



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QO na AÇÃO PENAL Nº 857 - DF (2015/0280261-9) (f)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
AUTOR : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RÉU : **MÁRCIO MICHEL ALVES DE OLIVEIRA**
ADVOGADOS : **ALEXANDRE VIEIRA DE QUEIROZ - DF018976**
PRISCILLA DE AQUINO - DF044625
DIOGO DE MYRON CARDOSO PONZI - DF040262
RÉU : **FERNANDO AUGUSTO DE OLIVEIRA**
ADVOGADO : **ANDRÉ VIEIRA LACERDA - DF053495**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE DA PRÓPRIA COMPETÊNCIA. PODER-DEVER DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 105, I, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DELITOS PRATICADOS EM RAZÃO E NO EXERCÍCIO DO CARGO. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça interpretar o art. 105, I, "a", da Constituição Federal, que trata de sua competência originária, hipótese em que atua como qualquer juiz, sendo, portanto, apto para conhecer de questões relativas à própria competência.

Como qualquer magistrado e tribunal, também o Superior Tribunal de Justiça tem o poder-dever de prestar a jurisdição e, para tanto, decidir, quando necessário, sobre as regras de sua competência.

No Brasil, a regra sempre foi a de controle difuso de constitucionalidade, estabelecida inclusive na atual Carta Magna. Assim, a todo juiz compete interpretar a Constituição, não sendo função privativa do Supremo Tribunal Federal.

2. O art. 105, I, "a", da CF, ao estabelecer as regras de competência, fixou o foro especial na esfera penal, sendo prerrogativa destinada a assegurar a independência e o livre exercício de determinados cargos e funções de especial importância. Contudo, a norma não foi fixada de forma a restringir o foro às hipóteses de crimes praticados em razão do cargo ou no exercício do mandato. Trata-se de texto aberto, cabendo ao intérprete delimitá-lo.

3. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm funções constitucionais distintas. Portanto, no que tange às regras de competência originária, não há necessidade de interpretação simétrica, ou seja, de o STJ adotar, no tocante ao texto do art. 105, I, "a", da CF, o mesmo entendimento adotado pelo STF em relação ao art. 102, I, "b" e "c", da CF.

4. A prerrogativa de foro é outorgada *ratione muneris* a determinadas autoridades em razão da natureza de certos cargos ou ofícios titularizados por aquele que sofre persecução penal. Originalmente pensado como uma necessidade de assegurar a independência de órgãos e garantir o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes, esse foro atualmente, dada a evolução do pensamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

social, provocada por situações inexistentes no passado, impõe a necessidade de que normas constitucionais que o estabelecem sejam interpretadas de forma restritiva.

Assim, deve-se conferir ao texto do art. 105, I, "a", da CF a interpretação de que as hipóteses de foro por prerrogativa de função no STJ restringem-se aos casos de crime praticado em razão e durante o exercício de cargo ou função.

5. A publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais constitui o marco temporal para a prorrogação da competência do STJ para julgar ações penais originárias.

6. Reconhecida a incompetência do STJ, determina-se a remessa dos autos a uma das varas criminais do Distrito Federal para prosseguimento da presente ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer, que acompanhou a divergência; os votos da Sra. Ministra Nancy Andrichi e dos Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Jorge Mussi, no mesmo sentido; e a retificação de voto do Sr. Ministro Relator, no sentido de que a competência penal originária do Superior Tribunal de Justiça em relação a todas as autoridades listadas no art. 105 da Constituição Federal é restrita aos delitos praticados no período em que o agente ocupa a função e deve ter relação intrínseca com as atribuições exercidas, estabelecendo ainda outras premissas segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como determinando a imediata remessa dos autos à primeira instância, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Og Fernandes –, por maioria, preliminarmente, caber ao STJ interpretar sua competência constitucional e, no caso concreto, por unanimidade, determinar a baixa dos autos ao Juízo de primeiro grau.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Luis Felipe Salomão, Felix Fischer, Nancy Andrichi, Humberto Martins, Herman Benjamin e Jorge Mussi. Vencidos, parcialmente, os Srs. Ministros Relator e Og Fernandes.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Napoleão Nunes Maia Filho e Raul Araújo.

Brasília (DF), 20 de junho de 2018(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ

Presidente

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Relator para acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QO na AÇÃO PENAL Nº 857 - DF (2015/0280261-9) (f)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PRERROGATIVA DE FORO. RESTRIÇÃO AO DIREITO-GARANTIA DO JUIZ NATURAL. MATÉRIA ESSENCIALMENTE CONSTITUCIONAL. NÃO INCIDÊNCIA DO ACÓRDÃO PROLATADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL Nº 937/RJ. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA. PROPOSTAS DE SÚMULAS VINCULANTES E DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO COM OBJETO DE ALTERAR A INTERPRETAÇÃO DO ART. 105, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA TRATAR DA MATÉRIA.

A - SÍNTESE DA QUESTÃO DE ORDEM

1. Em 10/4/17, o Ministério Público Federal denunciou atual Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal e outro como incurso nas penas do crime descrito no art. 171, § 3º, do Código Penal. O crime denunciado diz respeito a período em que o agente com prerrogativa de foro era ocupante de mandato de Deputado Distrital.

2. Objeto de questão de ordem: Este Superior Tribunal de Justiça é competente para analisar o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face de Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal por atos praticados enquanto o denunciado era ocupante de mandato de Deputado Distrital?

B - DA INAPLICABILIDADE DO ACÓRDÃO PROLATADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL Nº 937/RJ

3. Em 3/5/18, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ, que teve como objeto analisar *"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"*.

4. Ao final do julgamento, a Corte Constitucional considerou, exclusivamente em relação aos Deputados Federais e aos Senadores, que *"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 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 privilegiado"* (QO na AP 937, Rel.: Ministro Luis Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 3/5/18).

5. A Corte Suprema discutiu se esta interpretação também seria extensiva às demais autoridades com prerrogativa de foro. A proposta feita nesse sentido pelo Exmo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Dias Toffoli previa fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na CF para todos os agentes com prerrogativa de foro exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação, quando for o caso, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão.

6. Na sessão de julgamento do STF, houve debate sobre a questão sendo que, ao final, o Plenário decidiu que a decisão ali tomada não se estende aos demais agentes com prerrogativa de foro além dos ocupantes de mandato parlamentar no Congresso Nacional. Ou seja, houve deliberação expressa pela Corte Suprema em relação a este ponto.

7. Assim, a análise da Corte Suprema não se aplica automaticamente a este Superior Tribunal de Justiça.

8. Exclusivamente em relação aos ocupantes do Poder Legislativo Federal, o Supremo Tribunal Federal fixou 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.

C - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA

9. É inviável a interpretação restritiva do art. 105, I, *a*, da Constituição Federal, de forma automática pelo Superior Tribunal de Justiça amparada na aplicação do Princípio da Simetria. Tal enunciado, decorrente do federalismo de equilíbrio adotado no ordenamento jurídico pátrio, possui o condão de nortear as Constituições Estaduais, no sentido de que as normas ali contidas sigam o parâmetro estabelecido pelo constituinte originário.

10. O Princípio da Simetria cuida de criação jurisprudencial, resultado da exegese do art. 25, caput, da Constituição Federal e do art. 11 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, com o objetivo de delimitar a capacidade de auto-organização dos Estados-membros e “*designar a obrigação do constituinte estadual de seguir fielmente as opções de organização e de relacionamento entre os poderes acolhidas pelo constituinte federal*” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12.^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 867).

11. Recentemente, a Corte Suprema se manifestou no sentido de que o Princípio da Simetria é responsável por harmonizar “*as estruturas e as regras que formam o sistema nacional e os sistemas estaduais, de modo a não desconstituir os modelos adotados no plano nacional e nos segmentos federados em suas linhas mestras*” (ADI 4792, Rel.: Ministra CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. em 12/2/15, DJe 24/4/15).

12. O Princípio da Simetria surgiu para garantir o paralelismo que deve existir entre as Constituições Estaduais e a Constituição Federal. Não é instituto apto para orientar na interpretação de artigos previstos no próprio texto constitucional. A sua finalidade não é dirimir controvérsias entre as normas da Constituição Federal e, sim, entre estas e os dispositivos das Constituições Estaduais.

