabemos, anos fáceis do ponto de vista econômico, do ponto de vista financeiro e também do ponto de vista político.

Desta Constituição já se disse muitas coisas. De que - e é normal - ela teve uma dose, talvez, excessiva de utopia. Alguns já disseram, Ministro Fux, que um dos seus problemas é que ela é a Constituição de 88. Se tivesse sido de 89, outros ventos teriam soprado em torno desta questão.

A Constituição, como nós sabemos - e isso diz Peter Häberle, de maneira exemplar - conjuga o estado constitucional *ratio* e *emocio* ou, como ele diz de maneira muito elegante, *une*, ou tenta unir, o princípio esperança, de Ernest Bloch, *Hoffnungs prinzip*, e a ideia ou princípio da responsabilidade, de Hans Jonas, *Verantwortungsprinzip*.

Quando a gente discute a Constituição de 88 e conversa com aqueles que participaram desse processo, nós verificamos que - não faz muito, quando dos 25 anos, eu tive um diálogo com Presidente Fernando Henrique Cardoso -, poucos eram preocupados com a questão da sustentabilidade financeira do Estado. Isto ficou para pessoas como Roberto Campos, Serra, um ou outro. Em geral, acreditava-se, um pouco utopicamente, que bastava o Brasil encontrar o caminho da democracia para que houvesse uma solução adequada para a maioria das mazelas. O Brasil cresceria e responderia, portanto, de maneira cabal, aos desafios.

E, por isso, o texto foi extremamente generoso, por exemplo, na concessão de benefícios. Veja: aposentadoria com 30 anos ou 35 anos de serviço. Claro que a inflação, à época, ajudou um pouco a esse

**AP 937 QO / RJ**

ilusionismo, chamemos assim.

Da mesma forma, algumas mudanças ocorridas contribuíram para algum tipo de expectativa que se fez, por exemplo, nesta temática que já nos aflige, como ontem foi bem demonstrado, desde a origem, a partir do voto do Ministro Dias Toffoli, e, depois, ressaltado no voto do Ministro Lewandowski. E a Constituição - Ministro Celso não cansa de destacar -, com a interpretação agora glosada pelo Ministro Dias Toffoli, permitiu, talvez, o mais amplo modelo de foro por prerrogativa de função. E trouxe também a regra da licença do Congresso, de cada uma das Casas, para que houvesse o processo contra parlamentares. E não por *cause*. Entende-se por que se fez isso: nós vínhamos de um modelo autoritário. e, aí, é muito curioso, nós cogitamos de um sistema - isto é normal na teoria constitucional, de princípio esperança, *emotio*, utopia. É normal. Momentos constituintes - as pessoas têm observado, e a observação não é original - são momentos em que os partícipes se equivalem a deus, equiparam-se a deus.

Por outro lado, é normal, nas constituições, aquilo que se chama *Verfassungs Antwort*, a norma-resposta, aquilo que alguns traduzem para a Constituição com os olhos no retrovisor. Logo, era natural, naquele contexto, diante de cassações de mandatos e toda instabilidade institucional que marcara o período anterior, que houvesse essa medida, essas normas de organização e procedimento, talvez, um tanto quanto radicais. E, depois, a prática mostrou, como sói acontecer, que o corporativismo aqui seria extremamente forte. Raras foram as vezes em que o Supremo foi autorizado, nesse período, a processar um deputado. Não era para ser feito; esta passou a ser a regra reforçada, a regra costumeira.

Mostrou, ontem, de maneira bastante enfática, o Ministro Dias Toffoli, que a mudança só se dá a partir da Emenda Constitucional nº 35. E, claro, isto vai refletir nas competências do Supremo Tribunal Federal, porque agora, *a vero*, ele passa a exercer diante de uma clientela que, de fato, acabaria por ocupá-lo, como nós estamos a ver; mas graças a essa mudança feita a partir de muita crítica e da própria autocrítica que o

**AP 937 QO / RJ**

Congresso fez, porque isso foi uma iniciativa parlamentar. De modo que nós vemos que o sistema anda; mas o faz com alguma dificuldade.

Antes dessa decisão, o Supremo já tinha feito a revisão da célebre Súmula 394, porque não adiantava ter essa competência se sequer autorização para que se instaurasse o processo lhe era dada. E o Supremo fez, então, essa revisão. Em suma, há muitas discussões em torno disso. Temos na pauta, inclusive, hoje o tema da ação de improbidade, que é um outro lado dessa questão.

O que nós temos, então, que decidir hoje? E parece-me que vamos continuar discutindo esse tema de forma, talvez, continuada pelos próximos meses. É de se contar, inclusive, com algum tipo de diálogo institucional com próprio Congresso Nacional. Como se sabe, e já foi destacado aqui ontem de maneira ampla, também, e enfática, o Congresso Nacional - pelo menos, a Casa Alta - já aprovou uma emenda que suprime o foro. A mim, parece-me que esse debate - e eu vou desenvolver ideias sobre isso - é bastante curioso, porque nós acabamos tratando do sintoma, e não da causa da questão.

Não é preciso fazer muito esforço para se saber que - e eu vou repetir isso com dados daqui a pouco - para ser ruim, Ministra Rosa, a Justiça Criminal brasileira tem que melhorar muito. O quadro é de verdadeiro caos. E há um outro dado importante: o discrímen que não se faz e do qual não se cuida entre a realidade da Justiça Federal e da Justiça Estadual. Afora um ou outro Estado, o debate que se trava se dá apenas - e aí há um vício grave - no plano das vantagens salariais. Apenas isso! Mais salário para juízes, mais salários para promotores; só isso! Ninguém discute a estrutura da Justiça Criminal.

Basta visitar - e nós tivemos essa experiência - uma dessas unidades da Federação. Eu vou falar um caso que vivenciei: Teresina, Piauí. Faça uma visita ao Tribunal, e quem quiser acesse a rua, no centro de Teresina, e vá a uma Vara de Execução Fiscal. Lá vão se encontrar servidores munidos de máscara, lidando com aqueles processos amarrados até o teto, em um prédio mal-ajambrado, mal colocado, com muitas dificuldades. Vá visitar o fórum em Teresina, um prédio também

**AP 937 QO / RJ**

de más condições. No quarto andar, há o atendimento aos hipossuficientes. Dá para ver pessoas carregando outras em cadeira de roda por quatro andares. Essa é a realidade! Esse é o Brasil a *vero*! O que que isso tem de relevante? É isso que se cuida da Justiça Criminal também.

Eu já tive a oportunidade de falar isso - não estou sendo original - lá em 2008 ou 2009: Quando a gente discute a questão da segurança pública, e é o tema, nós temos que falar sobre a Justiça Criminal.

Nós estamos a ver agora. Conversava, não faz muito, com a eminente Procuradora-Geral sobre os episódios que marcam essa tragédia recente do Rio de Janeiro. Sua Excelência me dizia: "Sem desvendar esse Caso Marielle, a própria intervenção se torna um *nonsense*." E é verdade, mas, a toda hora, nós vemos mais mortes associadas a esse caso, Ministro Fux. E mais mortes com autoria recôndita. Este é o quadro do Brasil: homicídios, cuja autoria não se desvela.

Portanto, não há como não fazer conexão entre a questão da segurança pública grave, o chamado estado "a que chegamos", e a Justiça - no caso, a Justiça Criminal. E, aí, temos um quadro realmente espantoso de problemas: inquéritos que não foram abertos, um quadro que não mudou muito - eu me lembro que cheguei em Alagoas, Presidente, cinco mil homicídios sem inquérito aberto -; inquéritos que são abertos, mas estão aí inconclusos; denúncias que são oferecidas e não são julgadas. O Brasil é o país em que deixa prescrever crime de júri, em massa, no mínimo vinte anos.

Então, eu acho que este debate é importante para que a gente possa fazer, talvez, não panfletagem, não algo popularesco; mas discutir, de fato, a realidade da Justiça Criminal e, talvez, das Justiças estaduais.

Eu avanço. Eu ouvi de muitas pessoas dizendo que, para todas essas mazelas existentes, teria de haver como a federalização geral da Justiça. Não sei se Vossa Excelência compartilha desse tipo de pensamento, mas já estou olhando para Vossa Excelência, porque já ouvi de Vossa Excelência.

**AP 937 QO / RJ**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Um regime único para magistratura brasileira.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso.

Bom, mas, de fato, se não chegarmos a tanto, Presidente, é necessário que nós discutamos, pelo menos, um fundo que subsidie não o pagamento de salários, mas a modernização, a instrumentalização, o sistema de computadores da Justiça estadual, porque ela, inclusive, está à frente, como nós sabemos, na questão do combate à criminalidade. Uma boa parte dessa tarefa trata da Justiça estadual e afeta à Justiça estadual. E tudo isso é negligenciado neste debate, porque o salvacionismo se tornou o problema do foro. Como diz o Ministro Celso, os colegas nossos da Terceira Turma, lá da Globo News, só falam que o problema é do foro, virou a panaceia. Como já se repete, para um problema sério como este, uma resposta simples e claramente errada.

Portanto, parece-me que, desde logo, nós temos aqui a oportunidade, e acho importante este tema estar colocado na agenda, não pela fundamentação que está aqui, não pela ação de se imaginar que vai se resolver o problema do Supremo e de outras instâncias. Não. Porque vai deitar foco sobre a Justiça Criminal. Certamente, a ida de alguns processos para algumas Varas Criminais vai fazer com que se olhe para o estado da arte dessas Varas Criminais Brasil afora.

Eu estou apenas falando disso como uso de uma figura de linguagem, metonímia. Pode olhar qualquer Vara da Justiça Federal, com exceção de um ou outro estado, em geral, a situação é caótica.

Na minha gestão, Presidente, no CNJ, nós instalamos um programa, até muito curioso, de apoio à Justiça estadual, era chamado o projeto Integrar, mas esse projeto envolvia auxílio até para atividades cartoriais mínimas. Lembro-me de que o Ministro Peluso conseguiu a liberação de alguém do Tribunal de Justiça de São Paulo, que levou práticas cartoriais judiciais para vários Estados.

A situação é extremamente grave, se fez essa dicotomia e ocorreu um tipo de federalização dos salários dos juízes e dos promotores. Nada se acrescentou em termos de ganhos tecnológicos, de melhoria, de

**AP 937 QO / RJ**

aperfeiçoamento.

Eu já usei a imagem, Ministro Fachin, de que a Justiça estadual, considerando os gastos, é um macrocéfalo com perna de pau, não tem servidores especializados. Nesta vara a que me referi - não acredito que tenha mudado muito desde lá, e já vão lá alguns anos -, na Vara de Execução Fiscal, no Piauí, os servidores eram servidores municipais.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite um aparte? Exatamente porque está citando um dos casos em que, se for a Vara de Teresina, talvez a ida de Vossa Excelência tenha surtido um grande efeito. Hoje é uma vara modelo, o juiz Vidal, aliás foi premiado por nós no projeto Inovare, com práticas novas, e está rigorosamente em dia. Vossa Excelência vê como o olhar sobre o caso, que, talvez, tenha iniciado exatamente - estou citando porque, por coincidência, é uma a qual temos acesso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ao lado do tribunal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Exatamente. E o juiz Vidal é um exemplar juiz, com uma estrutura, que está rigorosamente em dia hoje. Por isso ela foi premiada por nós, Vossa Excelência mesmo, o Ministro Toffoli, nesse último Inovare do ano passado.

Apenas para dizer como que o olhar, como diz Vossa Excelência, aos casos concretos e a essa situação, por isso o ano passado pedi e nós fizemos mutirões de julgamento de recursos criminais nos tribunais, porque os juízes criminais, em 18 estados com os quais me encontrei, afirmaram exatamente que, às vezes, ficava no acervo deles algo que eles não podiam julgar porque o processo tinha seguido, por exemplo, apelação contra pronúncia, e não voltava para que eles fizessem o júri. Então, nós promovemos júris em tribunais de justiça. Mas agradeço o aparte apenas para fazer o registro de um grande juiz, como é o Doutor Vidal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Fico feliz. Eu nem queria fazer o registro que, naquela época, nós nos socorremos do prefeito Sílvio Mendes, então prefeito de Teresina, que mandou fazer uma

**AP 937 QO / RJ**

pequena reforma, pelo menos, de ajustes gerais naquele prédio, diante das más condições de trabalho.

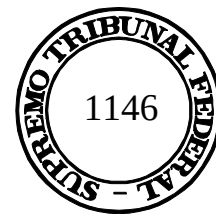
A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então fiz questão de, primeiro, por justiça ao Doutor Vidal e também para dizer, como o olhar que Vossa Excelência reclama com razão que todos nós devemos dar, faz parte - e é pelo CNJ -, mas pode mudar uma realidade e precisa mudar essa realidade verdadeiramente. Hoje é a única vara criminal com 100% dos processos eletrônicos e que já está inclusive no cadastro. Mas agradeço o aparte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Outro ponto importante na questão criminal *stricto sensu* é a falta de dados sobre o funcionamento do aparato repressivo criminal. Aqui ou acolá nós colhemos dados, mas eles são insuficientes. Vossa Excelência se debate agora ainda sobre o cadastro de presos, mas, veja, nós não temos números sobre os processos criminais. Não estou falando de inquéritos, não estou falando de investigação, não estou falando de PICs. Nós não sabemos. Se nós perguntarmos, agora, quantos processos criminais tramitam no Brasil, nós não sabemos. De que sorte, espécies são eles? Não sabemos também. Essa é a triste realidade.

E, aí, vou tocar num ponto - vou repetir lá na frente -, nós temos falta de juízes e falta de promotores. E como que nós temos suprido isso? "Ah, com o modelo de substituição". Paga-se para substituição, mas nós devemos ser, talvez, o único país do mundo que temos dois meses de férias para juízes, dois meses de férias para promotores! Nós temos seis meses de licença prêmio para promotores e procuradores. Presidente, só na equalização, aqui, acabar com as férias de dois meses, nós já ganharíamos 10% de força de trabalho.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar, se Vossa Excelência me permite um aparte, eu estou incumbido da finalização da redação da LOMAN; essas férias já são reduzidas a trinta dias. E nós só vamos obedecer, digamos, os recessos regimentais e processuais, as leis processuais. Então esse é um problema que está próximo a acabar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, mas estou

**AP 937 QO / RJ**

dizendo, só essa decisão, Ministro Fux, daria para o pobre Estado do Piauí, para ficarmos num exemplo, a ampliação de 10% de sua força judicante e também persecutória. Vejam, portanto, que tem questões, por isso que acho extremamente positivo esse debate, porque vai deitar luz sobre essas mazelas que estão aí e que não são colocadas - eu dizia, Ministro Celso, nesse debate -, que não são colocadas lá na terceira turma da Globo News, a terceira turma do Supremo Tribunal Federal. Tudo gira em torno da prerrogativa de foro, as mazelas do sistema e tudo mais, desconhecendo coisas óbvias.



03/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: O Min. Roberto Barroso traz, em questão de ordem, duas questões (i) a fixação de marco para a perpetuação de jurisdição em ações penais originárias e (ii) a interpretação restritiva da competência por prerrogativa de função.

Quanto ao marco processual para perpetuação da jurisdição, o Min. Roberto Barroso sustentou que a competência do Tribunal seria fixada com o encerramento da instrução, mesmo que sobreviesse a cessação do exercício da função pública. O Min. Dias Toffoli fez adendo, até o momento seguido pela unanimidade, no sentido de que o momento preciso deveria ser a prolação do despacho que abre ao Ministério Público o prazo para alegações finais, com base no art. 10 da Lei 8.038/90. Sob esse aspecto, acompanho integralmente o voto do Relator e do Min. Dias Toffoli.

O propósito principal da afetação do caso ao Pleno foi debater proposta de limitar a competência dos Tribunais *“aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo”*. O relator foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

O Min. Marco Aurélio acompanhou-o em parte, sustentando que deve ser observada a prerrogativa de foro no momento do delito, a qual não seria passível de modificação posterior.

O Min. Alexandre de Moraes também acompanhou o relator apenas em parte, entendendo que a prerrogativa de foro alcança todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício. Outrossim, propôs a revogação da Súmula 704 do STF, que permite a atração da competência por prerrogativa de função em relação a delitos conexos ou continentes (*Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido*



AP 937 QO / RJ

processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados). Ressalvou, no entanto, que seria possível o *simultaneus processus* no foro mais graduado, mas apenas se “*o fato típico for único e indivisível*”. Essa corrente foi acompanhada pelos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

Peço vênia à maioria que se forma para apontar várias questões não respondidas pelos votos precedentes, seja quanto aos fundamentos da decisão, seja quanto a suas consequências. Pretendo demonstrar que a limitação proposta é incompatível com a Constituição e não traz a almejada perspectiva de uma melhora na persecução penal.

Quanto à compatibilidade da interpretação com a Constituição, o STF compreendia a prerrogativa de foro como uma forma de assegurar um julgamento justo e livre de influências políticas. É conhecida a afirmação de Victor Nunes Leal de que a prerrogativa de foro é uma “*garantia contra e a favor do acusado*”, sendo presumível que “*os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele*” (Rcl 473, RTJ 22/50).

A prerrogativa de foro era vista como matéria “*mais de natureza constitucional e política do que processual*”, consistindo em “*garantia política da função*” (HC 58.410, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 18.3.1981).

Mais recentemente, afirmou-se que a “*jurisdição especial*” tem como “*matriz o interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam*” certos cargos públicos “*possam exercê-los em sua plenitude, com alto grau de autonomia e independência, a partir da convicção de que seus atos, se eventualmente questionados, serão julgados de forma imparcial*” (ADI 2.587, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgada em 1º.12.2004).

Portanto, sempre se viu um aspecto dúplice na prerrogativa de foro. Por um lado, seria uma garantia do ocupante da função pública contra persecuções penais frívolas. Por outro lado, uma garantia da própria jurisdição contra pressões externas.

AP 937 QO / RJ

Uma confluência de fatores redundou em desarrumação desse sistema, que tornou o foro privilegiado insustentável, do ponto de vista prático. A Emenda Constitucional 35/2001 modificou o art. 53 da Constituição, dispensando autorização para processo dos parlamentares, a grande clientela da prerrogativa de foro no STF. Paralelamente, as perseguições penais contra autoridades se multiplicaram, tendo em vista uma série de novos delitos e de novos meios de prova que permitiram revelar crimes praticados por membros das classes políticas.

Essa nova realidade assoberbou os tribunais. O julgamento do Mensalão paralisou o STF por meses. Somente o julgamento da ação penal tomou 53 (cinquenta e três) sessões, ao longo de quatro meses e meio. No total, foram 69 (sessenta e nove) sessões de julgamento.

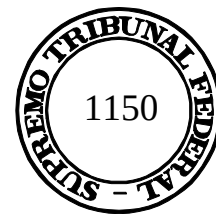
O Tribunal fez o que pôde para adaptar-se à nova realidade, movendo julgamentos para as Turmas e convocando magistrados instrutores. Ainda assim, está claro que a prerrogativa de foro, com a amplitude dada pela Constituição Federal, tornou-se insustentável.

O desapareço pela prerrogativa de foro foi explicitado pelo voto do Min. Celso de Mello, que afirmou que o constituinte “se afastou do postulado da igualdade”, demonstrou “visão aristocrática e seletiva de poder”, e que o fruto de seu trabalho, a Constituição do Brasil, “mostrou-se estranhamente aristocrática”.

No entanto, tenho que não basta a percepção do STF quanto à inconveniência da prerrogativa de foro para autorizar a reinterpretação da norma constitucional.

Os juízes do Supremo Tribunal Federal são intitulados a ter opiniões sobre a Constituição Federal. A litúrgica reverência normalmente destinada à Carta pode muito bem ser substituída pela crítica. Mas todas as instituições da República devem respeito à Constituição, mesmo a suas normas menos apreciadas. Incumbe à Corte Suprema fazer com que as decisões políticas fundamentais que regem, guardam e governam a República sejam cumpridas, ainda que lhe saibam amargas.

É ao Poder Legislativo que cabe o papel de rever más escolhas do constituinte originário, reequilibrando as forças sociais.

**AP 937 QO / RJ**

Citei, como em diversas outras oportunidades, a doutrina de Victor Nunes Leal a propósito da delicadeza do afazer legislativo e dos inevitáveis riscos implicados na tarefa de legislar. A passagem a que me refiro – e que tantas vezes já citei – é a seguinte:

"Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis". (LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In: **Estudos de direito público**. Rio de Janeiro, 1960. p. 7-8)

Com efeito, nunca é demasiado enfatizar a delicadeza da tarefa confiada ao legislador. A generalidade, a abstração e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam não só a importância, mas também a problemática que marca a atividade legislativa.

Sob esse aspecto, destaco os riscos envolvidos no afazer legislativo que exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam do difícil processo de elaboração normativa. A análise não se limita aos aspectos ditos "estritamente jurídicos", colhe também variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada, no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial, e não pode nunca desconsiderar a repercussão econômica, social e política do ato legislativo.

As mesmas considerações valem para a jurisdição constitucional. Também não podemos deixar de lado os riscos das decisões judiciais dessa Corte Suprema, isto é, as consequências sociais, econômicas, financeiras e jurídicas dos nossos julgamentos. Devemos considerá-los com ainda mais razão em relação àquelas decisões cujos efeitos transcendem os limites subjetivos da causa.

Portanto, há que se ter muito cuidado ao estabelecer orientações que, ainda sob o manto da interpretação constitucional, alteram substancialmente as normas que se extraem da Constituição.

**AP 937 QO / RJ**

Tenho que, neste caso, o STF não está verdadeiramente interpretando a Constituição Federal, mas a reescrevendo. Para disfarçar o exercício do poder constituinte, tenta dar-lhe o verniz da interpretação jurídica das normas constitucionais.

Lembro que a restrição à prerrogativa de foro já foi vista como estratégia para a impunidade. Em agosto de 2007, quando o STF se preparava para analisar a denúncia do Mensalão, foi proposta a PEC 130/07 na Câmara dos Deputados, que tinha por escopo justamente acabar com a prerrogativa de foro. Hoje mesmo, há diversas outras propostas em tramitação buscando ampliar ou restringir a prerrogativa de foro.

Desde sempre, as constituições brasileiras têm regras sobre prerrogativa de foro. O número de autoridades contempladas já foi menor, mas a estrutura dessas normas seguiu cadeia de continuidade até o texto atual. E, desde sempre, a interpretação estabelecida, pública e notória do Poder Judiciário, foi no sentido de que a prerrogativa de foro alcança todas as acusações criminais contra a autoridade, independentemente do tempo do crime ou de sua ligação ao cargo ou função pública.

A jurisprudência do STF sobre a prerrogativa de foro é abundante e deu origem a súmulas que, por décadas, orientaram o Poder Judiciário e a elaboração de textos constitucionais.

Em 3.4.1964, o STF adotou a Súmula 394, dispondo que a competência para julgar crimes cometidos durante o mandato permanecia após sua cessação:

"Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

Processos por delitos anteriores ao exercício do mandato eram deslocados para o foro prevalente. No entanto, retornavam à instância de origem, com a cessação da investidura. Sob outro aspecto, se o crime fosse

**AP 937 QO / RJ**

cometido por autoridade, mas posterior a sua aposentadoria ou final do mandato, não haveria competência do Tribunal, na forma da Súmula 451:

"A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional".

Esse era o entendimento que vigia durante a Assembleia Nacional Constituinte. O objetivo foi manter a estrutura normativa vigente, na medida em que o atual art. 102, I, "b", praticamente reproduz o art. 119, I, "a", da EC 1/69.

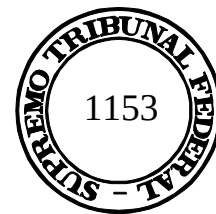
Mesmo assim, na sessão de 25.8.1999, o entendimento foi restringido – julgamento de Questões de Ordem no Inq 687 e na AP 315. O Tribunal cancelou a Súmula 394, passando a entender que o término do mandato encerrava a competência do Tribunal, ainda que o delito tenha sido cometido em seu curso.

Ficaram vencidos quatro ministros – Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira –, que propunham mudança mais moderada: em crimes ligados ao mandato, a prerrogativa de foro se manteria após seu final.

Convém recordar o quadro normativo vigente por ocasião da modificação da jurisprudência. Na forma da redação original do art. 53 da CF, era necessária autorização da Casa legislativa respectiva para processar parlamentares federais, estaduais e distritais. Na prática, o número de autorizações era ínfimo. O STF e os Tribunais de Justiça processavam ex-parlamentares por delitos cometidos entre a diplomação e o final da legislatura.

A Lei 10.628/02 buscou afirmar que a prerrogativa de foro se mantinha após a cessação do exercício da função pública, inserindo § 1º no art. 84 do CPP, com a seguinte redação:

"§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do

**AP 937 QO / RJ**

exercício da função pública”.

Regra semelhante foi incluída para a ação de improbidade administrativa, no § 2º:

“§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º”.

As alterações do CPP, no entanto, foram fulminadas por ação direta de inconstitucionalidade – ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 15.9.2005. Daquela feita, fiquei vencido, juntamente com os Ministros Eros Grau e Ellen Gracie. O entendimento do Tribunal foi de que o legislador tentou alterar, pela nova legislação, a interpretação por ele assentada das normas constitucionais.

Tudo isso mostra que a restrição da prerrogativa de foro em relação aos crimes cometidos no exercício do cargo, mais ainda se ligados ao ofício, desborda não apenas do texto constitucional, mas da interpretação a ele dada ao longo da história.

A corrente que defende a restrição interpretativa não se furtou a avaliar a questão da dificuldade de compatibilizar a nova leitura com a norma lida. O Min. Roberto Barroso afirmou tratar-se de “redução teleológica” (Larenz), ou do uso da técnica da “dissociação” (Guastini), que *“consiste em reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das situações de fato previstas por ela segundo uma interpretação literal”*, para adequá-la a sua finalidade. Nessa técnica, o aplicador *“identifica uma lacuna oculta”*, a qual é *“extraída de sua própria teleologia”* (§ 33).

Citou como exemplo da utilização da técnica a interpretação restritiva dada ao art. 102, I, “r”, da CF, que confere ao STF a competência para julgar *“as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público”*.

**AP 937 QO / RJ**

É inquestionável que, pela via interpretativa, pode-se afastar a aplicação de normas aos casos concretos, identificando hipóteses que, por uma interpretação finalística, estariam fora do escopo da norma.

O detalhe é que, desde 1964, com a adoção da Súmula 394 do STF, resta estabelecida e publicizada a interpretação de que o foro por prerrogativa de função prevalece em relação a qualquer delito. Pode subsistir uma lacuna oculta, se ao menos três Constituições Federais reproduziram o texto normativo, com o conhecimento de sua interpretação estabelecida?

Não há semelhança com a exegese do art. 102, I, “r”, da CF, introduzido pela Emenda Constitucional 45/04. Esse dispositivo tem redação de duvidosa técnica jurídica – CNJ e CNMP não têm personalidade jurídica, é difícil sustentar que uma ação seja propriamente contra um desses conselhos. O STF definiu o escopo da norma, estabelecendo que sua competência limita-se às ações tipicamente constitucionais (AO-QO 1.814, Rel. Min. Marco Aurélio; AO-AgR 1.680, Rel. Min. Teori Zavascki, julgadas em 24.9.2014). Certa ou errada, foi a interpretação prevalente, estabelecida tendo em vista uma norma recente e dúbia. Uma hipotética nova Constituição terá de preocupar-se com ela, adequando a redação à exegese do STF, ou deixando claro o propósito de ter um escopo mais amplo.

O esforço para equiparar as situações soa artificial.

A referência à “teleologia da norma” para afirmar a existência de lacuna oculta parte do pressuposto de que a Constituição consagra o princípio da igualdade, pelo que seria inaceitável conceder prerrogativas processuais. Essa leitura tem o mérito de demonstrar a preocupação em dar efetividade ao princípio, mas esbarra na semântica das normas constitucionais de igual valor que instituem a prerrogativa de foro. Para chegar à conclusão pretendida, tem-se que colocar o princípio da igualdade, na concepção valorativa pretendida pela corrente vencedora, acima de regras constitucionais claras.

Reputo claras as regras sobre a prerrogativa de foro, porque é o próprio texto constitucional que descola, inclusive no tempo, o foro

**AP 937 QO / RJ**

originário do efetivo exercício da função pública.

A melhor demonstração de que não há ligação umbilical da prerrogativa de foro com o efetivo exercício da função está no art. 53, § 1º, da CF. O foro dos parlamentares não inicia com a posse. Basta a expedição do diploma para que o parlamentar seja julgado perante o Tribunal.

Não nego que, em tese, é possível cometer crimes ligados à função antes da posse. Mas impensável afirmar que o objetivo da Constituição é contemplar essa hipótese remota. O objetivo da antecipação da prerrogativa é impedir que o futuro parlamentar seja fisicamente impedido de tomar posse, por uma prisão indevida, ou tenha sua independência ameaçada, por demandas frívolas. Em ambos os casos, a prerrogativa é prioritariamente voltada para delitos não ligados à função parlamentar, já que o diplomado ainda não a exerce.

De outro lado, nem todo o crime ligado à função enseja a prerrogativa de foro.

Veja-se, por exemplo, um cidadão que, logo após a proclamação do resultado das eleições, é flagrado solicitando vantagem indevida em razão do futuro cargo. Ele deverá ser apresentado ao juiz de primeira instância para audiência de custódia, visto que, neste momento, não goza de prerrogativa de foro. Apenas quando e se for diplomado (se eleito parlamentar) ou empossado (se eleito cargo executivo) o processo será transferido para o tribunal respectivo. A mesma ideia vale para todos os demais cargos que ensejam a prerrogativa de foro. Se um cidadão indicado a Ministro do STF agredir um Senador durante a sabatina, o caso será apresentado à Justiça Federal de primeira instância. Quando e se o sujeito for empossado Ministro, os autos serão remetidos ao STF.