D - DA PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE EM TRÂMITE NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO EM TRÂMITE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

13. Há iniciativa tanto da Câmara dos Deputados (Poder Legislativo) quanto do próprio Supremo Tribunal Federal (órgão a quem compete a interpretação de dispositivos constitucionais) visando a restrição do Juiz Natural das autoridades com prerrogativa de foro..

14. Atualmente, na Câmara dos Deputados, está em trâmite a proposta de Emenda à Constituição nº 333/2017. A PEC visa modificar os arts. 102, 105 e 108, todos da Constituição Federal, para afastar o foro por prerrogativa de função para o julgamento de crimes comuns praticados pelas autoridades ali mencionadas, mantendo-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal apenas para processar e julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

13. Em 9/5/18, o Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli do encaminhou à Presidência daquela Corte proposta de aprovação de duas Súmulas Vinculantes.

15. A 1ª proposta de Súmula Vinculante foi assim elaborada: *A competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal para agentes públicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e do Ministério Público, compreende exclusivamente os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função pública.*

16. Por sua vez, a 2ª proposta considera que *são inconstitucionais normas de Constituições Estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, veda a invocação de simetria.*

E - DO CARÁTER CONSTITUCIONAL DA DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FORO

17. A Constituição Federal de 1988 desempenha importante papel na estruturação do sistema de justiça criminal brasileiro. Ao mesmo tempo prevê garantias de cunho processual penal, trouxe regras específicas de definição da competência em razão da matéria e em razão da pessoa.

18. A Constituição Federal pormenoriza a definição do Juiz Natural nos casos que envolvem a incidência da persecução penal estatal em relação aos agentes com prerrogativa de foro. O Superior Tribunal de Justiça é o Juiz Natural para as hipóteses definidas essencialmente no art. 105, I, *a*, do Texto Constitucional.

19. Embora não desconheça que este Superior Tribunal de Justiça integre a jurisdição constitucional, a densidade do tema e levando-se em conta envolver interpretação restritiva do direito-garantia ao Juiz Natural inserido de forma originária no Texto Constituição, a competência para tal deliberação é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A discussão posta não tem por objeto analisar norma de caráter infraconstitucional em face da Constituição Federal, o que ocorre nos Incidentes de Arguição de Inconstitucionalidade que são apreciados por esta Corte Especial.

20. A sistemática processual exposta pelo Código de Processo Penal e pela Lei nº 8.038/90 não permite que este órgão jurisdicional tome decisões dotadas de efeito vinculante e/ou *erga omnes*. As análises dos casos processuais penais originários são casuísticas e envolvem as particularidades de cada caso em análise. É, portanto, necessária a utilização de mecanismos de jurisdição constitucional que são da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

21. Enquanto não houver deliberação do Poder Legislativo ou do Supremo Tribunal Federal, não é possível a esta Corte Especial restringir a aplicação do direito-garantia do Juiz Natural. Esta é a competência do Supremo Tribunal Federal, a quem compete *precipualemente a guarda da Constituição*.

F - DA DISCUSSÃO NO CASO EM CONCRETO

22. No caso em concreto, o objeto de análise é suposta prática de crime tipificado no art. 171, § 3º, do Código Penal ocorrido no período em que o denunciado era titular de mandato eletivo de Deputado Distrital. Sendo atualmente ocupante de cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, por interpretação do que diz expressamente o art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é o juiz natural para processar a presente demanda.

CONCLUSÃO

23. Fica resolvida a questão de ordem com a fixação das seguintes teses:

- a) Todos os feitos penais originários de competência desta Corte Especial devem permanecer em curso regular enquanto se aguarda eventual aprovação do Supremo Tribunal Federal em relação às Súmulas Vinculantes ou deliberação pelo Congresso Nacional quanto à eventual restrição do foro.
- b) A decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ não é aplicável a este Superior Tribunal de Justiça, seja por ressalva expressa da própria Corte Constitucional, tampouco por simetria a Governadores tendo em vista que não se pode dar tratamento não isonômico a autoridades que a própria Constituição Federal equiparou quanto ao respectivo Juiz Natural.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Em 10/4/17, o Ministério Público Federal denunciou o atualmente Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal Márcio Michel Alves de Oliveira e Fernando Augusto de Oliveira como incurso nas penas do crime descrito no art. 171, § 3º, do Código Penal.

Em síntese, consta da peça acusatória que o primeiro denunciado (agente com prerrogativa de foro), à época em que era titular de mandato de Deputado Distrital, "*mediante meio fraudulento, consistente em simular aluguel de veículo, obteve vantagem ilícita no valor de R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil reais). O denunciado Fernando Augusto de Oliveira concorreu para o crime na medida em que sabendo do dolo do primeiro denunciado de obter vantagem ilícita em prejuízo da administração pública, emprestou seu nome para constituir as pessoas jurídicas e emitiu notas fiscais frias*" (fls. 8/9).

No caso em concreto, o crime denunciado ocorreu, em tese, em período no qual o atual agente com prerrogativa de foro não exercia o cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas, mas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sim era titular de mandato de Deputado Distrital.

Em apertada síntese, o objeto da presente questão de ordem é o seguinte: **Este Superior Tribunal de Justiça é competente para analisar o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face de Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal por atos praticados enquanto o denunciado era ocupante de mandato de Deputado Distrital?**

Em 9/5/18, determinei fossem as partes intimadas para se manifestarem sobre a incidência do referido precedente firmado pelo STF na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ. O Requerido e o Ministério Público Federal afirmaram que a competência para deliberar sobre a denúncia é desta Corte Especial, tendo em vista a inaplicabilidade do julgado ao caso em concreto.

Do alcance da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ

Em 3/5/18, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ, que teve como objeto analisar *"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"*.

Transcrevo a seguir a ementa do referido acórdão:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por 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.

O voto condutor do acórdão prolatado por sua Excelência o Ministro Luis Roberto Barroso apontou que o atual modelo de prerrogativa de foro em relação aos Deputados Federais e Senadores acarreta conseqüências graves e indesejadas para o Supremo Tribunal Federal, quais sejam:

(a) afastamento do Supremo Tribunal Federal de sua função constitucional para passar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a atuar *tribunal criminal de primeiro grau*;

(b) aumento da ineficiência do sistema de justiça criminal; e,

(c) ausência de duplo grau de jurisdição acarreta que as autoridades com foro na Corte Constitucional sejam julgadas por instância única.

Com base nessas premissas, considerou que, quanto aos Deputados Federais e Senadores, *"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 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 privilegiado"*

Após o voto do Exmo. Ministro Luis Roberto Barroso, a Corte Suprema discutiu se as limitações ali impostas seriam aplicáveis somente a Deputados Federais e Senadores ou se a interpretação também seria extensiva às demais autoridades com prerrogativa de foro

Esta divergência foi objeto de debate na Corte Suprema por meio do voto do Exmo. Ministro Dias Toffoli, que, em seu voto, concluiu o seguinte:

Em resumo, resolvo a questão de ordem no sentido de:

- i) fixar a competência do STF 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 CF, quanto aos demais cargos exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação, quando for 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 nomeação, conforme o caso, hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de 1ª instância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

competente, independentemente da fase em que se encontre;

iv) reconhecer a inconstitucionalidade de todas as normas previstas em constituições estaduais, bem como na lei orgânica do DF, que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na CF, vedada a invocação de simetria. Nestes casos, os processos deverão ser remetidos ao juízo de 1ª instância competente, independentemente da fase em que se encontram;

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 8.038/90 com a determinação de vista às partes para alegações finais, não altera a competência para o julgamento da ação penal.

Ocorre, no entanto, que a proposta feita pelo Ministro Dias Toffoli não foi aceita pela maioria do Plenário do STF, razão pela qual a análise da Corte Suprema não se aplica automaticamente a este Superior Tribunal de Justiça.

Ao final, o Supremo Tribunal Federal resolveu a questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses quanto a Deputados Federais e Senadores:

(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.

Portanto, o acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ limitado aos agentes detentores de mandato eletivo com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal.