De outro lado, nem toda a prerrogativa de foro decorre de delito ligado à função. A prerrogativa de foro é para “infrações penais comuns” (art. 102, I, “b” e “c”), “crimes comuns” (art. 96, III, art. 105, I, “a”, art. 108, I, “a”), ou simplesmente para “julgamento” (art. 29, X, todos da CF). Desde sempre, entende-se que o adjetivo comuns marca a diferença dos crimes de responsabilidade. Se bem compreendo a corrente vencedora, de

**AP 937 QO / RJ**

agora em diante são definidos como comuns apenas os crimes próprios de funcionário público.

Por tudo, tenho que não há lacuna oculta nas regras de foro.

Se é certo que a Constituição não foi alterada para restringir o foro e que a interpretação das regras da prerrogativa de foro já remontam ao tempo da assembleia constituinte, tenho que uma nova e restritiva interpretação não se justificaria como uma nova interpretação. Apenas como uma mutação constitucional, amparada em *“uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma”*, ou ainda na *“força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade”*, seria possível reconhecer uma mudança da regra.

A única mudança relevante no texto da Constituição foi promovida pela Emenda Constitucional 35/2001, que dispensou a autorização para processo dos parlamentares. A disposição não alterou competências. Pelo contrário: ao eliminar uma das inviolabilidades do parlamentar – necessidade de autorização da Casa para processo penal –, tornou a prerrogativa de foro muito mais relevante. Desde então, as denúncias contra os parlamentares são efetivamente processadas.

Com a devida vênia, no caso, não temos uma mutação constitucional, mas uma nova e inconstitucional interpretação da Constituição.

Dessa forma, tenho que a interpretação proposta conflita com a norma constitucional e deve ser rechaçada.

Além do verniz de técnica jurídica, a nova interpretação vem embalada em argumentos consequencialistas. É apresentada como a solução para desafogar os tribunais, acelerar a punição de poderosos, afastar influências políticas dos processos penais.

Tenho que a nova interpretação não traz a perspectiva de uma melhora no sistema judiciário em geral, ou na persecução penal em particular.

A preocupação com o andamento dos trabalhos do STF, supostamente assoberbado pelo número de investigações e processos

AP 937 QO / RJ

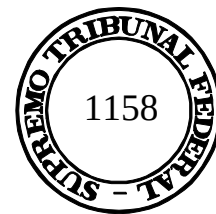
contra parlamentares federais, é válida. Mas o diagnóstico de que o Supremo Tribunal falha no exercício da competência penal originária é construído sem a correta avaliação das bases empíricas.

O STF vem sendo atacado por suposta lentidão e inoperância em seus julgamentos criminais. Mas o fato é que a Corte se aparelhou para enfrentar também essa frente de trabalho. Por outro lado, se buscarmos os números dos casos sob a jurisdição ordinária, veremos que a resposta penal, como um todo, não tem sido eficaz.

Um estudo intitulado “O Supremo e o Foro Privilegiado”, ligado à FGV, é sempre mencionado para afirmar a inoperância do STF em matéria penal. O estudo, “vazado” ao jornal “O Globo” em 16.2.2017, um dia depois da decisão que afetou esta questão de ordem ao julgamento do Pleno, distorce informações, no intuito de demonstrar supostas inoperância e parcialidade do STF.

Permito-me, sobre o ponto, citar a análise feita por Lênio Streck sobre a pesquisa, a qual revela a distorção das estatísticas apenas para embasar o conceito prévio e errado dos autores da pesquisa (Foro privilegiado: Supremo em Números não pode ser “Números Supremos”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-28/lenio-streck-supremo-numeros-nao-numeros-supremos>. Acesso em: 30.5.2017):

“Enfim, saiu o relatório da pesquisa realizada pelo projeto Supremo em Números da FGV! Em 23 de fevereiro de 2017 analisei na ConJur o perigo das conclusões tipo ‘os números falam por si’! Título do meu texto: STF paga o pato! Existem mentiras pequenas, grandes e... estatísticas. Na época, antes mesmo da divulgação efetiva da pesquisa, o coordenador do projeto veio a público em diversas entrevistas – só se falava disso naqueles dias (oiçam aqui) — com perigosas valorações que alimentavam a ideia de responsabilidade do STF pela impunidade em casos de inquéritos e processos que envolviam o foro especial. Foi, assim, dada a largada para propagar a ideia de que a impunidade está associada à prerrogativa de função e que a rapidez e eficiência da Justiça ocorre somente na primeira instância. Por todos os cantos, concluía-se que o foro por

**AP 937 QO / RJ**

prerrogativa de função era o culpado de tudo e o seu fim a salvação!

Recordo o que escrevi: que tudo o que o Supremo em Números, por seu coordenador, dizia podia estar correto, mas devia ser demonstrado. E sem as opiniões pessoais baseados em 'dados adiantados' à imprensa.

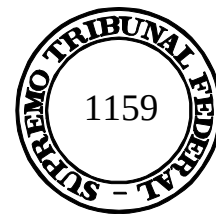
Mas vamos lá! Afinal, o que diz o relatório? Lembrando que, na época, o jornal O Globo publicou a seguinte manchete: Levantamento mostra que 68% de ações penais de quem tem foro privilegiado prescrevem. Folha de S.Paulo: Supremo não dá conta. Carta Capital lascou: A suruba do foro está com os dias contados! Manchetes bombásticas. No meu artigo analisei tudo isso. Mas agora, com o relatório, tem muito mais. E, já de pronto, exsurge o viés de confirmação. Explico: O ministro Gilmar Mendes e eu criticamos fortemente o vazamento de números da pesquisa da FGV não publicada sobre a matéria penal originária no STF. A reação do "Supremo em números" foi publicar a toque de caixa um relatório, procurando confirmar a suposta deficiência do STF.

O relatório continha erros de revisão – por exemplo, as tabelas não correspondiam ao texto. A versão que consta hoje no site não é a original. O grave, no entanto, é a forma como os números são trabalhados, com indisfarçado propósito de confirmar uma conclusão que precede a pesquisa. 'Decido depois fundamento'!

Na verdade, falta uma coisa básica à pesquisa. Parece que O Supremo em Números – ao menos nesta pesquisa – não conhece bem o Supremo. E nem o processo penal. Vamos aos dados (o espaço deste artigo não me permite discutir todos os números; aqui discuto os mais importantes, que geraram as manchetes em todos os jornais – mas posso voltar em outros textos). Assim:

1) Tempo até o trânsito em julgado

No título 1.1 da pesquisa, 'Tempo até o trânsito em julgado', afirma-se que o andamento das ações penais é cada vez mais lento – tempo entre autuação e trânsito em julgado

**AP 937 QO / RJ**

cada vez maior. Todavia, essa variável só considera as decisões que transitaram em julgado. Ou seja, se o processo segue em andamento, não entra na estatística.

Ao que se entende da descrição da metodologia, a pesquisa pegou os processos transitados em julgado em cada ano, contou o tempo da distribuição ao trânsito, e lançou-se no gráfico 1.1.2. Ainda assim, o relatório não informa o número de trânsitos em julgado por período.

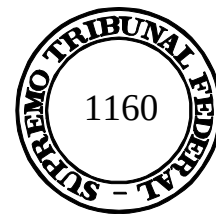
Montando ou manipulando os números dessa forma, chega-se a conclusões distorcidas. Por exemplo, quanto mais o STF se movimenta e julga processos antigos, colocando em dia seu acervo, maior é o gráfico de tempo de tramitação. Que coisa, não? Se o STF quer ser eficiente, complica-se nos números. Ou seja, os números são lidos de cabeça para baixo. Esclareço: Houve pelo menos dois gargalos superados no período contemplado pelos gráficos 1.1.2 e 1.1.3 (2002 em diante), que explicam a suposta tendência de aumento da demora das ações penais. Ei-los:

a) O tribunal tinha casos antigos em andamento, contra parlamentares federais, que ficavam suspensos, por falta de autorização da casa para o processo. A culpa não era do STF. A partir de 2001, com a EC 35/2001, esses processos passaram a ter andamento. Muitos processos antigos passaram a transitar em julgado, sem que a suspensão constitucional fosse abatida no tempo de tramitação. Claro que a pesquisa não levou isso em conta.

b) A Emenda Regimental 49/2014 transferiu a competência de julgamento de Inquéritos e Ações Penais do Pleno para as Turmas. Daí em diante, houve um aumento considerável no número de julgamentos de casos antigos, que aguardavam espaço na pauta do Pleno.

2) O Tempo de Terceiros

O Relatório faz algum esforço para apurar o tempo de terceiros – especialmente o da PGR. Mas há mais. Vou ajudar a FGV. Faltou dizer que entre a autuação do inquérito e o oferecimento da denúncia, o papel do STF é de simples

**AP 937 QO / RJ**

supervisão. A demora, nessa fase, costuma ter pouca ou nenhuma contribuição do tribunal. A Polícia conduz a investigação e o Ministério Público acusa.

Ainda assim, não foram levantados os dados relevantes: tempo da autuação do inquérito até o relatório policial e tempo da vista do relatório policial até o oferecimento da denúncia/pedido de arquivamento. Neste caso, o que o STF tem a ver?

3) Pendendo para defesa?

O item 3.1 critica o conteúdo das decisões, sugerindo que o STF é muito favorável às defesas, em inquéritos e ações penais: 'Enquanto que 40,3% das decisões são favoráveis à defesa (com a rejeição da denúncia ou arquivamento, por exemplo), somente 5,2% são de recebimento da denúncia. Isso é extremamente relevante pois influencia o universo de posteriores ações penais'. Não entendi. É ruim absolver? A pesquisa toma partido da acusação? Como assim, se, no final do relatório, consta que 'a missão institucional do Supremo não é condenar ou absolver'.

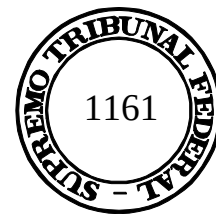
Vejamos a explicação do fenômeno 'absolvições':

3.1) Inquéritos

Tomadas as decisões definitivas em inquérito, o STF decidiria 43,34% das vezes pela defesa e só 5,56% das vezes pela acusação. Vejamos: Foram classificados como favoráveis à defesa os pedidos do próprio MP. Como os pesquisadores explicam isso? Vou ajudar a FGV: No Inquérito, o tribunal só pode decidir pela acusação se houver acusação. Muitos casos acabam em pedido de arquivamento, pelo PGR. Nada resta ao Tribunal além de atender. Falei disso no artigo anterior e parece que os pesquisadores não leram.

Outros tantos casos terminam em extinção da punibilidade, pelas mais diversas razões: homologação de transação penal, cumprimento da suspensão condicional do processo, falecimento etc. Isso não foi levado em conta na pesquisa. E fica mais um gap na pesquisa.

Apenas alguns inquéritos geram denúncia, que é

**AP 937 QO / RJ**

apreciada pelo tribunal. Onde está o furo? Simples. A estatística que importa – número de denúncias recebidas vs. número de denúncias rejeitadas – não foi feita.

Há uma ‘concessão’ a ser feita, decorrente da observação empírica: o STF é mais rigoroso que o juiz de primeira instância para receber denúncias. Isso decorre de pelo menos dois fatores, que os pesquisadores deveriam explorar e que lanço como contribuição:

(i) a apreciação da denúncia no STF é colegiada e fundamentada, na forma da Lei 8.038/90. Só que no primeiro grau isso é diferente: sabe-se que, de acordo com a jurisprudência, o juiz pode receber denúncias sem maiores considerações. Baita diferença, não?

(ii) o STF é a última instância, por isso pode dar a última palavra desde logo, sem aplicar ‘in dubio pro accusatione’ – o STF não tem dúvidas. A pesquisa ignora que os arts. 395 e 397 do CPP só permitem ao juiz de primeira instância barrar a ação penal por causa ‘manifesta’ ou ‘evidente’. No primeiro grau, na dúvida, a denúncia é recebida e a instrução segue. O momento reservado ao juiz para aprofundar a análise é a sentença. Com isso, se houver recurso, entrega-se a causa pronta ao Tribunal em julgamento de apelação. Já no STF, não há porque esperar, porque não há para quem recorrer. Na análise da denúncia, afere-se a viabilidade da ação de forma mais profunda.

3.2) Ações Penais

O problema da metodologia se repete nas Ações Penais. Teríamos 0,74% de condenações e 17,57% de decisões favoráveis à defesa. Problema: Em decisões favoráveis à defesa, a pesquisa junta um universo que engloba não só absolvições a pedido da acusação, mas também extinção da punibilidade ou da ação penal pelas mais diversas razões. De novo os números não podem falar por si. A estatística que importa – número de pedidos de condenação pelo PGR vs. número de condenações – não foi feita. E isso é mais um ponto que fragiliza a pesquisa.

4) Prescrição

Fala-se muito sobre a prescrição da pretensão punitiva por

AP 937 QO / RJ

culpa do STF. Esquece-se que várias razões podem levar à prescrição. O STF, assim como qualquer Juízo, tem muito pouco controle da prescrição contada até o recebimento da denúncia. Não depende dele. São terceiros que lidam com os 'autos'.

A fase de investigação pode demorar, especialmente em crimes de complexidade, como corrupção e crimes de licitações. Quando esses crimes são praticados na gestão pública, normalmente as investigações só se iniciam ao final do mandato do investigado. Até então, os fatos ficam encobertos. Vários países contam a prescrição apenas após o agente público deixar o mandato. No Brasil, não temos regra semelhante.

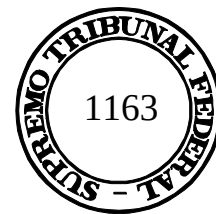
Para crimes ocorridos até 2010, ainda se aplicava a prescrição retroativa, entre o fato e o recebimento da denúncia. Ou seja, se um prefeito cometia um crime de licitações no primeiro mandato e se reelegia, era muito comum que, mesmo que viesse a ser condenado, não chegasse a cumprir pena, em razão da prescrição.

Vou ajudar de novo: Essa prescrição retroativa valia para qualquer processo, do STF à primeira instância. Apenas a Lei 12.234/10 mudou o artigo 110 do CP, acabando com essa prescrição retroativa. Ou seja, vários processos prescreviam no STF, por conta da demora da investigação, como ocorre em todas as instâncias. Então: Não houve, na pesquisa, separação da prescrição por culpa do STF ou por demora na investigação.

5) Instância Única

O STF julga casos em instância única. Ou seja, suas decisões equivalem não apenas à tramitação da ação penal em primeira instância, mas também a toda cadeia recursal. A comparação a ser feita – e que a pesquisa ignorou - deveria ser: tempo de denúncia a trânsito em julgado CPP vs. tempo denúncia a trânsito em julgado STF. Simples assim. Para não dar xabu nos números.

Há que se acrescentar que, embora o STF julgue ações penais relativas a qualquer delito de nossa legislação, dificilmente se depara com casos de prova simples, como ações que decorram da prisão em flagrante. Normalmente, a corte

**AP 937 QO / RJ**

julga casos de considerável complexidade. Sem falar das defesas, que são competentes e especializadas.

Se a pesquisa fizesse uma análise global (levando em conta os demais tribunais e primeira instância), teria concluído que, para os parâmetros brasileiros, a jurisdição do STF não é morosa. Pelo contrário.

Para mostrar isso, vou auxiliar mais uma vez: Segundo dados do Justiça em Números do CNJ, relativos ao ano de 2016, 71% dos casos criminais não são julgados nem sequer em primeira instância em um ano de tramitação. Fala-se muito da velocidade de tramitação dos casos da 'lava jato' em Curitiba. De fato, eles vêm se desenvolvendo com celeridade notável na instância de origem. Mas, após a sentença, sobrevém a fase recursal, sem nenhuma previsão de encerramento. Só de prisão preventiva tem gente presa há mais de ano.

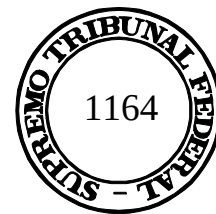
É preciso saber que a estrutura atual de enfrentamento da matéria criminal originária no STF se consolidou mesmo em 2015, após uma série de mudanças, que incluíram: a) o fim da autorização para processo de parlamentares; b) a convocação de magistrados instrutores; c) a transferência da maior parte da competência criminal para as turmas.

Como mostra o levantamento das ações penais mais recentes, as ações penais iniciadas após essa estruturação foram, em sua maioria, julgadas em cerca de dois anos. Nem na minha cidade de Agudo os processos andam tão rápido. O tempo atual de tramitação no STF é consideravelmente mais breve do que aquele das instâncias ordinárias. Vejam, pois, como nem tudo que parece, é.

6) Estudo da estrutura atual

Aqui vai mais uma colher de chá: o primeiro semestre de 2015 é a fatia com melhor potencial para representar a configuração atual do STF para julgamento das ações penais originárias. Já havia o deslocamento da matéria penal para as Turmas, determinado pela Emenda Regimental 49/2014, e a estruturação da corte, com magistrados instrutores.

De lá para cá, o período não foi de calmaria para o STF. A

**AP 937 QO / RJ**

cadeira deixada pelo ministro Joaquim Barbosa esteve vaga do final de 2014 até junho de 2015, quando foi empossado o ministro Edson Fachin. O tribunal enfrentou ações relativas ao momento político turbulento que o país viveu (e vive). Sem contar que, no final de 2017, mais uma cadeira restou vaga. São elementos objetivos que devem ser levados em conta.

E, atenção: ainda assim, a amostra de 2015 para cá é representativa. Processos autuados no primeiro semestre de 2015 já contam com algo entre 1 ano e 9 meses a 2 anos e 3 meses de tramitação. As ações penais distribuídas ao STF no 1º Semestre de 2015 estão, em sua maioria, julgadas, ou em vias de ser. Foram autuadas 42 ações penais nesse intervalo de tempo (são 46 números de atuação, números 903 a 948, mas tiveram atuação cancelada os números 909, 910, 934 e 948). Dezoito dessas ações penais foram julgadas. Duas foram suspensas, para negociação da suspensão condicional do processo, o que representa a tramitação regular para o tipo de crime envolvido. Das 22 ações ainda não julgadas, temos os seguintes andamentos atuais:

Análise-resposta: 1 (AP 927); Instrução: 7 (ações 914, 915, 930, 936, 938, 944, 945); Fase diligências: 2 (911, 923); Alegações finais: 2 (924, 940); Conclusas ao relator para voto: 4 (928, 935, 941, 939); Conclusas ao Revisor: 3 (921, 931, 943); Pautadas: 3 (907, 937, 942). Veja-se que apenas 8 das ações penais ainda dependem de instrução. As demais se encaminham para julgamento. Isso em um período de cerca de dois anos. Viram como é que é? Isso não conta a favor do STF? Isso não deveria aparecer na pesquisa? Esses dados estão no STF, disponíveis para pesquisa.

Permito-me dizer: Bingo. Há vários modos de contar as coisas. Uma ilha pode ser um pedaço de terra cercado por água ou um pedaço de terra que luta bravamente contra o assédio das águas. Ou, como o caso — que aqui já contei — da entrevista do presidente Lincoln de um pretendente a emprego, cujo pai havia sido morto enforcado por ser ladrão de cavalos. Claro que o candidato ao emprego não poderia contar sua

AP 937 QO / RJ

origem nesses termos. E escreveu: meu pai estava em uma cerimônia pública e a plataforma cedeu.

Finalmente, leio que o jornal O Globo abriu novo espaço para que os responsáveis pela pesquisa voltassem à carga insistindo em suas suposições e ‘turbinando-as’ com os números apresentados, os quais, como demonstrei acima, não se prestam para tanto. A principal suposição, a qual serve de subtítulo ao artigo dos pesquisadores (O atual sistema provoca paralisia do Supremo Tribunal Federal e pode ser conivente para dezenas de congressistas investigados na ‘lava jato’), é que o foro privilegiado provoca paralisia do STF e ‘poder ser’ conivente com os congressistas investigados na ‘lava jato’. Vejam os leitores que, quando os pesquisadores da FGV falam em paralisia referem-se aos prazos. Mas a ‘paralisia’ existe apenas nestes expedientes que envolvem o foro especial? Acima demonstrei que não. Aliás, depois de 2015, ao contrário.

E como assim, ‘pode ser’ conivente? A grande questão aqui é: seria diferente no primeiro grau? A Justiça seria, de fato, ‘eficaz e rápida na responsabilização de autoridades públicas quando cometem qualquer tipo de crime’? A pesquisa é expressa em afirmar que essa comparação sequer foi feita, mas nas manifestações de seus pesquisadores ela é pressuposta como certa! Ou seja, embora não tenham examinado esse detalhe, eles apostam que no primeiro grau tudo será/seria diferente. Mas não é! Talvez seja pior! Isso sem falar no segundo grau e no STJ. A propósito: A ação penal envolvendo a Boate Kiss é de janeiro de 2013... O caso Bruno é de 2010.

Há que se cuidar para que os números não se transformem em uma coisa que aqui no RS se chama de “tosa de porco”: muito grito e pouca lã. Ou se proceda lançando mão daquilo que no meu novo livro *Hermenêutica e Jurisdição* chamei de ‘Fator Target’ (efeito alvo): atiramos a flecha e depois pintamos sobre ela o alvo. Resultado: nunca erramos.

Pesquisas são importantes. Despiciendo falar da importância delas e da FGV. Também é óbvio que temos de repensar o foro. Deixei isso claro no artigo de 17F. Mas o foro

AP 937 QO / RJ

existe não por culpa do STF. Devemos parar de querer alterar a CF toda hora em que existir uma tensão. Já demonstrei que os números não “batem”. E, como também demonstrei, a coisa não é como foi pintada pela FGV. Números podem distorcer a realidade. Por isso, no mínimo os dados devem ser trazidos de forma imparcial. Para dar ao leitor a oportunidade de tirar as suas próprias conclusões. Não parece ter sido o caso desta pesquisa Supremo em Números. Temo que outras pesquisas anteriores possam conter o mesmo vício. Esperamos que não.

Na mitologia, hermenêutica vem de Hermes, que ficou famoso porque transmitia aos mortais a palavra dos deuses. Só que nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse que os deuses disseram. Por isso, o cuidado que temos que ter para com o que Hermes nos diz. *Mutatis, mutandis*: os números não falam por si. Eles sempre dizem algo. Mas não dizem qualquer coisa...!”

Como bem nota o articulista, a jurisdição prestada pelo STF não é pior do que aquela pelas instâncias ordinárias. Convém fazer um paralelo entre a ação penal originária e outra causa penal de competência originária do STF, a extradição. A extradição é um procedimento que não é afeta à competência de nenhuma outra Suprema Corte no mundo. No Brasil, a principal explicação para manter a competência do STF para seu processo e julgamento é a celeridade. O julgamento em instância única, não sujeito a recursos, tem garantido que o Brasil seja bem visto pela comunidade internacional, como um país disposto e apto a prestar assistência judiciária internacional. O recente fiasco ao qual o país se submeteu não decorreu da inoperância do STF, mas da escolha da Presidência da República de conferir abrigo, sem embasamento no ordenamento jurídico interno, a um terrorista condenado.

A velocidade de julgamentos do STF costuma ser criticada, com base em comparações com Varas judiciárias que estão muito longe de ser a norma. É o caso da 13ª Vara Federal de Curitiba, a qual, além da especialização de matéria, recebe da Corregedoria do Tribunal Regional

**AP 937 QO / RJ**

Federal da Quarta Região o apoio necessário ao desenvolvimento dos trabalhos, com suspensão da distribuição de outros feitos, quando necessário. Também a força policial e o Ministério Público atuam nos feitos afetos àquele Juízo com prioridade.

Para fazer um comparativo entre a efetividade das instâncias, podemos recorrer ao exemplo do Mensalão. Na Ação Penal 470, esta Corte julgou e condenou vários acusados. Vários deles já cumpriram suas penas. Desdobramentos da investigação original e demandas semelhantes coetâneas, enviadas a instâncias ordinárias, até hoje pendem na justiça.

Notório é o caso do Mensalão Tucano, originalmente denunciado perante esta Corte. A denúncia, oferecida em 2007, foi recebida, tendo sido instaurada a Ação Penal 536. Houve declinação da competência para a primeira instância, com o processo instruído, em 2014. Apenas na semana passada, a causa teve embargos infringentes julgados no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ainda cabem embargos de declaração e recursos extraordinário e especial.

O Mensalão do Dem, investigado em 2009, até o momento, não gerou notícia de solução de ações penais.

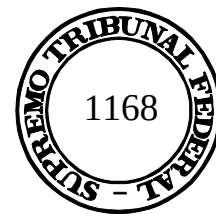
Não temos sequer estatísticas confiáveis da atuação da justiça criminal no Brasil. Os poucos dados existentes não são reconfortantes. A primeira instância do Poder Judiciário é notória por sua disfuncionalidade.

Como todos sabem, o Brasil tem níveis alarmantes de violência. Vivemos no país com o maior número de homicídios no mundo: 29 homicídios para cada 100 mil habitantes. Mais de 10% dos homicídios do mundo ocorrem aqui. Menos de 10% deles são desvendados e punidos.

A quantidade de inquéritos arquivados sem identificação de autoria é monstruosa. Isso sem falar em condenações injustas, baseadas em provas colhidas sem maior cuidado.

Em grande parte, as mesmas mazelas se reproduzem na jurisdição penal originária dos Tribunais.

O Justiça em Números, do CNJ, em sua última edição, fez algumas tentativas de avaliar o tempo de tramitação de processos de

**AP 937 QO / RJ**

conhecimento. Não houve separação entre demandas cíveis e criminais, mas se chegou a números como 3 anos e 2 meses de pendência em primeira instância e 1 ano e 10 meses em Tribunais de Justiça. Ou seja, algo em torno de 5 anos de tempo médio de tramitação, só nas duas primeiras instâncias. No Superior Tribunal de Justiça, o tempo seria de mais 1 ano e meio. Uma causa criminal, com recurso especial manejado, demoraria algo como 6 anos e 6 meses. Isso sem contar com o possível recurso extraordinário.

O Relatório Especial de Jurisdição Choque de Justiça 2017 do CNJ informa que cerca de 40% (quarenta por cento) dos presos são provisórios. Dentre os presos provisórios, 76% (setenta e seis por cento) não foram sequer sentenciados.

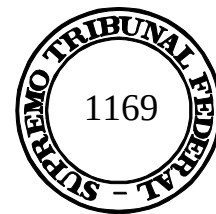
De acordo com dados do processômetro do CNJ, relativos à Meta de Persecução Penal de Ações Penais em Tramitação de 2015, 70,9% (setenta vírgula nove por cento) das ações penais por crimes dolosos contra a vida pendentes em 1º de agosto de 2013 seguem em tramitação. Ou seja, em quase cinco anos, nem 30% (trinta por cento) das ações penais foram resolvidas. O número desce para 79,7% (setenta e nove vírgula sete por cento), se consideradas as ações pendentes na virada de 2014 para 2015, e para 84% (oitenta e quatro por cento), se adotado como marco 1º.11.2016.

As últimas correições realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça revelam casos aterradoros.

A 1ª Vara Criminal de Petrolina/PE tem ações penais aguardando marcação de audiência de instrução desde 2009. Nos últimos seis meses, foram julgados 789 processos. Dessas sentenças, 692 pronunciaram a prescrição.

A Vara Criminal e Juizado da Infância e Juventude de Ouro Preto/MG tem um acervo de 7.591 processos. Destes, 440 estão parados há mais de 100 dias. Nos últimos seis meses, a Vara recebeu 1.856 processos e julgou 675. Das sentenças, 229 foram extinções da punibilidade por prescrição.

A 1ª Vara da Comarca de Tabatinga recebeu, nos últimos seis meses, 309 feitos criminais. Apenas 33 foram julgados, sendo que, destes, 12

**AP 937 QO / RJ**

receberam sentenças de extinção da punibilidade por prescrição ou cumprimento de pena. 185 processos estão paralisados há mais de 100 dias.

A 2ª Vara de Tabatinga tem um acervo de 2.647 processos. 1.130 estão conclusos. Nos últimos seis meses, foram distribuídos 350 feitos criminais. Apenas 128 processos foram julgados – destas sentenças, só 42 foram de mérito.

Em grande parte, a disfuncionalidade da justiça criminal decorre de privilégios concedidos aos seus atores.

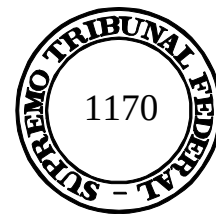
É impossível administrar um sistema criminal em que juízes e promotores contam com 60 dias de férias ao ano, mais recesso e feriados diversos.

Membros do Ministério Público ainda são a única casta que mantém a licença-prêmio por tempo de serviço. A cada cinco anos trabalhados, o membro ganha direito a três de licença, conversíveis em pecúnia, em caso de aposentadoria (art. 222, III, § 3º, da Lei Orgânica do Ministério Público da União). Até mesmo o nome do privilégio é jocoso. Como se o subsídio, as férias e os feriados não fossem prêmio o suficiente, os membros do Ministério Público ainda gozam de dias extras, conversíveis em pecúnia. A condição é que o membro não sofra a sanção de suspensão.

Há também os feriados específicos do Poder Judiciário. No âmbito do Poder Judiciário da União, são onze dias de recesso de final de ano, quarta e quinta-feira da Semana Santa, segunda-feira de Carnaval, 11 de agosto, 1º e 2 de novembro e 8 dezembro (art. 62 da Lei 5.010/66). Descontando que alguns dias caem em finais de semana e a sobreposição de feriados, temos por volta de 15 feriados anuais além do calendário normal.

Um ano tem 365 dias no total. Juízes folgam, além do calendário dos trabalhadores em geral, cerca de 22 dias em férias e 15 em feriados. Para os membros do Ministério Público, podemos adicionar à conta 13 dias de licença-prêmio.

Em teoria, todas essas ausências são supridas por outros membros da carreira, os quais são remunerados para tanto. As diversas leis de

**AP 937 QO / RJ**

regência das carreiras jurídicas preveem adicionais para aqueles que substituem os ausentes. Para a magistratura federal e membros do Ministério Público da União, a gratificação chega a 1/3 do subsídio (Leis 13.093/14, art. 4º, e 13.024/14, art. 3º).

A despeito do gasto extra, nos dias não trabalhados, audiências e sessões do Tribunal do Júri não são marcadas, processos não são despachados, sentenças não são prolatadas.

Não há como administrar um sistema de justiça com tantas ausências.