Inaplicabilidade do Princípio da Simetria

Impende salientar, outrossim, que entendo não ser cabível, *in casu*, a interpretação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva do art. 105, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, de forma automática pelo Superior Tribunal de Justiça, amparada na aplicação do Princípio da Simetria, visto que tal princípio, decorrente do federalismo de equilíbrio adotado no ordenamento jurídico pátrio, possui o condão de nortear as Constituições Estaduais, no sentido de que as normas ali contidas sigam o parâmetro estabelecido pelo constituinte originário.

Em verdade, o Princípio da Simetria cuida de criação jurisprudencial, resultado da exegese do art. 25, caput, da Constituição Federal e do art. 11 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, com o objetivo de delimitar a capacidade de auto-organização dos Estados-membros e “*designar a obrigação do constituinte estadual de seguir fielmente as opções de organização e de relacionamento entre os poderes acolhidas pelo constituinte federal*” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12.^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 867).

Senão vejamos o que dispõem os arts. 25, do Texto Constitucional, e 11, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 25 do Texto Constitucional: Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

Art. 11 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

Nesse trilhar, o escólio da doutrina abalizada de Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, ensina:

(...) princípio de interpretação da nova hermenêutica constitucional destinado a identificar normas de extensão na Constituição Federal que devem ser necessariamente reproduzidas pelas Constituições estaduais, bem como destinado a identificar as normas da Constituição Federal que, mesmo não gerando a obrigação de reprodução, geram a imitação facultativa de um modelo federal válido para os estados-membros, funcionando, inclusive, como argumento de exclusão das vedações para reprodução desses mesmos modelos (ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Jurisdição constitucional e federação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 129).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De igual maneira, a Corte Suprema já se manifestou sobre o Princípio da Simetria, no sentido de este seria responsável por harmonizar “*as estruturas e as regras que formam o sistema nacional e os sistemas estaduais, de modo a não desconstituir os modelos adotados no plano nacional e nos segmentos federados em suas linhas mestras*” (ADI 4792, Rel.: Ministra CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. em 12/2/15, DJe 24/4/15).

Sendo assim, exsurge, à vista fácil, que o Princípio da Simetria surgiu para garantir o paralelismo que deve existir entre as Constituições Estaduais e a Constituição Federal. Não sendo, portanto, um instituto apto para orientar na interpretação de artigos previstos no próprio texto constitucional. Em outras palavras, a finalidade do aludido princípio não é dirimir controvérsias entre as normas da Constituição Federal e, sim, entre estas e os dispositivos das Constituições Estaduais.

Desta maneira, observo que o Princípio da Simetria tem aplicabilidade restrita para os casos de conjugação entre o texto do Constituinte Originário e a produção do Constituinte Decorrente, que é aquele que constrói as Cartas Constitucionais dos Estados Federados.

Isto é assim porque a estrutura do Federalismo Brasileiro impõe uma simetria entre os Poderes da União e dos Estados Membros, construindo uma República Federativa onde há sintonia entre Executivo, Legislativo e Judiciário nos planos federal e estadual. E mesmo assim, esta simetria se estabelece primeiro no plano da produção normativa, e somente depois, por resíduo, no plano da interpretação/aplicação das normas.

Logo, a Constituição de 1988 estabelece a norma ápice do sistema, mas não esgota as suas determinações, pois normas necessárias à construção da estrutura são de competência dos Estados Federados e não são objeto de deliberações do Constituinte Originário, ficando a cargo do Constituinte Decorrente.

Porém, como é o caso dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a Carta de 1988 estabeleceu estruturas *mater* de forma explícita - como o mandato de 4 (quatro) anos para cargos eletivos nas Assembleias e Governos Federativos - e silenciou quanto à diversas outras.

No caso do silêncio constitucional, duas hipóteses se apresentam: a primeira é o respeito à posição do Constituinte Decorrente, caso em que são as Constituições Estaduais que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oferecerem resposta a essa questão; a segunda diz com a aplicação do princípio da simetria, quando a jurisprudência tem observado e chancelado o uso deste princípio não escrito - um verdadeiro *topos* interpretativo e argumentativo - para dar a casos nos Estados Federados a mesma solução dada aos simétricos - ou gêmeos - no espaço normativo da União Federal.

Caso claro desta simetria, na mesma seara que estamos julgando nesta questão de ordem, diz com a competência penal dos Tribunais Regionais Federais para julgarem Deputados Estaduais por crimes de competência federal por eles cometido.

Deputados Federais são julgados pela Corte Suprema por crimes praticados. Os seus congêneres federativos - Deputados Estaduais - são julgados no âmbito dos Estados Federados pelos Tribunais de Justiça dos Estados. Por simetria, entende-se que o Deputado Estadual não poderia ser julgado pelos Tribunais de Justiça por crime federal, e, por esta imposição simétrica, no silêncio do Constituinte Originário, atribui-se à Segunda Instância Federal a competência.

Com a chamada à colação do caso mais relevante de simetria no universo do processo penal, já se percebe o que foi dito alhures: princípio da simetria serve para preenchimento de lacuna - que se colmata por simetria - não para alteração daquilo expressamente posto pelo Constituinte Originário.

Desta maneira, no máximo seria o caso de se admitir a utilização do princípio da simetria para determinar a idêntica posição adotada pelo E. STF, no caso dos Deputados Estaduais que ganharam foro por prerrogativa de função em razão da simetria e poderiam perdê-lo em razão da mesma utilização de uns *topos* do conjunto de *topoi* aceito para soluções jurisdicionais com base numa argumentação racional.

Data máxima vênia, jamais seria o caso de utilizar-se deste vetor interpretativo para, por arrastamento ou gravidade, subtrair-se competência de natureza constitucional, originalmente determinada.

Portanto, o princípio da simetria é útil na medida em que compatibiliza dispositivos criados pelo Constituinte Originário com aqueles estatuídos pelo Poder Constituinte Decorrente. Seu vetor normativo e interpretativo não pode ser usado como fundamento para abranger outras normas do Poder Constituinte Originário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, mais uma vez, é forçoso reconhecer que se está diante de um caso de pura interpretação constitucional, o que, como explicitado alhures, é competência do Pretório Excelso, no papel de guardião da Constituição e, não, desta Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, entendo que, considerando que a decisão do Supremo Tribunal Federal não é aplicável ao caso concreto por expressa ressalva da Corte Constitucional, bem como a inaplicabilidade do princípio da simetria no caso em concreto, é necessário discutir se esta Corte Especial detém competência constitucional para a discussão que ora se propõe, tendo em vista o caráter de direito-garantia do Juízo Natural, estampado no art. 5º, XXXVII, do Texto Maior.

Da proposta de Súmula Vinculante em trâmite no Supremo Tribunal Federal e da proposta de emenda à Constituição em trâmite da Câmara dos Deputados

Em 9/5/18, o Exmo. Ministro Dias Toffoli encaminhou à Presidência da Corte Suprema proposta de aprovação das seguintes Súmulas Vinculantes:

Primeira proposta de Súmula Vinculante: A competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal para agentes públicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e do Ministério Público, compreende exclusivamente os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função pública.

Segunda proposta de Súmula Vinculante: São inconstitucionais normas de Constituições Estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, veda a invocação de simetria.

Por sua vez, na Câmara dos Deputados está em trâmite a proposta de Emenda à Constituição nº 333/2017, que atualmente está sob apreciação de Comissão Especial, tendo sido aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça.

A proposta tem por objetivo:

- a) Incluir o inciso LIII-A ao art. 5º da Constituição, para vedar expressamente a instituição de foro especial por prerrogativa de função;
- b) Inserir o § 6º-A ao art. 37 do texto constitucional, para estabelecer que a propositura de ação penal contra agentes públicos por crime comum prevenirá a jurisdição do juízo competente para todas as ações posteriormente intentadas que tenham idêntica causa de pedir e objeto;
- c) Alterar o inc. III do art. 96 da Constituição, para afastar o foro por prerrogativa de função para o julgamento de crimes comuns praticados por juízes de direito e membros do Ministério Público;
- d) Modificar o art. 102 da Carta Magna, para afastar o foro por prerrogativa de função para o julgamento de crimes comuns praticados por membros do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Congresso Nacional, por ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo Procurador-Geral da República, mantendo-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal apenas para processar e julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

e) Alterar o art. 105 do texto constitucional, para afastar o foro por prerrogativa de função para o julgamento de crimes comuns praticados por governadores dos Estados e do Distrito Federal, por desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, por membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e por membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

f) Modificar o art. 108 da Constituição, para afastar o foro por prerrogativa de função para o julgamento de crimes comuns praticados por juízes federais (incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho) e por membros do Ministério Público da União;

g) Alterar o § 1º do art. 125 do texto constitucional, para vedar que as constituições estaduais estabeleçam foro especial por prerrogativa de função para crimes comuns; e

h) Revogar o inciso X do art. 29 (foro especial por prerrogativa de função do prefeito) e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal (foro especial por prerrogativa de função dos Deputados e dos Senadores).