Não é exagero afirmar que teríamos um aumento de mais de 10% da nossa força de trabalho judicial, apenas adequando e igualando o calendário de juízes e promotores ao dos demais trabalhadores.

Tenho que todas essas vantagens – licença-prêmio, segundo período de férias, feriados – são flagrantemente inconstitucionais, seja por representarem contagem de tempo de serviço ficto (art. 40, § 11, da CF), seja por violarem os princípios regentes da administração pública (art. 37 da CF).

Por tudo, quero ressaltar que o STF, a despeito de todas as dificuldades, vem enfrentando os feitos criminais de sua competência originária, sem pender para nenhuma das partes, ou servir de porta para a impunidade. Os feitos aqui chegam e são julgados, em tempo que, para os padrões da justiça brasileira, não foge aos limites do razoável.

Reitero que a crença em uma melhor justiça em decorrência da reinterpretação das regras de foro por prerrogativa de função não está baseada em qualquer dado empírico. Pelo contrário. Os indicativos existentes são de que, infelizmente, ainda precisaremos aperfeiçoar muito nossa justiça criminal para que ela chegue ao nível do ruim. Há serventias judiciais de primeira instância que são um modelo de organização e eficiência, mas que infelizmente não correspondem à generalidade das congêneres.

A promessa de incremento na aplicação da lei via restrição da prerrogativa de foro me faz recordar a frase de Roberto Campos: "*Não é*

**AP 937 QO / RJ**

proibido iludir o povo. É apenas cruel".

Acrescento que as regras sobre a prerrogativa de foro representam o equilíbrio de forças que o constituinte entendeu possível. Se não são as mais desejáveis, são as possíveis, diante das mazelas de nosso sistema.

Esse precário balanço é rompido quando forças políticas ganham interesse direto em ações judiciais. Da nova e restritiva interpretação da prerrogativa de foro resultará uma aproximação entre a política estadual e municipal e os tribunais de justiça.

As ações de improbidade administrativa são laboratório de experiências dessa realidade. Os resultados são desanimadores: a perseguição da improbidade administrativa virou moeda de troca por privilégios. No início da década de 2010, a então Corregedora Nacional de Justiça Eliana Calmon chegou a ponto de afirmar que “*O Rio de Janeiro não pune ninguém. As ações de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público são arquivadas no nascedouro*”. Essa declaração veio na esteira do número irrisório de atenção às metas do Conselho Nacional de Justiça sobre o julgamento de ações de improbidade administrativa e de crimes contra a administração pública.

Também a Lei da Ficha Limpa vem aumentando a pressão sobre os órgãos locais, tendo em vista a intersecção da política com o papel punitivo da jurisdição. A pressão de órgãos políticos ocorre tanto para protelar o julgamento de ações que podem levar à inelegibilidade, como para assegurar o julgamento de adversários, em tempo hábil para excluí-los do pleito.

Se estamos nesse pé com as ações já existentes, o prognóstico do incremento da competência dos Tribunais de Justiça para fiscalizar a política local é sombrio.

Não é a primeira vez que alerto para os perigos do voluntarismo desta Corte. Relembro três ensejos: as ações de inconstitucionalidade dos precatórios e do financiamento empresarial de campanha e a homologação da delação premiada dos irmãos Batista.



AP 937 QO / RJ

O julgamento da inconstitucionalidade do sistema de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional 62, de 2009, foi, com certeza, um dos casos mais desastrosos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, como aponte durante as discussões travadas nas ADIs 4357 e 4425, era evidente que a emenda em questão estabeleceria de certo modo um plano para a efetiva quitação das dívidas públicas que vinha, dentro do possível, sendo observado.

O Supremo Tribunal Federal declarou parcialmente inconstitucionais diversos dispositivos da Emenda Constitucional 62/2009, entre os quais a dilação do prazo de parcelamento para quitação dos débitos, em até 15 anos.

O desfecho do caso deixou evidente a necessidade de se considerar alguma técnica de decisão capaz de evitar o agravamento do estado de inconstitucionalidade que fundamentou a decisão da Corte. **Sim, porque, se de um lado afirmava-se que a concessão da moratória prevista na emenda constitucional estaria a prejudicar o direito dos credores, em razão de mais uma dilação no prazo de pagamento, de outro, estava fora de questão que, entre 2010 e 2013, a sistemática declarada inconstitucional nessas ações diretas de inconstitucionalidade esteve em vigor e chegou a ser aplicada de forma exitosa por diversas unidades federativas.**

Nas discussões, durante o julgamento, informações apresentadas estavam a indicar que o modelo instituído pela EC 62/2009, apesar dos alegados vícios de inconstitucionalidade, acabou, na verdade, contribuindo para a efetiva redução do estoque dos precatórios em vários Estados, em contraste com a situação anterior.

No caso da Emenda Constitucional 62/2009, foi deduzido pedido de modulação de efeitos por um dos requerentes que postulavam sua inconstitucionalidade, a Ordem dos Advogados do Brasil. Diante da suspensão de pagamento dos precatórios por parte de vários Tribunais de Justiça do País, determinada após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425, a entidade requereu ao

**AP 937 QO / RJ**

relator *“a continuidade dos pagamentos até que o e. Plenário module os efeitos da v. decisão, com a consequente expedição de ofícios a todos os Tribunais de Justiça”*. Em outras palavras, postulou que mantivesse temporariamente o regime de pagamento até então vigente e, por conseguinte, a aplicação das disposições declaradas inconstitucionais pelo Plenário da Corte.

O pedido foi deferido monocraticamente pelo relator, Min. Luiz Fux, em 11 de abril de 2013. Ao ser referendada a cautelar por este Plenário, o relator votou no sentido da modulação de efeitos ressaltando a importância de sua adoção no caso, uma vez que, a despeito dos vícios reconhecidos pela Corte, a norma impugnada fora aplicada durante quase quatro anos, ao longo dos exercícios financeiros de 2010 a 2013. Haveria, assim, situações concretas e, de certo modo, consolidadas no tempo, que à Corte não seria dado ignorar, inclusive em termos de programação financeiro-orçamentária dos entes federados.

A complexidade dos debates estava a indicar a gravidade do tema e a encruzilhada com que se deparou este Supremo Tribunal Federal ao modular os efeitos do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425.

De fato, considerando que a EC 62/2009 estabeleceu regime especial pelo prazo de até 15 anos para que as fazendas estaduais, municipais e do Distrito Federal quitem seus débitos – prazo em boa parte já transcorrido até o julgamento –, decerto a postergação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade acabaria por confirmar que, afinal de contas, o modelo instituído pela emenda revelou-se sim uma solução legislativa eficiente para o enfrentamento da difícil questão dos precatórios judiciais.

Foi somente em março de 2015 que o Plenário do STF concluiu o julgamento da modulação de efeitos nas ADIs 4.357 e 4.425, atribuindo sobrevida ao regime especial de precatórios previsto pela EC 62/09 por mais cinco exercícios financeiros, a contar de 1º de janeiro de 2016. Nesse período, mantiveram-se inclusive as regras de vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios e a previsão de sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios, ambos previstos no art. 97, §10,

**AP 937 QO / RJ**

do ADCT.

Além disso, continuaram válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na EC 62/09, desde que realizados até 25.3.2015, bem como a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado.

Posteriormente, em 9 de dezembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os embargos de declaração opostos, considerou com seriedade a hipótese de rever, ao menos em parte, a própria decisão, quando se observassem impactos imprevistos e indesejáveis, provenientes da decisão embargada. Nessa ocasião, o STF reconheceu, seguindo a linha do que foi afirmado pelo Min. Celso de Mello, que *“a superveniência de circunstâncias de fato relevantes autoriza a Corte a reapreciar a pretensão que foi deduzida nesses embargos de declaração”*.

Em 15 de dezembro de 2016, foi promulgada a Emenda Constitucional 94, que mais uma vez alterou o regime de pagamento de débitos públicos decorrentes de condenações judiciais e instituiu um novo regime especial para o pagamento de precatórios em atraso. As alterações realizadas pelo constituinte derivado consideraram os fundamentos invocados pelo STF na declaração de inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional 62/2009.

Quando esta Corte proibiu o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, ocasião em que ficamos vencidos eu e os eminentes Ministros Teori Zavascki e Celso de Mello, abriu-se um cenário nefasto de burla à regra das doações de campanhas feitas exclusivamente por pessoas físicas.

Vejam-se dados da Justiça Eleitoral relativamente às eleições de 2016, em que se identificaram:

- 45.278 doações de pessoas inscritas no programa Bolsa Família, totalizando um montante de R\$ 117.175.883,11;
- 23.269 casos em que as rendas dos doadores mostraram-se

**AP 937 QO / RJ**

incompatíveis com os valores doados, totalizando um montante de R\$ 311.977.068,50;

- 89.723 doações feitas por pessoas desempregadas, totalizando R\$139.579.152,41; e
- 290 doações de pessoas já falecidas, totalizando R\$448.427,63.

Na prática, o dinheiro continuou sendo injetado e iniciou-se uma “caça aos CPFs”, uma verdadeira “lavagem” das doações. Tudo isso em virtude de um avanço ativista do STF, somado a um sistema de financiamento incompatível com os custos da nossa democracia.

Outro aspecto eleitoral decorrente da nossa decisão foi o “troca-troca” de partidos em busca de maior acesso aos fundos partidário e eleitoral: mais de 10% do Congresso Nacional trocou de legenda, em um claro comércio por recursos públicos para as campanhas e por mais tempo de televisão.

Foi assim na delação dos executivos da JBS. Manifestei-me quanto à ilegalidade aritmética da concessão de perdão ao chefe da organização criminosa, que sequer era o primeiro a delatar, tendo em vista o disposto no art. 4º, § 4º, da Lei 12.850/13. Alertei quanto à impossibilidade de conferir eficácia preclusiva absoluta à homologação do acordo de colaboração e quanto à primazia da função jurisdicional na aplicação da sanção premial, na forma do art. 4º, § 11, da Lei 12.850/13 (Pet 7.074, Rel. Min. Edson Fachin, julgada em 29.6.2017; Inq-QO 4.483, Rel. Min. Edson Fachin, julgada 21.9.2017). Meses depois, a própria Procuradoria-Geral da República buscou rever os acordos firmados.

Este caso também não tende a bom final.

Acrescento que a nova interpretação não está suficientemente acabada e pode adicionar litigância aos feitos em andamento. Como entender o que vem a ser *“crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo”*? Seriam enquadrados em crimes praticados antes do exercício da função, buscando a ascensão ao

AP 937 QO / RJ

cargo, como os delitos eleitorais? Ou a corrupção, anterior à função, mas em razão dela? Apenas delitos praticados por funcionário público contra a administração pública estariam enquadrados, ou qualquer delito ligado à função? O assassinato de um inimigo político seria enquadrado? O tráfico de drogas usando o gabinete funcional? Uma investigação de lavagem de dinheiro, iniciada pela constatação de movimentação de patrimônio incompatível com a renda pelo agente público, seria conduzida em qual instância?

Como ficariam as medidas investigatórias e cautelares? Poderia um juiz de primeira instância quebrar o sigilo, sequestrar patrimônio ou impor medida cautelar pessoal a qualquer autoridade? Dado que a jurisprudência do STF tem admitido a investigação do Presidente da República, poderia qualquer dos mais de 18.000 (dezoito mil) juízes do país determinar busca e apreensão no Palácio do Planalto?

Tampouco resta claro como ficará o entendimento em relação à sucessão de cargos públicos. Como ficam os processos em caso de reeleição? E em caso de assunção de outro cargo? Se um Deputado Federal respondendo a ação penal é eleito Prefeito, o STF enviará os autos à primeira instância ou ao Tribunal de Justiça? Uma acusação por atos de Governador, posteriormente eleito Senador, é remetida a qual instância?

Por fim, não resta claro como ficará a situação dos processos em andamento. Haverá perpetuação de jurisdição, ainda que para delitos não ligados ao cargo?

Caso a Corte acolha a questão de ordem, deve manter a coerência e pronunciar a inconstitucionalidade de todas as prerrogativas processuais, inviolabilidades e imunidades em geral deferidas a ocupantes de cargos públicos, não oriundas diretamente da Constituição Federal.

No ponto, ressalto que não vislumbro nenhum sentido em limitar o debate à prerrogativa de foro decorrente de cargos eletivos. Não razão para diferenciar cargos eletivos ou decorrentes de concurso público ou outra forma de nomeação, ou mesmo cargos vitalícios e temporários. A solução deve ser uniforme para todos. Se um Ministro do Supremo se

**AP 937 QO / RJ**

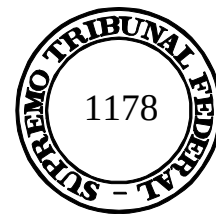
envolver em um delito de trânsito, será julgado pelo juiz de primeira instância – este último, se o Estado estrangeiro renunciar à imunidade.

Tenho que a ampliação do debate, para alcançar outras normas é adequada à competência do STF.

O Supremo Tribunal Federal – ao contrário do que se verifica nas demais instâncias, que só poderão declarar a inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa – pode emitir juízo quanto à validade de norma, ainda que esta se mostre dispensável à solução da controvérsia sob sua análise.

No julgamento do MS 20.505, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 8.11.1991, alegou-se direito líquido e certo em face de ato do Presidente da República que designou prefeito *pro tempore*. A autoridade coatora fundamentou o ato com base na descaracterização do Município de Osório/RS enquanto “Município de interesse da segurança nacional”, nos termos do Decreto-Lei 2.183/84. O Ministro Néri da Silveira votou no sentido de que, tendo em vista a ilegalidade do ato presidencial, não haveria necessidade de examinar-se sua inconstitucionalidade, por ser a questão irrelevante para a resolução do caso concreto. Na espécie, porém, o Tribunal abandonou o entendimento clássico da teoria estadunidense do controle difuso (conforme sustentava o relator), ao interpretar que, uma vez suscitada a inconstitucionalidade de “lei federal” (em sentido amplo), a questão deveria ser apreciada, em razão da tarefa institucional de guardião da Constituição. A demanda foi resolvida, portanto, no sentido de reconhecer-se o direito líquido e certo do impetrante, sob duplo fundamento: o da ilegalidade e o da inconstitucionalidade.

Nessa mesma linha, no julgamento do RE 102.553, rel. Min. Francisco Rezek, *DJ* 13.2.1987, o Tribunal assumiu a condição de titular da guarda da Constituição, para examinar a constitucionalidade de outras normas, ainda que não interessasse ao recorrente. Tratava-se da apreciação de uma resolução do Senado Federal que versava matéria de alíquota de ICMS. No caso, na terminologia adotada à época, o Tribunal conheceu do recurso extraordinário do contribuinte e negou-lhe provimento, declarando, porém, a inconstitucionalidade da resolução

**AP 937 QO / RJ**

questionada.

Outro precedente interessante foi a decisão na SE-AgR 5.206, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 30.4.2004, originária do Reino da Espanha. No caso concreto, apesar de a Corte, por unanimidade, ter homologado a referida sentença, entendeu-se que se impunha o exame, pelo Tribunal, da constitucionalidade de disposições da Lei de Arbitragem.

Mencione-se, ainda, o julgamento da Ação Originária 499, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 1º.8.2003. Tratava-se, na espécie, de mandado de segurança impetrado por Ministro do STM, que, fundado no princípio da isonomia, pleiteava a concessão do auxílio-alimentação que lhe fora negado pelo Conselho de Administração daquele Tribunal. Tendo em vista que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN (Lei Complementar 35/79) não inclui o direito ao auxílio-alimentação entre aqueles direitos e vantagens dos magistrados, enumerados, de forma exaustiva, na referida lei, o Tribunal declarou, de ofício, a inconstitucionalidade do Ato 274 do STM, que concedera aos Juízes Auditores da Justiça Militar da União o direito ao auxílio. O Tribunal, considerando que os juízes auditores foram contemplados indevidamente com o auxílio-alimentação, entendeu que não seria possível, a título de isonomia, invocar tal situação ilegítima para justificar nova ilegalidade.

Não se pode olvidar também o RE 298.695, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 24.10.2003, no julgamento do qual a Corte concluiu pela possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recuso extraordinário.

No presente caso, o STF está fixando interpretação que servirá, não apenas a este caso, mas também orientará a própria jurisprudência e a dos demais tribunais com competência penal originária. Cabível a realização de controle de normas que são aplicáveis a demandas desse jaez.

Há uma série de normas que não podem ser conciliadas com a nova proposição.

Para começar, o Tribunal precisa rever sua jurisprudência histórica



AP 937 QO / RJ

que admite a ampliação da prerrogativa de foro pelas Constituições Estaduais, mesmo para cargos sem similar contemplado na Constituição Federal (ADI-MC 541, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 25.10.1991; ADI 469, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 5.4.2001; ADI 2.587, Rel. Min. Maurício Correa, julgada em 1º.12.2004; ADI 541, Rel. Min. Carlos Velloso, na qual fui designado redator para acórdão, julgada em 10.5.2007). Considerando que praticamente todas as Constituições Estaduais estendem a prerrogativa de foro, algumas em normas já julgadas constitucionais via controle concentrado de constitucionalidade, seria o caso de adotar Súmula Vinculante, afirmando a invalidade dessas normas. Pode-se pensar em uma redação como “É inconstitucional o dispositivo de Constituição Estadual que disponha sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal”.

O STF já reconheceu a constitucionalidade da ampliação da prerrogativa de foro por lei, no caso do *status* de Ministro de Estado (ADIs 3.289 e 3.290, de minha relatoria, julgadas em 5.5.2005). Atualmente, os incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17 definem como Ministros de Estado pessoas que não são titulares dos Ministérios. Adotado o entendimento proposto, essas disposições são inconstitucionais.

Por fim, há privilégios processuais que são específicos das carreiras jurídicas e que não sobrevivem à onda da igualdade formal.

A Lei Orgânica da Magistratura confere várias prerrogativas na investigação e no processo penal. Os magistrados (i) são investigados não pela polícia, mas pelo Tribunal competente para o processo (art. 33, parágrafo único, Lei Complementar 35/79); (ii) só podem ser presos em flagrante de crime inafiançável ou por ordem do Tribunal (art. 33, II); e (iii) são recolhidos a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeitos a prisão antes do julgamento final (art. 33, III).

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei Orgânica do Ministério Público da União são ainda mais generosas. A legislação prevê

AP 937 QO / RJ

que, surgindo indícios contra membro do Ministério Público, o inquérito será remetido ao Procurador-Geral do respectivo ramo ministerial, que o conduzirá (art. 41, parágrafo único, Lei Orgânica Nacional), ou designará membro para fazê-lo (art. 18, parágrafo único, da Lei Orgânica do MPU). O membro do Ministério Público não pode ser indiciado (art. 41, II, da Lei Orgânica Nacional; art. 18, II, “f”, da Lei Orgânica do MPU). A prisão em flagrante só pode ocorrer em crime inafiançável, devendo ser comunicada ao Procurador-Geral do respectivo ramo (art. 40, III, Lei Orgânica Nacional, art. 18, “f”, Lei Orgânica do MPU). A prisão preventiva pode ser decretada por ordem escrita do Tribunal competente para a ação penal. Em qualquer caso de prisão processual, o membro é recolhido em “prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior” (art. 40, V, da Lei Orgânica Nacional) ou “prisão especial ou à sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade” (art. 18, II, “e”, da Lei Orgânica Nacional).

Dessa forma, caso acolhida a questão de ordem, proponho a pronúncia da inconstitucionalidade de todas essas prerrogativas e inviolabilidades.

Por fim, embora mantenha a convicção quanto ao caráter indevido da revisão da Constituição que a Corte está realizando, alinha-me à conclusão do voto do Min. Alexandre de Moraes, como fizeram os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski. O faço considerando a maioria que se forma, como tentativa de chegar a alguma aproximação entre as posições antagônicas. Ressalto que vislumbro várias questões não respondidas pela corrente se forma como vencedora, seja quanto aos fundamentos, seja quanto às consequências da decisão que o Tribunal está tomando.

Ante o exposto:

a) acompanho em parte o Min. Roberto Barroso, fixando o momento da prolação do despacho que abre ao Ministério Público o prazo para alegações finais, com base no art. 10 da Lei 8.038/90, como marco

**AP 937 QO / RJ**

processual após o qual a extinção do cargo mantém a competência do Tribunal.

b) acompanho o Min. Alexandre de Moraes, para assentar que a prerrogativa de foro alcança todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício.

Outrossim, proponho seja dado início a procedimento para a adoção de Súmula Vinculante, assentando a inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais que disponham sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal.

Por fim, voto pela declaração incidental da inconstitucionalidade dos seguintes atos normativos:

(i) incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17, que definem como Ministros de Estado autoridades diversas dos titulares dos Ministérios;

(ii) art. 33, II e III e parágrafo único, da Lei Complementar 35/79, que definem como prerrogativa dos magistrados só ser preso em flagrante de crime inafiançável ou por ordem do Tribunal; ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final; e não ser investigado não pela polícia, mas pelo Tribunal competente para o processo;

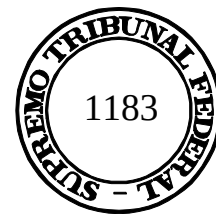
(iii) arts. 40, III, V, 41, II, parágrafo único, da Lei 8.625/93, que definem como prerrogativa dos membros do Ministério Público ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça; ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final; não ser indiciado em inquérito policial; e não ser investigado não pela polícia, mas pelo próprio Ministério Público;

(iv) arts. 18, II, “d”, “e”, “f”, parágrafo único, da Lei Complementar

**AP 937 QO / RJ**

75/93, que definem como prerrogativa dos membros do Ministério Público da União ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação àquele tribunal e ao Procurador-Geral da República, sob pena de responsabilidade; ser recolhido à prisão especial ou à sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade e à disposição do tribunal competente para o julgamento, quando sujeito a prisão antes da decisão final; e a dependência separada no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena; não ser indiciado em inquérito policial; e não ser investigado não pela polícia, mas pelo próprio Ministério Público.

É como voto.



03/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**INCIDÊNCIAS AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E, claro, nós não ignoramos. Ainda ontem eu me lembrava, aqui, Presidente, da célebre cláusula da alínea *n*. O Tribunal, ao longo dos anos, vem tentando matizar e delimitar - não, porque não se faz necessária. É uma norma, inclusive, que se revela extremamente importante, tendo em vista os possíveis abusos que podem ocorrer.

É evidente que se tem que se tentar estabelecer critérios, sob pena de o Tribunal sofrer uma invasão desses pleitos de índole corporativa, a célebre jurisprudência de caráter defensivo. E daí o esforço que se faz para que se delineiem matizes nessa temática. Foi o que foi feito aqui em relação a alínea *r*, decorrente da Emenda Constitucional nº 45, do art. 102, I.

Evidente, também, nós sabemos que é uma opção que muitas vezes envolve situações dilemáticas, porque se entrega ao juiz de primeiro grau o julgamento de atos do Conselho Nacional de Justiça. Muito provavelmente vamos ter medidas de contracautelas e embates vários nesse contexto, ou também do CNMP.

Certamente a experiência mostra que há problemas aqui extremamente sérios. De quando em vez, nós mesmos já nos animamos, na Turma, já discutimos isso, em fazer um *distinguishing*, para dizer que aquela nossa distinção comportaria uma outra, porque aqui se amarrou puramente ao elemento de impugnação. Se se trata de uma ação ordinária ou de uma ação cautelar, vai para o Primeiro Grau contra a União. Agora, se se trata de um mandado de segurança, vai ficar na competência do Supremo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ministro **Gilmar**, em meu voto, naquelas questões de ordem trazidas a julgamento a respeito da competência originária do Supremo, em relação a mandados de segurança e ações originárias contra decisões do CNJ, eu fiz uma distinção relativa à atividade-fim do CNJ, exatamente

**AP 937 QO / RJ**

para que não fosse subvertida a hierarquia que deve imperar em nosso sistema normativo.

No que concerne a questões correicionais, por exemplo, não caberia a um juiz de primeira instância afastar uma decisão correicional feita pelo Superior Tribunal de Justiça, porque seria exatamente subverter essa hierarquia.

Portanto, fiz essa distinção, e vários Colegas em **obter dictum** se manifestaram, embora, no caso concreto, eu tenha acompanhado o Relator, pois, realmente, era um caso que não envolvia a atividade-fim, e sim situações que não implicavam essa subversão de hierarquia. Então, procurei dar esse parâmetro, e vários Colegas também assim se manifestaram naquele julgamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como Vossa Excelência antecipa, é muito provável que aqui ou acolá vamos ter essa índole de conflitos: a atividade substancial do CNJ sendo controlada por juízes que estão submetidos ao controle do CNJ. E aí, claro, a própria ideia do juiz natural, imparcial e independente estará comprometida, como Vossa Excelência acaba de apontar.

Entretanto, eu estou dizendo, vamos chamar assim, foi uma escolha, chamemos assim, impropriamente, "economicista", defensiva porque a outra alternativa, diante inclusive daquilo que se tem discutido muito no Tribunal, desse poder "normativo" do CNJ e do CNMP, e também do poder de prática de atos singulares os mais diversos, teríamos aqui uma enxurrada de processos no âmbito do Tribunal.

Veja que o Tribunal sempre esteve acossado pelas várias crises. Se nós pegarmos, por exemplo, um texto, salvo engano dos anos 60, de Aliomar Baleeiro, ele falava na crise do recurso extraordinário, quando os números eram diminutos, mas já se falava numa crise do recurso extraordinário. Depois, em 88, Moreira Alves, na revista Arquivos do Ministério da Justiça, publicou um célebre artigo, dizendo que a situação agora, com a Constituição de 88, ela não tinha entrado em vigor ainda, agravaria a situação do Supremo. Em geral, todos eram incrédulos, porque diziam: "Poxa! Agora a competência do Supremo será somente

**AP 937 QO / RJ**

constitucional. A competência para interpretar o Direito federal irá para o STJ". Criou-se um tribunal com base nesse argumento. E o Supremo, que recebia dezoito mil processos em 1988, em 2000 passou a receber 100 mil processos.

E quando começamos a discutir a ideia do efeito vinculante, passamos a ter trauma preventivo da reclamação. O que se diz: "Bom, no momento em que não se cumpre, ou não se cumpre de maneira adequada a decisão, a reclamação virá, não pela via do recurso extraordinário *pari passu*, mas seletiva, gradual, mas virá".

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Só uma observação. Não foi contemporânea a eliminação da relevância da questão federal?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim.

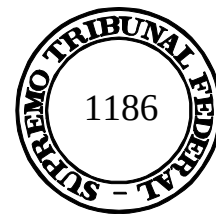
O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu acho que isso que abriu a "porteira" do Supremo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. A arguição de relevância veio até o fim do ciclo normativo de 67/69. A Constituição de 88 não deu plano, e não deu permissão, para a arguição de relevância. Por quê? Porque se dizia: "o Supremo só vai cuidar de questão constitucional, logo, não será sobreonerado". E claro, na questão da arguição de relevância - aí tem o viés autoritário, o regime, tudo mais, e o fato das sessões serem secretas -, questionou-se muito, a advocacia questionou muito. E veja, arguição de relevância só se aplicava ao Direito federal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é, porque como houve aumento, pareceu-me que foi a eliminação desse filtro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não. Até ali o Tribunal tinha algum tipo de controle. Mas, este controle do Direito federal ocorria só sobre o Direito federal ordinário, função que o Tribunal cumula desde 1891, e que foi bifurcada a partir da Constituição de 88.

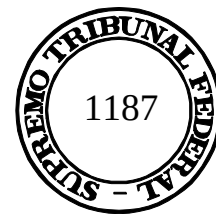
Pois, sob a Constituição de 88, ainda ela não em vigor, Moreira Alves disse: "Vai ser o caos" - num célebre artigo escrito mostrava isso. Acabou sendo um mau profeta, porque se realizou, 100 mil processos em 2.000, já em 2002/2003 160 mil processos, com os planos econômicos e tudo mais. Daí a reação da Emenda Constitucional nº 45,



AP 937 QO / RJ

que foi discutida desde a revisão constitucional, desde 93. Foram várias as tentativas para reintroduzir, agora com um outro nome, e para matéria constitucional, que não se aplicava à época.

Vejam, somos traumatizados com essa experiência. Portanto, explica-se essa interpretação que continua - como mencionou o Ministro Dias Toffoli - a merecer adminículos. Precisamos de discutir.



03/05/2018

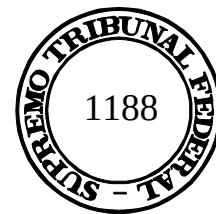
PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Aqui se nós quiséssemos discutir essa temática à larga, nós teríamos que dizer, também, por exemplo, que a imunidade parlamentar, *per se*, é inconstitucional. Existe uma *ratio* para isso. A prerrogativa de foro tem a mesma lógica, nada mais.

- "Ah! Mas é excessiva". É verdade. E foi excessivo, quando os processos sequer tramitavam.



03/05/2018

PLENÁRIO

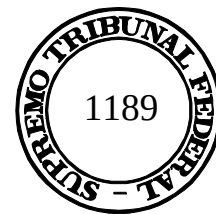
QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu, no início, já falei, Presidente, sobre o estado a que chegamos na Justiça criminal, que é totalmente ignorado. Discutimos tudo, falamos de segurança pública e esquecemos o papel da Justiça criminal nesse contexto.

É tão óbvio que, se não houver uma estratégia de articulação com setores da polícia, do Ministério Público e do Judiciário especializado, o tema da segurança pública nunca será tratado. E nós fazemos uma ablação no sistema de Justiça criminal, que é pessimamente dotado de condições.

Na Justiça estadual afora, no que diz respeito ao pagamento de vencimento, há uma perversão do sistema; até porque cada Estado deveria pagar os salários de acordo com sua força financeira, e não se fazer essa equiparação. Fez-se uma federalização do padrão salarial; tanto é que a gente vive - já falamos antes - com a pressão injusta de juízes estaduais e também de membros do MP estadual aqui, para que

**AP 937 QO / RJ**

os nossos salários sejam alterados, para que haja alteração no Congresso, e eles o ultrapassem. Mas é só! Gasta-se tudo com a remuneração de juízes. Os dados todos do CNJ, Presidente, indicam que 90% do orçamento do Judiciário se consome com salários e, se formos detalhar, de juízes só. Uma boa parte do Judiciário estadual não tem sequer quadro de servidores, vivem de servidores emprestados. Essa é, infelizmente, a realidade. Voltando àquela imagem, é-se macrocéfalo com perna de pau.