Fonte:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1BC1896EC9CD2489D6391E227EAD37BA.proposicoesWebExterno1?codteor=1624056&filename=Parecer-CCJC-21-11-2017. Acesso em 10/5/18.

Assim, já há iniciativa tanto da Câmara dos Deputados (Poder Legislativo) quanto do próprio Supremo Tribunal Federal (órgão a quem compete a interpretação de dispositivos constitucionais) sobre a matéria.

A definição constitucional do Juiz Natural dos agentes com prerrogativa de foro

A Constituição Federal de 1988 desempenha importante papel na estruturação do sistema de justiça criminal brasileiro. Ao mesmo tempo prevê garantias de cunho processual penal, trouxe regras específicas de definição da competência em razão da matéria e em razão da pessoa.

Dentre as garantias constitucionais, destaca-se o Juiz Natural, sobre o qual Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam:

Entende-se que o juiz natural é aquele regular e legitimamente investido de poderes da jurisdição, dotado de todas as garantias inerentes ao exercício de seu cargo (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos - CF, art. 95, I, II e III) que decide segundo regras de competência fixadas com base em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

critérios gerais vigentes ao tempo do fato.

Na lição de Jorge Figueiredo Dias, a ideia de juiz natural assenta-se em três postulados básicos:

- (a) somente são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição;
- (b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato
- (c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competência que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

A garantia do juiz natural não se limita ao processo penal e revela-se, por isso, abrangente de toda atividade jurisdicional. É certo, por outro lado, que tal garantia não impede as substituições previstas em lei, os desaforamentos, a prorrogação de competência devidamente contempladas na legislação (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2011).

O caráter essencialmente constitucional da questão analisada foi sublinhado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da referida questão de ordem. Nesse ponto, afirmou sua Excelência o Ministro Gilmar Mendes:

Se é certo que a Constituição não foi alterada para restringir o foro e que a interpretação das regras da prerrogativa de foro já remonta 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.

Por sua vez, o Ministro Luis Roberto Barroso considerou:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 constitucionais. 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 casos. 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 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 394 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”.

O pano de fundo da discussão, na verdade, extrapola a análise da extensão da competência desta Corte Especial para a análise de tais casos, tendo em vista que, sobre este ponto, o art. 105 da Constituição Federal é cristalino ao afirmar que

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;

Muito mais do que competência deste Superior Tribunal de Justiça, o referido dispositivo constitucional, em verdade, está relacionado à especificação do Juízo Natural destas Autoridades na hipótese da prática de crimes. O entendimento prevalecente nesta Corte Superior é no sentido de que a referida disposição normativa “*visa proteger o cargo e não seu ocupante eventual, aquele sim a ser amparado pela garantia legal*” (RHC 82.698/MT, Rel. Ministro FELIX



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018).

Assim, a meu sentir, a discussão na verdade diz respeito à definição da extensão do direito-garantia fundamental individual do Juiz Natural, exposta no art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal, segundo a qual “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*”.

A esse respeito, Gustavo Henrique Badaró leciona:

1.6 JUIZ NATURAL: DIREITO OU GARANTIA?

Nem sempre são claras as distinções entre direitos e garantias. Obviamente, a diferenciação irá depender do critério eleito como elemento diferenciador.

Na doutrina nacional é clássica a distinção de Ruy Barbosa: “no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, esta, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação das garantias com a declaração do direito”. Em outras palavras, “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”.

Todavia, não se pode ignorar que tal distinção, embora abstratamente clara, na prática nem sempre é de fácil aplicação. Isso porque, “as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória”.

Justamente por isso, não seria equivocado considerar o juiz natural, seja em seu conteúdo de juiz competente predeterminado por lei (CF/1988, art. 5.º, LIII), seja no que toca à vedação de instituir tribunais de exceção (CF/1988, art. 5.º, XXXVII), como um “direito-garantia”. Ou seja, à luz do critério acima exposto, a Constituição, de um lado, declara um direito: o direito de todo acusado ser processado e sentenciado por um integrante do Poder Judiciário e que seja competente segundo os critérios legais e constitucionais vigentes no momento da prática do delito. Por outro lado, o juiz natural não deixa de ser uma garantia de julgamento por um sujeito imparcial, sendo, pois, uma forma de se assegurar a imparcialidade do juiz.

Com essa ressalva, é que ora se tratará do juiz natural como direito, enquanto vantagem conferida pela norma constitucional declarando o direito de ser julgado por um juiz predeterminado por lei; ora como garantia, que assegura o julgamento por um juiz não seguramente parcial, porque determinado ex post factum, seja por escolhas discricionárias de órgãos diversos do Poder Legislativo, seja por leis retroativas que modifiquem o juiz competente segundo as normas vigentes no momento da prática delitiva (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014)

É certo que o direito/garantia do Juiz Natural tem várias implicações no sistema de definição da competência do órgão responsável pela persecução penal. Nesse contexto, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição Federal desenvolve um importante papel ao definir, ela própria, escolhas de definição de competência relativas à matéria e, especialmente, em relação às pessoas que são alvo da perseguição estatal.

A esse respeito, Gustavo Badaró entende que

Já se defendeu que o foro por prerrogativa de função não é incompatível com o princípio constitucional da igualdade. Por outro lado, no que toca à reserva de lei, e em especial ao fator de coligamento, normalmente não há problema de vagueza ou ambiguidade dos critérios utilizados em sua definição. Em regra, tratam-se, inclusive, de critérios constitucionais. Quanto ao conteúdo, o preceito normativo costuma trazer uma determinada categoria de crimes (p. ex.: crimes comuns) e atribuir seu julgamento, quando praticados por uma determinada categoria funcional (p. ex.: Presidente da República ou Ministros de Estados) a um determinado tribunal (p. ex.: o STF).

Todavia, embora a competência esteja prevista na Constituição da República, nas Constituições Estaduais ou em leis infraconstitucionais, e se baseie em fatores de coligamentos claros e objetivos, como tais fatores envolvem um estado funcional, mutável por natureza, não é incomum que, após o cometimento do delito o acusado que até então não exercia tal função, venha a assumi-la, ou ao contrário, o acusado que no momento do delito estava no exercício de uma função egrégia, deixe de exercê-la. Tais mudanças fáticas terão ou não repercussão sobre a definição do órgão jurisdicional competente? E, no caso de resposta positiva ao primeiro questionamento, isso será ou não compatível com a garantia do juiz natural. Em outras palavras, é necessário analisar quais os reflexos que o início e a cessão da atividade que justifica o foro por prerrogativa de função terão em termos de predeterminação do juiz competente.

Trata-se de problema particular envolvendo a predeterminação do juiz competente, na medida em que a alteração ou mudança do órgão julgador não decorrerá de alteração de leis, mas de mudança do status profissional do acusado. Como já visto, os foros por prerrogativa de função não constituem tribunais de exceção e, nos limites previstos pela Constituição, sem que se amplie injustificadamente seu emprego mediante equiparações artificiais de funções que não se equivalem, não se choca com a regra da igualdade.

Do ponto de vista técnico, trata-se de hipótese de definição de competência objetiva em razão da qualidade da parte, no caso, dos ocupantes de determinadas funções que estejam sujeitos a uma perseguição penal, normalmente conjugada com competência objetiva em razão da matéria, no caso, crimes comuns.

Porém, é inegável que se trata de medida excepcional, seja do ponto de vista da regra da isonomia, seja sob o enfoque do juiz natural enquanto juiz predeterminado por lei no momento do cometimento do delito, cujas regras de definição devem ser interpretadas de forma restritiva. Consequentemente, sua incidência não pode ir além de sua finalidade natural, não podendo ser aplicado a caso em que não encontre uma clara e evidente justificação teleológica (BADARÓ, Gustavo Henrique. Juiz natural no processo penal [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).

Assim, a Constituição Federal desempenha relevante papel na definição do Juiz Natural



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos casos que envolvem a incidência da persecução penal estatal, em especial no que diz respeito a sua modalidade relativa à pessoa.

O Excelso Pretório poderá dar interpretação restritiva a este princípio alterando-o por entendimento da sua real dimensão. Contudo, esta não é a função do Superior Tribunal de Justiça na quadratura dogmática do controle de constitucionalidade no Brasil.

Por argumentação e por uso da retórica amplamente reconhecidas no uso do direito e na construção jurisprudencial, a Suprema Corte modificou a letra expressa da Constituição com a legitimidade formal que possui, mas não seria o caso desta Corte Superior, já que não nos cabe atuar com interpretação conforme, com analogia, com simetria e com construtivismo - ou ativismo - em franca contrariedade ao texto, sem que tenha havido precedente neste sentido do próprio Guardião da Constituição.

Independentemente de a suposta infração penal ter sido ou não praticada no período em que o agente ocupa a atual função, esta Corte Especial tem entendido ser o Juiz Natural para os casos de prática de eventuais crimes autoridades ocupantes de mandato de Governador e dos demais cargos especificados no art. 105, I, *a*, da Constituição (Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, 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).

Cumpra então perquirir: por meio de um processo de interpretação essencialmente constitucional, é possível a esta Corte Especial alterar as regras de Juízo Natural em relação a estas Autoridades?

Penso que esta tarefa demanda essencialmente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão encarregado precipuamente da Jurisdição Constitucional no Brasil.

A esse respeito, o eminente Ministro Luiz Fux, em seu artigo intitulado Jurisdição Constitucional Aplicada, observa

Observado o preceito de que a todo direito, inclusive consagrado constitucionalmente, corresponde a uma ação que o assegura, todas as formas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tutela jurisdicional são empregadas pelo órgão encarregado precipuamente da Jurisdição Constitucional, vale dizer: o Supremo Tribunal Federal.

[...]

Deveras, na sua função precípua, a Suprema Corte, na qualidade de guardiã da Constituição Federal, tutela a ordem maior utilizando-se do processo de cognição por meio das ações de controle de constitucionalidade em todas as suas espécies (controle concentrado, incluindo a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF e, no âmbito do controle difuso, notadamente o Recurso Extraordinário, o processo de execução de julgados nacionais, Mandados de Injunção e Mandado de Segurança), mercê da utilização singularíssima da ação cautelar não só para conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, mas também nas ações de controle da constitucionalidade, bem como na tutela antecipada satisfativa em ações mandamentais, ações civis originárias e nos demais instrumentos que compõem o processo constitucional, como meio de utilização dos direitos e valores encartados na Constituição (*in* **Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais**. Coordenador Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 30-32 - Grifamos).

É preciso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal ocupa o topo desta pirâmide, cabendo a ele a interpretação da Constituição em última instância. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso, em seu artigo **Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política**, preceitua:

A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral.

Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de “contraponto e complemento”. Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo.

As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder. **Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia** (Grifamos).

Embora não desconheça que este Superior Tribunal de Justiça integre a jurisdição constitucional, entendo que, pela densidade do tema e por envolver a restrição do direito-garantia ao Juiz Natural inserido de forma originária no Texto Constitucional, a competência para tal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deliberação é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Isso porque a discussão aqui posta **não tem** por objeto analisar norma de caráter infraconstitucional em face da Constituição Federal, o que ocorre nos Incidentes de Arguição de Inconstitucionalidade que são apreciados por esta Corte Especial. Ao contrário, o objeto da discussão aqui proposta perpassa pela interpretação do dispositivo constitucional tendo como base a própria essência da Constituição (no caso, o direito-garantia do Juiz Natural). Vale ressaltar que o referido dispositivo - art. 105, inciso I, alínea a da Constituição Federal - foi originariamente inserido no Texto Maior, sendo impossível, portanto, a apreciação de arguição de inconstitucionalidade.

Não seria, portanto, o caso de se defender a inconstitucionalidade de uma norma constitucional, haja vista o rechaço que esta tese já obteve no próprio Supremo Tribunal Federal, e por outro lado, também não é o caso de se reconhecer a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade pois de controle não se trata, já que não estará em jogo - como lembrado adremente - nenhuma norma infraconstitucional a merecer tratamento por esta Corte. Cuida-se de aplicar por analogia ou simetria uma decisão do STF que teve seus próprios contornos e que interpretou caso específico.

Esta interpretação por arrastamento, se for o caso, deve ser feita pelo próprio Supremo Tribunal Federal, jamais pelo Superior Tribunal de Justiça que, ao fazê-lo, estaria negando o juiz natural e, demais disso, negando vigência ao próprio texto da Constituição Federal, em sua montagem originária.

Ademais, a sistemática exposta pelo Código de Processo Penal e pela Lei nº 8.038/90 não permite que este órgão jurisdicional tome decisões dotadas de efeito vinculante e/ou *erga omnes*. As análises dos casos processuais penais originários são, por sua própria natureza, casuísticas e envolvem as particularidades de cada caso concreto. Por essa razão, entendo ser necessária a utilização de mecanismos de jurisdição constitucional que são da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal por própria atribuição conferida à Corte Suprema pelo art. 102 do Texto Constitucional.

A esta primeira observação de cunho essencialmente teórico, acrescento algumas observações de ordem concreto-pragmática.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além da inaplicabilidade do princípio constitucional da simetria (cujas razões já foram expostas anteriormente) deve ser ressaltado o baixo número de processos penais originários em trâmite nesta Corte Especial deste STJ.

De acordo com recente estudo produzido em 2017 pela Consultoria Legislativa do Senado Federal intitulado **Foro, Prerrogativa e Privilégio: Quais e Quantas Autoridades têm foro no Brasil?**, o número de autoridades com prerrogativa nesta Corte Especial é o seguinte:

AUTORIDADES	PREVISÃO CONSTITUCIONAL	QUANTIDADE
Membros de Tribunais de 2ª instância	Art. 105, I, a, da CF	2381
Membros do MPU que oficiam ou não em tribunais	Art. 105, I, a, da CF	2.389
Procuradores de Contas (membros do MP junto ao TCU)	Art. 105, I, a, c/c art. 130, da CF	7
Conselheiros de TCE/TCDF	Art. 105, I, a	476
Conselheiros de Tribunais de Contas dos Municípios (nos Estados que possuem)	Art. 105, I, a	62
Conselheiros de Tribunal de Contas Municipal (São Paulo e Rio de Janeiro, onde havia antes da CF/88)	Art. 105, I, a	15
TOTAL		5330

Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td233>. Acesso em 10/5/18.

Conforme apontado no estudo, vale ressaltar que não é possível distinguir os membros do Ministério Público da União que atuam em tribunal ou não, em virtude de tal fato não estar necessariamente vinculado ao cargo ocupado na carreira. No Ministério Público do Trabalho, por exemplo, que é um dos quatro ramos do MPU, os Procuradores do Trabalho podem atuar em primeira ou em segunda instância, a depender da designação. Assim, preferimos apontar todos os membros do MPU, de todos os quatro ramos, de forma unitária.

Por outro lado, em 8/5/18, o panorama estatístico da Corte Especial era o seguinte:

Classe	Tribunais de Contas	Magistratura	Governadores	Ministério Público	TOTAL
Apn	29	24	16	3	72
Inq	37	30	26		93
Rp		2			2
Sd	6	17	10		33
TOTAL	72	73	52	3	200

Fonte: Coordenadoria da Corte Especial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ou seja, há atualmente 200 processos penais originários em trâmite na Corte Especial, a serem distribuídos para os Ministros que compõem o referido órgão julgador.

Ainda no campo pragmático e procedimental, cumpre apontar, por fim, que a medida provocaria incerteza jurídica quanto ao funcionamento dos órgãos de investigação e de persecução penal em relação a estas autoridades.

Portanto, enquanto não houver deliberação do Poder Legislativo quanto às Propostas de Emenda à Constituição em trâmite no Poder Legislativo ou do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais agentes com prerrogativa de foro que não sejam aqueles ocupantes de mandato eletivo no Poder Legislativo Federal, não é possível a esta Corte Especial restringir a aplicação do direito-garantia do Juiz Natural originariamente inserido no Texto Maior pelo legislador constituinte originário. Esta é a competência do Supremo Tribunal Federal, a quem compete *precipualemente a guarda da Constituição*.

Da discussão no caso em concreto

No caso em concreto, o objeto de análise é suposta prática de crime tipificado no art. 171, § 3º, do Código Penal ocorrido no período em que o denunciado era titular de mandato eletivo de Deputado Distrital.

Atualmente, sendo ocupante de cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, por interpretação do que diz expressamente o art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é o juiz natural para processar a presente demanda.

CONCLUSÃO

Ante tudo quanto o exposto, RESOLVO a QUESTÃO DE ORDEM que ora proponho com a fixação das seguintes teses:

A) Todos os feitos penais originários de competência desta Corte Especial devem permanecer em curso regular enquanto se aguarda eventual aprovação do Supremo Tribunal Federal em relação às Súmulas Vinculantes ou deliberação pelo Congresso Nacional quanto à eventual restrição do foro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

B) A decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ não é aplicável a este Superior Tribunal de Justiça, seja por ressalva expressa da própria Corte Constitucional, tampouco por simetria a Governadores tendo em vista que não se pode dar tratamento não isonômico a autoridades que a própria Constituição Federal equiparou quanto ao respectivo Juiz Natural.

É como voto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QO na AÇÃO PENAL Nº 857 - DF (2015/0280261-9) (f)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : MÁRCIO MICHEL ALVES DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : ALEXANDRE VIEIRA DE QUEIROZ - DF018976
PRISCILLA DE AQUINO - DF044625
DIOGO DE MYRON CARDOSO PONZI - DF040262
RÉU : FERNANDO AUGUSTO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ANDRÉ VIEIRA LACERDA - DF053495

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE DA PRÓPRIA COMPETÊNCIA. PODER-DEVER DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 105, I, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DELITOS PRATICADOS EM RAZÃO E NO EXERCÍCIO DO CARGO. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça interpretar o art. 105, I, "a", da Constituição Federal, que trata de sua competência originária, hipótese em que atua como qualquer juiz, sendo, portanto, apto para conhecer de questões relativas à própria competência.

Como qualquer magistrado e tribunal, também o Superior Tribunal de Justiça tem o poder-dever de prestar a jurisdição e, para tanto, decidir, quando necessário, sobre as regras de sua competência.

No Brasil, a regra sempre foi a de controle difuso de constitucionalidade, estabelecida inclusive na atual Carta Magna. Assim, a todo juiz compete interpretar a Constituição, não sendo função privativa do Supremo Tribunal Federal.

2. O art. 105, I, "a", da CF, ao estabelecer as regras de competência, fixou o foro especial na esfera penal, sendo prerrogativa destinada a assegurar a independência e o livre exercício de determinados cargos e funções de especial importância. Contudo, a norma não foi fixada de forma a restringir o foro às hipóteses de crimes praticados em razão do cargo ou no exercício do mandato. Trata-se de texto aberto, cabendo ao intérprete delimitá-lo.

3. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm funções constitucionais distintas. Portanto, no que tange às regras de competência originária, não há necessidade de interpretação simétrica, ou seja, de o STJ adotar, no tocante ao texto do art. 105, I, "a", da CF, o mesmo entendimento adotado pelo STF em relação ao art. 102, I, "b" e "c", da CF.

4. A prerrogativa de foro é outorgada *ratione muneris* a determinadas autoridades em razão da natureza de certos cargos ou ofícios titularizados por aquele



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que sofre persecução penal. Originalmente pensado como uma necessidade de assegurar a independência de órgãos e garantir o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes, esse foro atualmente, dada a evolução do pensamento social, provocada por situações inexistentes no passado, impõe a necessidade de que normas constitucionais que o estabelecem sejam interpretadas de forma restritiva.

Assim, deve-se conferir ao texto do art. 105, I, "a", da CF a interpretação de que as hipóteses de foro por prerrogativa de função no STJ restringem-se aos casos de crime praticado em razão e durante o exercício de cargo ou função.

5. A publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais constitui o marco temporal para a prorrogação da competência do STJ para julgar ações penais originárias.

6. Reconhecida a incompetência do STJ, determina-se a remessa dos autos a uma das varas criminais do Distrito Federal para prosseguimento da presente ação penal.

VOTO VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de ação penal movida contra **Márcio Michel Alves de Oliveira** e **Fernando Augusto de Oliveira**, para apuração da prática do crime previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, conforme denuncia ofertada pelo Ministério Público.

Antes da deliberação sobre o recebimento ou não da denúncia, o relator, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, abriu vista para que as partes se manifestassem sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal que, na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ, restringiu o foro por prerrogativa de função às hipóteses de crimes praticados no exercício da função **parlamentar** ou em razão dela, nada obstante a proposta do Ministro Dias Toffoli de estender os efeitos a outros cargos públicos.

Na sessão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2018, suscitada questão de ordem nesta ação penal, o relator votou pela inaplicabilidade ao STJ da questão de ordem apreciada pelo STF nos autos da APn n. 937/RJ. Na ocasião, porque, no caso concreto, não havia relação de hierarquia entre réus e o juiz de primeiro grau, já que ambos estão vinculados a Poderes distintos da República, proferi voto no sentido de que cabe ao STJ interpretar a Constituição no que tange à sua competência constitucional. Assim, reinterpreto as regras de competência previstas no art. 105, I, da Constituição Federal, determinei a baixa dos autos ao juízo de primeiro grau para que conhecesse da ação e a julgasse.

A questão a decidir dizia respeito à capacidade do Superior Tribunal de Justiça de delimitar a própria competência, interpretando o art. 105, I, "a", da Constituição Federal, que dispõe sobre sua competência originária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como entendo que cabe ao Superior Tribunal de Justiça interpretar referido dispositivo constitucional, pois, tratando-se de competência originária, atua como qualquer juiz, sendo apto para conhecer das questões relativas à própria competência, proferi o voto oralmente, o qual transcrevo à frente.

Para ilustrar a questão, **competência**, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, baseadas em Liebman, é a medida da jurisdição ou quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a um órgão ou grupo de órgãos. Observe-se:

Competência é o conjunto das atribuições jurisdicionais de cada órgão ou grupo de órgãos, estabelecidas pela Constituição e pela lei. Ela é também conceituada como medida da jurisdição (definição tradicional) ou quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a um órgão ou grupo de órgãos (Liebman). (*Instituição de Direito Processual Civil*, v. I, 7. ed., p. 423.)

Compete a cada julgador o controle da própria competência. Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar do controle da competência, afirma:

Importante projeção sistemática e prática da distinção entre casos de competência absoluta e de competência relativa é que, quanto aos primeiros, o juiz tem o poder-dever de fazer por si próprio o controle de sua competência, declarando-se incompetente se for o caso - quer as partes hajam levantado a questão, quer não o hajam (CPC, art. 113) [...]. (*Ibidem*, p. 455.)

Não é diferente com Superior Tribunal de Justiça, que deve interpretar o texto constitucional sobre as regras de sua competência da mesma forma que o magistrado de primeiro grau tem o poder-dever de interpretar e aplicar o Direito em relação a sua competência, sob pena de inviabilizar o exercício da jurisdição.

O voto que proferi no dia 16 de maio contém os fundamentos citados acima, acrescidos dos que se seguem:

Senhora Presidente, estamos em momento bastante importante no Superior Tribunal de Justiça, em que ele se firma como tribunal superior ou se deixa reduzir a tribunal de apelação, desprezando seu papel constitucional.

A questão a ser considerada é esta: qual é o papel do Superior Tribunal de Justiça? É tribunal superior de jurisdição, como regra, recursal especial ou é tribunal de apelação?



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como é um tribunal de natureza extraordinária cuja competência está estabelecida na Constituição, evidentemente que deve interpretar a Constituição no que concerne à própria competência.

No Brasil, a regra sempre foi a de controle difuso de constitucionalidade, estabelecida inclusive na atual Constituição. Assim, a todo juiz compete interpretar a Constituição, não sendo função privativa do Supremo Tribunal Federal, que dá a última palavra em hipóteses de controle abstrato de constitucionalidade.

O controle abstrato de norma, embora previsto desde a Constituição de 1946, era bem restrito em face da legitimação atribuída apenas ao procurador-geral da República. Com o passar dos anos, a legitimação foi-se dilatando até chegar à legitimação ampla, como a atual.

Como neste país vigoram as duas formas de controle, é óbvio que todo juiz deve interpretar a Constituição e recusar-se a aplicar a norma que reputar inconstitucional ou ilegítima.

Todavia, o juiz precisa interpretar a Constituição até para interpretar a norma infraconstitucional. As leis federais devem ser interpretadas à luz da Constituição. Pergunto: por que uma corte superior cuja competência está prevista no texto constitucional não poderia interpretar as regras que fixam ou estabelecem sua competência? Como essa mesma corte poderia definir suas competências para conhecer de determinadas causas e julgá-las sem a interpretação da Constituição?

É evidente que o Superior Tribunal de Justiça é competente para interpretar normas constitucionais. Não é apropriado concluir aqui, com a devida vênia do Ministro Mauro Campbell, que a interpretação há de ser restrita, cabendo a interpretação dilatada ou analógica apenas ao Supremo. Metodologia de interpretação cabe em qualquer situação e circunstância.

Karl Larenz já dizia que a interpretação da Constituição é interpretação de uma lei, de um texto do qual se extrai uma norma, norma que pode alterar-se sem que necessariamente o texto tenha sido modificado. São



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vários os exemplos em que se altera a norma sem se alterar o texto da lei.

Na vigência do Código Civil de 1916, antes da Constituição de 1988, quando era competente para julgar e decidir situações ordinárias por meio de recurso extraordinário, o STF decidiu que o compromisso de compra e venda não registrado não autorizava a oposição de embargos de terceiro. Após instalado, o STJ, que recebeu da Constituição de 1988 a competência de interpretar a lei infraconstitucional, entendeu que o compromisso de compra e venda, ainda que não registrado, autorizava sim a oposição de embargos de terceiro, visto que neles se defende posse. Isso sem alteração de texto, com base apenas na interpretação do mesmo dispositivo do Código Civil.

Assim, um mesmo texto gerou duas interpretações, ou seja, uma norma se alterou com o tempo. Isso é evolução do Direito e ocorre sempre que há mudanças no substrato fático, o que normalmente acontece com o passar dos anos. Consequentemente, a interpretação do texto que contém a norma também é alterada.

Portanto, já é hora de o STJ, no uso de sua prerrogativa constitucional, fazer nova leitura das regras constitucionais que traçam sua competência penal.

O art. 105 da CF, nos termos das Emendas n. 22 e 23, de 1999, e 45, de 2004, dispõe que 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 [...].

Em momento algum o texto estabeleceu que esse processamento e julgamento se referiam aos crimes praticados em razão do cargo ou no exercício do mandato. O texto é aberto, razão pela qual cabe ao intérprete, agora diante da nova realidade do Brasil – de congestionamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absurdo das cortes superiores –, reler o artigo e verificar o que se deve julgar nas cortes superiores, considerando a evolução do pensamento jurídico do país.

Do mesmo modo que o art. 105 da Constituição instituiu a competência do Superior Tribunal de Justiça, o art. 102 instituiu a competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, quando alguns afirmam que o Supremo modificou a Constituição, entendo que não. Ele simplesmente fez uma releitura e interpretou a Constituição, que, repito, é um texto aberto. Esses textos hão de ser interpretados muitas vezes no transcorrer dos anos. A realidade daqui a 20 anos poderá justificar outro entendimento, talvez até o retorno da interpretação aos parâmetros que vigoram hoje – é o desenrolar da consciência jurídica no país.

Dessa forma, não posso concordar com o entendimento de que o STJ não pode interpretar a Constituição para fixar sua competência. Se assim fosse, não haveria como julgar conflitos de competência ou causas que o Supremo ainda não tenha apreciado, nada obstante a existência de previsão constitucional. Isso seria diminuir o papel do Superior Tribunal de Justiça, que nasceu na Constituição de 1988 como soberano e responsável por resguardar a ordem jurídica, competente para dar a última palavra acerca do direito infraconstitucional; também com a competência originária de julgar os crimes praticados pelas autoridades elencadas no art. 105, I, "a".

Quanto a essa competência originária, a amplitude interpretativa se impõe. Nesse ponto, o STJ não exerce competência recursal, prevista no inciso III do art. 105.

É ampla a competência do STJ para julgar os crimes a que se refere o art. 105, I, ou os agentes nesse dispositivo elencados. Aqui, a competência assemelha-se à do magistrado de primeiro grau, de amplitude máxima no julgamento. Conforme o caso concreto, o STJ não está impedido de declarar a inconstitucionalidade de norma, porque é uma Corte com competência originária, ou seja, aqui, tal qual no juízo de primeiro grau, inicia-se o processo.

Portanto, o argumento de que o STJ não poderia interpretar a Constituição para fixar as regras de competência do art. 105, I, "a", da Constituição Federal não é válido. Se fosse, teríamos de aplicar normas inconstitucionais? Teríamos de condenar alguém com base em norma manifestamente inconstitucional?



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O STJ tem atribuições constitucionais próprias, tem regras e regulamentos próprios, por isso não está subordinado ao Supremo Tribunal Federal. Para o exercício de seu papel constitucional, o Superior Tribunal de Justiça não precisa esperar que sua competência seja decidida pelo STF. E aquilo que não for alçado ao Supremo? Devemos continuar julgando ainda que consideremos a inconstitucionalidade do dispositivo? Isso seria restringir o papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça.

Diante disso, não aplico aqui a simetria. O Superior Tribunal de Justiça não é igual ao Supremo Tribunal Federal. Suas competências constitucionais são distintas. Como corte superior, cabe ao STJ interpretar a Constituição no que tange a sua competência originária (art. 105, I, da CF).

Assim, definido o ponto sobre a capacidade de o Superior Tribunal de Justiça interpretar as disposições do art. 105, I, "a", da CF, avanço para verificar o caso concreto.

Diria que grande parte da população clama pela ampliação das hipóteses de julgamento pelos juízes de primeiro grau. Nada obstante, devemos ater-nos à técnica, e não ao clamor das partes. A técnica deve evoluir com o tempo. A título de exemplo, um médico atual não opera com o mesmo bisturi de 1970. Continua operando, mas utilizando outras técnicas, buscando formas eficientes de curar. Não é diferente com o Direito, que evolui na técnica de julgar para resguardar a ordem jurídica.

Cessando a exposição filosófica, entendo que devemos fixar, à luz da Constituição, a competência para cada caso. Assim, as demandas que envolvam hierarquia devem ser decididas caso a caso.

Neste feito, um dos réus é conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Com base na linha do pensamento aqui exposta, nada impede que o STJ conheça da questão e julgue o presente feito, como nada impediria se se tratasse de um governador de Estado, pois os Poderes são distintos, não havendo relação de hierarquia entre quem julga e a pessoa que está sendo julgada.

Quando há o envolvimento de membro do Poder Judiciário, deve-se analisar o caso concreto. Segundo meu entendimento, nada impede que um juiz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do trabalho, por exemplo, seja julgado criminalmente por um juiz de primeiro grau da Justiça Federal. Se o crime é federal, um juiz de primeiro grau pode julgar um desembargador estadual. Entendo que um juiz de primeiro grau não pode julgar o desembargador que o promoveu ou que tenha competência para rever suas decisões. Então, necessariamente, a questão deverá ser analisada caso a caso. Essa cognição da constituição dos fatos deve ser feita pelo STJ. Nós é que temos de fixar nossa competência à luz da leitura que hoje refazemos da Constituição.

Minha conclusão é a de que o Superior Tribunal de Justiça tem legitimidade para interpretar a Constituição sobre questões relativas à própria competência originária.

Acrescento o que se segue.

A existência do foro por prerrogativa de função é uma exceção ao princípio republicano. Foi originalmente pensado para assegurar a independência de órgãos, ou seja, para garantir o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes. Portanto, trata-se de uma diferença que encontra suporte na função exercida no âmbito administrativo ou político.

Atualmente, dada a evolução do pensamento social, provocado por situações inexistentes no passado, que hoje demandam atenção e afetam inclusive a administração da Justiça, impõe-se a necessidade de que normas constitucionais que estabelecem foro por prerrogativa de função sejam interpretadas de forma restritiva.

Ante o exposto, definido que cabe ao Superior Tribunal de Justiça interpretar as disposições constitucionais referentes a sua competência a fim de delimitá-la, **voto no mesmo sentido do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937, estabelecendo que, nas hipóteses de competência originária do STJ (art. 105, I, "a", da CF), tratando-se de ação promovida em desfavor de membros do Tribunal de Contas do Distrito Federal:**

a) o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas às hipóteses de crimes cometidos durante o exercício de cargo e relacionados às funções desempenhadas;

b) o critério do fim da instrução processual com a publicação do despacho de intimação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para apresentação de alegações finais é marco temporal para a prorrogação da competência do STJ para julgar ações penais originárias;

c) os autos devem ser remetidos a uma das varas criminais do Distrito Federal para prosseguimento da presente ação penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QO na AÇÃO PENAL Nº 857 - DF (2015/0280261-9) (f)

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de **Questão de Ordem** suscitada pelo Ministro Mauro Campbell Marques, Relator, visando a definir a competência deste Superior Tribunal de Justiça para a continuidade da presente ação penal em decorrência das balizas fixadas pelo Supremo Corte na Questão de Ordem na AP na 937/RJ, julgada em 03.05.2018. Foi conferida, nessa assentada, “*nova linha interpretativa*” ao regime de prerrogativa de foro previsto na Constituição Federal para fixar tese jurídica no sentido de sua aplicabilidade apenas (i) aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e (ii) relacionados às funções desempenhadas pelo agente.

Após o voto do Ministro Relator pela inaplicabilidade da solução da Questão de Ordem por esta Corte Superior de Justiça, e do voto divergente antecipado do Ministro João Otávio de Noronha em direção diversa, no sentido de que cabe ao Superior Tribunal de Justiça interpretar a sua competência constitucional e determinar, no caso concreto, a baixa dos autos ao juízo de primeiro grau, passo a expor minha compreensão sobre o tema.

Preliminarmente, assento a legitimidade deste Superior Tribunal de Justiça para interpretar sua competência penal originária prevista no artigo 105, I, “a”, da CF, e nesse sentido definir os limites e contornos da aplicação da tese estabelecida pelo STF na citada QO na AP 947 quanto às autoridades detentoras de prerrogativa de foro nesta Corte Superior de Justiça. Exercitou o STF, naquele julgado, a interpretação que jugou adequada quanto à competência definida no artigo 102 da CF, ao passo que simetricamente cabe a este Superior Tribunal de Justiça interpretar a sua própria competência com relação ao artigo 105 da mesma Carta Federal.

Prossigo.

O voto condutor do julgamento da QO na AP 937, da lavra do Ministro Roberto Barroso, fixou que o foro privilegiado, na extensão e alcance que vinha sendo aplicado, (i) “(...) *não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república*”; (ii) é **ineficaz**, “(...) *por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas*” e, (iii) “*frusta valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa*”.

Eis a ementa do julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância.

A QO foi suscitada pelo Ministro Roberto Barroso com o propósito de estabelecer parâmetros não apenas ao caso concreto da AP 937 – cujo réu era um Congressista – mas para objetivar uma tese jurídica suficiente a restringir a prerrogativa de foro para outras autoridades da República. Observe-se a motivação de Sua Excelência no endereçamento da Questão de Ordem ao Plenário:

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 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. (original não sublinhado).

Assim, ao defender a “*interpretação restritiva das competências constitucionais*”, o Ministro Roberto Barroso adotou *ratio decidendi* apta a balizar a prerrogativa a todas as autoridades da República, tanto que se referiu à competência de outras Cortes:

31. Ademais, não há qualquer impedimento para que o Supremo Tribunal Federal interprete de forma restritiva as normas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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”. (original não sublinhado).

Na minha compreensão, a objetividade da tese jurídica fixada e os fundamentos do julgamento da QO da AP 937/STF sinalizam a este STJ a adoção de solução idêntica para os detentores de prerrogativa funcional nesta Corte Superior: se a prerrogativa de foro no STF (i) “(...) *não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república*”; (ii) é ineficaz, “(...) *por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas*” e, (iii) “*frusta valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa*”, essa mesma *ratio decidendi* deve ser aplicada aos detentores de prerrogativa de foro neste Superior Tribunal de Justiça, a conferir um tratamento isonômico entre os jurisdicionados, segurança jurídica e coerência da atividade judiciária.

Sobre o reflexo do julgamento do STF sobre o regime de prerrogativa de foro nas demais instâncias, expôs **Vladimir Passos de Freitas**:

O STF não é corte de apelação, seus julgamentos vão muito além do caso concreto julgado. Por tal razão, suas conclusões devem ser debatidas à exaustão e ditar a política judiciária sobre o assunto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Portanto, tinha razão o ministro Dias Toffoli quando pediu a extensão do julgado a outras autoridades. É que, da forma como foi lavrado o voto condutor, as outras autoridades ficaram fora do alcance do que foi decidido.

Mas, o problema não é insolúvel. Outros tribunais poderão tomar o acórdão como orientação e decidir na mesma linha. Por exemplo, o tribunal de Justiça de um estado poderá separar um processo em que um prefeito é acusado de ter agredido a mulher e enviá-lo para a primeira instância, baseando-se no precedente do STF e no fato de que a briga do casal nada tinha a ver com as funções do burgomestre.

O ministro Gilmar Mendes manifestou preocupação com a interpretação do que seriam crimes “relacionados às funções desempenhadas” e exemplificou com a hipótese de assassinato de inimigo político antes da posse no cargo ou tráfico de droga dentro de um gabinete funcional. As ponderações são oportunas porque obrigam a que se reflita sobre estas e tantas hipóteses que surgirão.

No entanto, ainda que possam vir a ser discutidas, não me parecem que impossibilitem a tomada de decisão. A competência, em princípio, será da primeira instância.

Dúvidas surgirão sobre a extensão do acórdão a outras autoridades. Por exemplo, estarão incluídos os milhares de magistrados e agentes do Ministério Público? Aqui o número de acusações é muito menor. **Contudo, o tratamento deve ser o mesmo.** Seja por interpretação extensiva da regra constitucional, seja por emenda a ser feita pelo Congresso. (**Reflexos da decisão do STF sobre o foro por prerrogativa de função:** <https://www.conjur.com.br/2018-mai-06/segunda-leitura-reflexos-decisao-stf-foro-prerrogativa-funcao>. Acesso em 15.5.2018).

Em suma, a interpretação coerente de sua competência constitucional quanto à prerrogativa de foro recomenda a este Superior Tribunal de Justiça restringir sua incidência no mesmo sentido operado pela Suprema Corte no julgamento da QO na AP 937: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir). Isso porque não há diferença intrínseca entre as autoridades previstas no artigo 102, I, “a” e “b”, da CF, e as autoridades sujeitas à prerrogativa nesta Corte Superior, elencadas no artigo 105 da CF. Em ambos os róis constam altas autoridades da República, detentoras de investiduras vitalícias ou sufragadas por voto popular; certo que as particularidades entre uma e outra categoria não justificam ao Superior Tribunal de Justiça excepcionar a matriz interpretativa fixada na Suprema Corte.

Ante ao exposto, resolvo a presente Questão de Ordem para interpretar restritivamente o artigo 105, I, “a”, da CF, de modo a fixar que a competência originária desta Corte Superior para processar e julgar os detentores de prerrogativa de foro deve ser restrita aos crimes praticados *no cargo* e *em razão* do cargo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Transportando as premissas ao caso concreto, constato que os supostos crimes imputados ao *Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios* **Márcio Michel Alves de Oliveira** teriam sido cometidos enquanto ele exercera