03/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por isso, Presidente, parece-me que este debate será extremamente proveitoso, porque vai nos permitir, aos órgãos competentes, CNMP, CNJ, fazer uma revisita dessa temática aos integrantes da Terceira Turma, à mídia em geral, porque vão aprender alguma coisa, que a solução não está na prerrogativa de foro, pelo contrário, tem que se fazer um grande esforço de reinventar a Justiça estadual para começo de conversa.

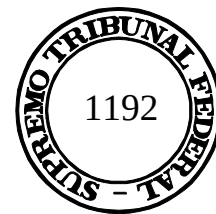
Não seria absurdo pensar-se, para as unidades federadas mais débeis, Presidente, em se ter um fundo de aparelhamento de âmbito federal; não para pagar salários - já disse -, mas para dar a operacionalização, a modernização adequada, porque, do contrário, nós vamos ter: em algum local onde tem juiz, não há escrivão, não há força de trabalho necessária, de novo um macrocéfalo com pernas de pau.

E, veja, como todos sabem, o Brasil é um dos países que mais gasta com o aparato judicial; para ter esta Justiça que está aí,



AP 937 QO / RJ

mais de 3% do PIB. Portanto, gasta-se mais do que a Alemanha para ter uma Justiça de Bangladesh.



03/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**INCIDÊNCIAS AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Em parte, Presidente, a disfuncionalidade da Justiça criminal decorre da falta de condições, de estrutura, aquilo a que me referi, e talvez modelos de gestão adotados.

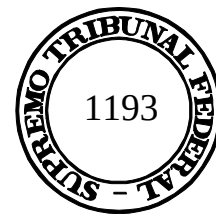
Privilegia-se toda essa disputa de salários de juiz, remuneração de juízes, e não se cuida da estrutura básica, porque 90%, ou mais, de despesas em cada Judiciário são com salário, com pessoal.

Agora, pasmem! Eu já falei isso no início: a disfuncionalidade, também, decorre de privilégios concedidos a seus atores. É impossível, Presidente, e eu vivi essa realidade na AGU. Um dos pleitos que lá existia - Vossa Excelência deve ter convivido com isto também na Procuradoria de Minas Gerais - era: Por que não férias de 60 dias?

Ninguém administra uma instituição, quem já teve a experiência de administrar um boteco sabe que é impossível fazê-lo com esse tipo de modelo.

Os escafandristas, os garimpeiros, os seringueiros, os mineiros - não os de Minas Gerais, aqueles que trabalham em minas -, todos têm férias de 30 dias. Porém os juízes, de 60 dias. Nós sabemos, estou falando isso com a maior tranquilidade, porque nós não fazemos férias de 60 dias, todos sabem nos gabinetes. Essa é a realidade. E aí já nem estou falando em venda de férias e todos os penduricalhos que se inventam entorno disso, estou falando só das férias. Só a supressão das férias, Presidente, daria ao Ministério Público e ao Judiciário 10% da sua força de trabalho e pouparia recursos com essa fictícia substituição.

Hoje, aquilo que se aprovou em uma Lei Federal, as substituições, já se inventam, nos Tribunais também já há substituição e se paga a gratificação de 30%, Presidente. É como se nós estivéssemos na Turma e viéssemos para o Plenário, do Plenário para a Turma, e recebêssemos mais 30%. Isso já se passou. Veja, queimam-se recursos que deveriam ser destinados ao funcionamento do sistema, 90% com salários de juízes. Agora as férias.

**AP 937 QO / RJ**

Membros do Ministério Público ainda são mais privilegiados. A única casta que mantém a licença-prêmio por tempo de serviço. A única! Ninguém mais. Nem é preciso dizer, Presidente, é flagrantemente inconstitucional isso. Tanto é que muitos dos pleitos - eu já falei isto aqui -, quando vem pedido de equiparação que se tem aqui, deveríamos era refutar a equiparação e declarar a inconstitucionalidade do paradigma.

É isso que temos que fazer. É dizer: O que é exótico é ainda estar com esse padrão aí. E declarar inconstitucional. Não dar a extensão, mas suprimir a vantagem.

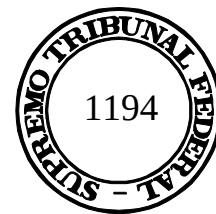
Vejam, aqui nós temos mais 6 meses. A cada 5 anos trabalhados, o membro ganha direito a 3 meses de licença, convertidos em pecúnia em caso de aposentadoria - a Lei Orgânica do Ministério Público. Até mesmo o nome é jocoso, Presidente. Como se o subsídio, as férias e os feriados não fossem prêmios suficientes, os membros do Ministério Público ainda gozam de dias extras convertidos em pecúnia. A condição é que o membro não sofra a sanção de suspensão.

Há também os feriados específicos. Nós já discutimos isso. Inclusive, na Justiça Eleitoral, chegamos a discutir, Ministro Celso, se não era o caso realmente de suprimi-los.

No âmbito do Poder Judiciário da União, são onze dias de recesso de final de ano, quarta e quinta-feira da Semana Santa, segunda-feira de Carnaval, 11 de agosto, 1º e 2 de novembro e 8 de dezembro (art. 62 da Lei 5.010/66). Descontando que alguns dias caem em finais de semana e a sobreposição de feriados, temos por volta de 15 feriados anuais além do calendário normal.

Um ano tem 365 dias no total. Juízes folgam, além do calendário dos trabalhadores em geral, cerca de 22 dias em férias e 15 em feriados. Para os membros do Ministério Público, podemos adicionar à conta 13 dias de licença-prêmio.

Em teoria, todas essas ausências são supridas por outros membros da carreira, os quais são remunerados para tanto. As diversas leis de regência das carreiras jurídicas preveem adicionais para aqueles que substituem os ausentes. Para a magistratura federal e membros do

**AP 937 QO / RJ**

Ministério Público da União, a gratificação chega a 1/3 do subsídio (Leis nº 13.093/14, art. 4º, e 13.024/14, art. 3º).

A despeito do gasto extra, nos dias não trabalhados, audiências e sessões do Tribunal do Júri não são marcadas, processos não são despachados, sentenças não são prolatadas.

Não há como administrar um sistema de justiça com tantas ausências.

Não é exagero afirmar que teríamos um aumento de mais de 10% da nossa força de trabalho judicial, apenas adequando e igualando o calendário de juízes e promotores ao dos demais trabalhadores.

Tudo isso passa ao largo da análise sobre o problema do foro. "Ah, o problema do Brasil, da Justiça criminal brasileira é o foro". Quanto engodo! Quanta enganação! Quanta mistificação, Presidente! Veja, só com isso, 10%!

Tenho que todas essas vantagens – licença-prêmio, segundo período de férias, feriados – são flagrantemente inconstitucionais, seja por representarem contagem de tempo de serviço ficto (art. 40, § 11, da CF), seja por violarem os princípios regentes da administração pública (art. 37 da CF).

São únicos, só para essas categorias. Qual é a justificativa?

Por tudo, quero ressaltar que o STF, a despeito de todas as dificuldades, vem enfrentando os feitos criminais de sua competência originária, sem pender para nenhuma das partes, ou servir de porta para a impunidade. Os feitos aqui chegam e são julgados, em tempo que, para os padrões da Justiça brasileira, não foge aos limites do razoável.

Aqui, já falamos sobre algumas dessas questões. Há a tramitação de inquéritos que se alonga indevidamente. Mas por culpa do Supremo ou do próprio sistema de investigação?

Ainda ontem, lembrava que é muito mais fácil abrir um inquérito do que encerrá-lo. E é muito fácil ter coragem de abrir um inquérito. Às vezes, abre-se até de forma desviada.

O Ministro Fux, inclusive, passou a adotar uma prática que é adotada, hoje, por alguns dos integrantes da Segunda Turma, a de ouvir o

**AP 937 QO / RJ**

possível investigado antes, embora se trate de um procedimento inquisitivo ou inquisitorial. Por quê? Para evitar os notórios abusos e desvios.

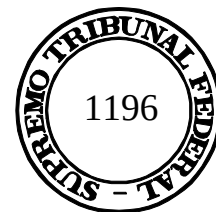
O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Um exemplo interessante, Ministro Gilmar, para ilustrar essa metodologia adotada. No caso, tratava-se de um e-mail que fora extraído de um equipamento no qual uma pessoa afirmava que, por ordem de outra, oferecera uma quantia a um terceiro. Esse terceiro, que nunca fora ouvido, era exatamente o imputado. Apenas para dar concretude àquela investigação que se realizava.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E há a necessidade de que muitas vezes isso seja esclarecido. Até porque se diz correntemente que o inquérito, em si mesmo, não traz dano qualquer à pessoa. Não é verdade, nós sabemos bem disso. Especialmente para as - qualquer pessoa - personalidades públicas, isso traz um desgaste enorme.

Eu ainda lembrava ontem do caso, agora já célebre, do inquérito que, indevidamente, se abriu contra os Colegas do STJ, Ministro Falcão e Ministro Navarro, para investigar algo que era vazio já de início. E aí se pediam fitas, gravações, para saber se eles visitaram um ou outro senador ou deputado, ou estiveram em uma outra casa.

Eu tenho dito que a gente tem que rezar sempre para que Deus não nos permita perder o senso de justiça, mas, se as nossas rezas não ajudarem, pelo menos que rezemos para que a gente não perca o senso do ridículo. Aqui se perdeu o senso do ridículo e se impôs a esses magistrados uma pena que teve consequências gravíssimas no aparato de Justiça como um todo! O Presidente do Tribunal e o Ministro Benjamin, não o nosso Benjamin, um Ministro mais jovem, passam por um processo de inquisição, de investigação, que todos, ao final, sabem qual é o resultado. Não é viável! Sabe-se que, de fato, a prova não existia. Se se fosse investigar Ministros porque visitaram políticos no período de indicação, poucos sobreviveriam.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite? A acusação era gravíssima em se

**AP 937 QO / RJ**

tratando de magistrados, era obstrução de Justiça, e ficaram durante muito tempo com esta espada de Dâmoques pendendo sobre suas cabeças. O Presidente de uma das mais altas Cortes do País e um outro magistrado, com uma carreira irrepreensível até o momento. O Ministro Fux aduz que a esposa de um dos magistrados ficou gravemente doente em consequência dessa acusação que acabou resultando em nada.

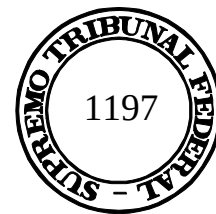
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - As consequências pessoais e institucionais desse tipo de prática de abuso são, Presidente, gravíssimas! O medo que se instala nas pessoas, veja, por uma investigação gratuita. Imaginem como vai se sentir um juiz criminal no STJ depois disso. E indeferiram um pedido do Ministério Público!

Veja que precisamos analisar isso com muito rigor! E, de fato, falta ao País uma lei de abuso de autoridade adequada aos tempos. Diz-se que conversar sobre lei de abuso de autoridade é obstrução de Justiça. Que coisa chocante! Veja que se quer um tipo de poder absoluto! Ainda ontem Vossa Excelência lia parte do editorial do Estado de S. Paulo de terça-feira a propósito do escândalo dos escândalos, dos abusos nas investigações.

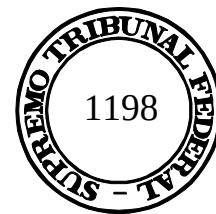
Reitero, Presidente, que a crença em uma melhor Justiça em decorrência da reinterpretação de regras do foro por prerrogativa de função não está baseada em qualquer dado empírico - aquele documento da FGV é imprestável, para dizer o mínimo. Pelo contrário, os indicativos existentes são de que, infelizmente, ainda precisaremos aperfeiçoar nossa Justiça criminal.

Nós temos que fazer muito, Presidente, para que nossa Justiça criminal atinja o nível de ruim, porque ela é péssima! Os dados estão aqui. Péssima! Mas não tem nada a ver com a prerrogativa de foro. É uma incúria completa! É uma distorção completa! Recursos que não vão para a finalidade. Esse amontoado de férias, a não estruturação da Justiça, a falta de servidores, peritos!

Ainda ontem, ou anteontem, Hélio Schwartsman escrevia, na *Folha*, sobre a necessidade de métodos mais modernos de investigação. Não usar. É preciso passar por uma revolução nesse campo. E aí: "Ah, o problema é o foro!" Resposta simples e errada. Eu até disse ontem já: A

**AP 937 QO / RJ**

promessa de incremento na aplicação da lei, via restrição da prerrogativa de foro, faz-me recordar a frase de Roberto Campos: não é proibido iludir o povo; é apenas cruel. Aqui nós estamos vendendo ilusão. Não vai melhorar a justiça criminal com isto. Pelo contrário, eu aposto que vai piorar. A remessa desses processos para as instâncias ordinárias - em pouco tempo vamos sabê-lo - vai resultar em tergiversações, em não aplicação, em distorções as mais diversas.



03/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**OBSERVAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Gilmar, posso fazer só uma observação, em três minutos?

Eu também, como Vossa Excelência, não acredito que os males do país vão ser resolvidos com a mudança de foro. Falei isso, tive a oportunidade de falar isso no meu voto, até pelo pequeno número de causas. E, ontem, o Ministro Ricardo Lewandowski colocou o percentual dessas causas, dentro do universo nosso aqui no Supremo Tribunal Federal.

Também comungo com Vossa Excelência que - e digo isso há muito tempo, seja como promotor de São Paulo, depois secretário de Justiça e da Segurança Pública - questão de segurança pública não é só questão de polícia. É questão judiciária, o Ministério Público, a necessidade de integração, uma legislação mais moderna. Nossa legislação básica é de 1941, Código de Processo Penal, feito para combater "inimigos da ordem social", não para criminalidade organizada. Então, nessas premissas todas concordo com Vossa Excelência.

Entretanto, não poderia deixar de fazer uma observação aqui. A culpa pelo estado da insegurança pública no Brasil não é dos juízes criminais, nem dos promotores criminais. Com todo o respeito às colocações feitas por Vossa Excelência, os milhares de juízes criminais, principalmente os juízes estaduais - e falo com absoluta tranquilidade porque não sou juiz de carreira -, os milhares de juízes criminais, pelo Brasil afora, trabalham em uma condição extremamente difícil, sem servidores, sem assessores. Na verdade, os milhares de juízes brasileiros recebem muito mais processos que todos os juízes com os quais geralmente a imprensa compara - é muito fácil fazer a comparação só do que interessa. A média de sentenças de juízes brasileiros, de cada juiz, quase 1.700 sentenças; quando em Portugal, 400; na Itália, 960.

Mais do que isso! E Vossa Excelência conhece muito de perto a realidade da Alemanha, lá, há quase 25 juízes por 100 mil habitantes; aqui

**AP 937 QO / RJ**

no Brasil há 8 juízes por 100 mil habitantes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - 100 mil habitantes, posto que o número de processos que eles recebem é infinitamente superior.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Alexandre, Vossa Excelência me permite um rapidíssimo aparte?

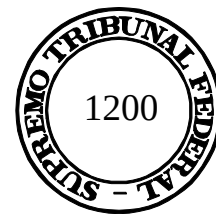
O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E os juízes criminais brasileiros trabalham sem segurança pessoal. Isso que é o mais grave, nos mais recônditos rincões desse imenso País continental.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Há outra questão que eu colocaria, por isso me senti na obrigação de fazer este aparte: Além do trabalho, comparativamente com os outros países, muito maior, a total ausência de segurança. Não acredito que os mais de 130 juízes, segundo o próprio Conselho Nacional de Justiça, que hoje estão ameaçados pelo crime organizado e com proteção se sentiriam, eles e seus familiares, confortáveis em achar que a Suprema Corte do País pensa que a culpa da Justiça Criminal não funcionar é dos seus juízes.

Então, eu aqui faço essa consideração porque já atuei no Ministério Público, na Segurança Pública, junto às polícias, no Conselho Nacional de Justiça. Se há um culpado, o culpado é o sistema brasileiro, que faz com que juízes e membros do Ministério Público fiquem derrubando pilhas inúteis, mas obrigatórias, ao invés de um maior pensamento. É um sistema brasileiro que ainda não permite transações livres, com homologação judicial para casos que não têm o mínimo interesse e para que se possa combater a criminalidade organizada. É um sistema que faz com que um juiz criminal do interior, e dou o exemplo do meu Estado, um juiz numa cidade de 78.000 habitantes receba uma denúncia, feita em conjunto por vários promotores, contra 150 membros do PCC. Não há, na estrutura judicial, a possibilidade de uma proteção a ele, como outros países já adotaram, com varas coletivas para crimes organizados.

Ou seja, se há um culpado - e todos nós então somos culpados na questão da Justiça criminal -, é o sistema de persecução penal brasileiro.

**AP 937 QO / RJ**

Não acho que sejam os juízes brasileiros - obviamente, sempre há as exceções, como há em todas as profissões -, que se dedicam extremamente.

E outras questões de quem já administrou recursos. Obviamente, o Poder Judiciário - pedindo vênia, Presidente, eu não falo pelo Judiciário, mas só uma comparação - tem que gastar quase 90% do seu orçamento com pessoal, assim como o Legislativo, tal como o orçamento que eu tinha de 32 bilhões, na Secretaria de Segurança Pública, 88% era para pessoal, porque são estruturas formadas por pessoas. Não tem dinheiro para investimento, não tem dinheiro para políticas públicas, o Executivo tem. Então, na verdade, o que se gasta é porque a estrutura é assim.

E também faço aqui uma breve colocação. A questão dos dois meses de férias, que, concordo, deve ser rediscutida, agora, deve ser rediscutida e enviada ao Congresso Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, não é culpa dos juízes que eles tenham dois meses de férias.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E eles não ficam dois meses de férias, eles trabalham nos dois meses de férias.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - E mais, não corresponde à realidade a conta simples de falar que, se fosse um mês de férias, 10% a mais. Por quê? Não há nem 2% dos juízes que tiram mais do que 30 dias de férias, porque a estrutura do Judiciário não aguentaria. A segunda instância voltou - e Vossa Excelência participou disso como Presidente do CNJ - a ter recesso depois da Emenda nº 45, onde se proibia totalmente o recesso, porque, se desse férias, as câmaras de segundo grau nunca estariam completas. Nós temos 19,8% de cargos vagos no Poder Judiciário.

Então, é preciso uma reestrutura, mas, com todo respeito e admiração a Vossa Excelência, não acredito que se possa culpar os juízes criminais brasileiros.



03/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO**ESCLARECIMENTO**

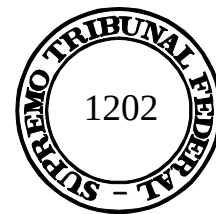
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, acho que ninguém falou de culpa aqui. Parece que o Ministro Alexandre está disputando com um interlocutor de fora. Estou falando do sistema como um todo. A questão que tem sido apresentada, eu tenho brincado muito, a mídia, a nossa Terceira Turma, e esse relatório da GV, é de que o problema do Brasil é o foro, quando, na verdade, nós temos problemas estruturais.

Quanto à questão de salário, é óbvio que o policial que teria que dar guarda ao juiz teria que ser pago nesse processo, e não fora disso. É evidente que se gasta com pessoal, mas não só com pessoal, porque há toda uma estrutura, por exemplo, de informática e tudo. Por isso que eu falei da necessidade de um fundo, porque os Estados, de fato, têm carências. Agora, as carências são muitas vezes exauridas. Evidente! Todos os escândalos que estão nas páginas dos jornais. Pagamento, agora, recente, de auxílio-moradia retroativo no Rio Grande do Norte. Um Estado que não paga salário de policial, Presidente.

Então, veja, é disso que estamos falando. Então, dizer: "não, tem que ser". Não, não tem que ser assim não. Tem que gastar com pessoal. Mas não se gastou com servidores adequados, não se gastou com assessores. Por quê? Porque se consome todo recurso. Federalizou-se, Presidente, a remuneração para superá-la. Equipara-se ao Supremo Tribunal Federal para pagar mais. Férias que são vendidas, quando, na verdade, não deveria ter venda de férias. Tudo isso é do orçamento. É fácil de ver isso. Agora, que existe essa margem e tudo, é evidente. Estão aí as varas.

Presidente, eu falo com a vivência de quem passou pelo CNJ. Nós concebemos o chamado "Projeto Integrar", que era ideia de ajudar os Estados.

Em alguns locais, por exemplo, não tem recursos. Ninguém tinha recurso, e os processos paravam em função das metas, porque não se tinha recurso para fazer exame de DNA. É esse o quadro.

**AP 937 QO / RJ**

Quer dizer, ou fazemos um diagnóstico sério e pensamos nesse sistema, mas todo o nosso debate está centrado em vantagens, em dar mais vantagens, quem é mais esperto nesse contexto, num ambiente de cobertor curto. Vamos ter que reestruturar. Obviamente que nós não precisamos - nem queria tocar nesse assunto - de vinte e cinco, vinte e seis Tribunais Regionais do Trabalho. Vamos ter que fazer enxugamentos - evidente! -, no plano federal, inclusive.

Nossa participação no PIB é muito alta, mas para que o sistema seja funcional. Veja, nós não sabemos hoje, nós não podemos perguntar - veja isso não é coisa de pessoal, é de investimento - quantos processos criminais nós temos em tramitação, Presidente? Ninguém sabe. Quantos inquéritos nós temos? Quer dizer, são questões básicas que nós não sabemos. Não é coisa de culpa, não é nada de pessoal, isso é outra coisa. Aqui, estou falando realmente de uma falha sistêmica que tem que ser analisada. Agora, claro que tem isso mesmo, quer dizer, se você não tiver dois meses de férias, é inadministrável. Eu administrei a AGU, havia essa pretensão. Imagine trabalhar com advogado com dois meses de férias. Impossível! Quem já administrou uma bodega sabe disso. Quer dizer, amontoaram-se privilégios. Claro que isso consome recursos, e nós temos que discutir isso. Eu acho que esta é a oportunidade. Já que se colocou como pano de fundo a questão do foro, o grande mal, e vai ser uma grande decepção, porque, em pouco tempo, vai se descobrir que os processos que vão para os Estados não vão andar por conta dessa realidade e de outras que já foram apontadas, e, daqui a pouco, vai se dizer: puxa! que saudade do foro. Quem brinca de Américo Pisca-Pisca, colocando abóbora no lugar de jabuticaba, leva uma abóbora no nariz. É isso que nós estamos fazendo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, acho que Vossa Excelência votou. Pareceu-me que o Ministro Alexandre de Moraes quis apenas enfatizar exatamente um ponto que é importante e que acho que Vossa Excelência partilha. Quer dizer, do que pude depreender, o voto de Vossa Excelência não culpa o juiz, até porque, há de se convir, o juiz brasileiro é um juiz que trabalha em condições,

AP 937 QO / RJ

muitas vezes, muito abaixo das condições de que ele precisaria, como Vossa Excelência acentuou. Não tenho nenhum dado para comprovar, de jeito nenhum, que haja uma baixa produtividade, porque nós teríamos que fazer isso, levando em consideração o número de juízes e o número de processos que ele recebe. Tenho andado por este País, como Vossa Excelência andou quando foi Presidente do Conselho Nacional de Justiça, encontramos juízes que seriam bem-vistos, benquistos e modelos em qualquer lugar do mundo, porque em condições precaríssimas e, no entanto, não deixam de cumprir suas atividades.

Nós temos hoje, Ministro Alexandre, não 18% de cargos vagos, mas quase 23% de cargos de juízes vagos; nós temos, em alguns lugares, 132 comarcas num Estado com 67 comarcas vagas.

Então, acho que nenhum de nós, aqui, nós onze, desconhecemos a necessidade civilizatória de um juiz; a necessidade para o Estado-juiz; e os locais não apenas os que frequentamos com mais regularidade, mas nos rincões mais distantes, a presença de juízes que se deslocam e que têm uma dedicação enorme. Então, quanto a isso, acho que ninguém aqui está discutindo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Inegável! Ninguém está discutindo isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Faço referência a isso, porque tenho, no juiz brasileiro, alguém que realmente se dedica, quer dizer, o que falta e temos nos empenhado, e Vossa Excelência deu um exemplo e fiz questão de citar até o nome de um juiz, como o Doutor Vidal, porque tem sido um modelo. Mas, como ele, há outros que se dedicam. Não é fácil; hoje - já melhorou no período, claro, que a cada gestão, nos adiantamos - há o processo eletrônico; os sistemas que estão sendo implantados não são de maneira aleatória. O Ministro Ricardo Lewandowski, quando lá esteve, investiu no PJE; esses dois anos, investimos muito na interoperabilidade exatamente para que cada sistema pudesse conversar com outro e tivéssemos condições de prosseguir.

Então, acho que a discussão, nesta tarde, é sobre a questão exclusiva

AP 937 QO / RJ

da competência do foro. As referências ao Ministro Gilmar, não me parece e não posso considerar; e acho que a ênfase do Ministro Alexandre foi boa para deixar claro que o Supremo Tribunal Federal, pelos onze Ministros, honra os juízes brasileiros, porque a força de trabalho do Poder Judiciário está nos dezoito mil juízes, aproximadamente, que estão trabalhando e que trabalham muito. Há questões a serem resolvidas, claro, não serão resolvidas nem aqui, nem é o momento, nem é o lugar, mas o juiz brasileiro é, antes de tudo, um grande brasileiro e tem dado cobro exatamente a isso, que é seu trabalho, seu ofício. E tenho certeza que nós onze somos responsáveis para que, cada vez mais, os juízes brasileiros tenham melhores condições de trabalho para o cidadão receber uma melhor jurisdição.

Da minha parte, para usar uma expressão mais comum, digo que sou fã do juiz brasileiro por tudo que ele tem feito e tem se dedicado. E, há pouco tempo, dizia de uma pessoa - vou citar a localidade -, no Acre, em que uma juíza leva a merenda da casa dela para que a criança possa ficar tranquila e alimentada enquanto a mãe presta um depoimento. E isso, às vezes, não temos nem ao menos em outras atividades em que ela poderia, em condições muito precárias, prestar o seu serviço. O juiz brasileiro me emociona muitas vezes. E tenho certeza de que todos onze juízes estamos de acordo.

Mas foi bom, Ministro Gilmar, a ênfase do Ministro Alexandre para que ficasse claro para a sociedade que os onze Ministros que compõem o Supremo - Vossa Excelência muito mais, porque estive no Conselho Nacional, viajou muito para saber das condições -, todos nós honramos o juiz brasileiro. Nós somos apenas onze entre os quase dezoito mil, claro. E, portanto, a discussão do foro tangenciou pela palavra do Ministro Gilmar. Mas o juiz brasileiro merece o respeito realmente por tudo que tem feito num momento histórico, conturbado, no mundo inteiro; num momento histórico brasileiro também difícil, e que, portanto, nós juntos seremos capazes de fazer muito mais.



03/05/2018

PLENÁRIO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ontem, eu acompanhava o voto do Ministro Dias Toffoli, que por sua vez acompanhava o Ministro...

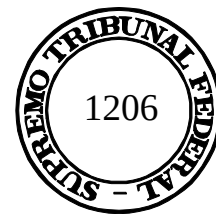
A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas ele reajustou o voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu recebi, agora, uma proposta por escrito do Ministro Dias Toffoli e não compreendi bem.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

No início da sessão, eu fiz a retificação; porque eu amplio para todos os demais cargos essa restrição do foro de prerrogativa de função e também declaro inconstitucionais os foros fixados por constituições estaduais e pela Lei Orgânica do Distrito Federal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não. Eu, *data venia*, não vou acompanhar Vossa Excelência; porque essa matéria, salvo melhor juízo de minha parte, não foi discutida. Então, eu vou me ater à divergência aberta pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes.

**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937**

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RÉU(É) (S) : MARCOS DA ROCHA MENDES

ADV.(A/S) : CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO (73969/RJ)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), resolvendo questão de ordem com a fixação das seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo", com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, e, pelo réu, Marcos da Rocha Mendes, o Dr. Carlos Magno Soares de Carvalho. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 31.05.2017.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, acompanhando em parte o Ministro Relator, e os votos das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia (Presidente), acompanhando o Ministro Relator, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 1º.6.2017.

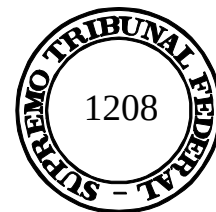
Decisão: Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, acompanhando, em parte, o Relator, nos termos de seu voto, e após os votos dos Ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello, acompanhando integralmente o Relator, pediu vista dos autos o



Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 23.11.2017.

Decisão: Após os votos dos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, acompanhando em parte o Relator, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 2.5.2018.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo", com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal. Vencidos: em parte, os Ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, que divergiam do Relator quanto ao item (i); em parte, o Ministro Marco Aurélio, que divergia do Relator quanto ao item (ii); em parte, o Ministro Dias Toffoli, que, em voto reajustado, resolveu a questão de ordem no sentido de: a) fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; b) fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, quanto aos demais cargos, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; c) serem inaplicáveis as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos crimes praticados anteriormente à diplomação ou à nomeação (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que



se encontrem; d) reconhecer a inconstitucionalidade das normas previstas nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria; e) estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a renúncia ou a cessação, por qualquer outro motivo, da função pública que atraia a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, não altera a competência para o julgamento da ação penal; e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes, que assentou que a prerrogativa de foro alcança todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício, e, ao final, propôs o início de procedimento para a adoção de Súmula Vinculante em que restasse assentada a inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais que disponham sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal e a declaração incidental de inconstitucionalidade dos incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17; dos incisos II e III e parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar 35/79; dos arts. 40, III, V, e 41, II, parágrafo único, da Lei 8.625/93; e do art. 18, II, "d", "e", "f", parágrafo único, da Lei Complementar 75/93. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 3.5.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário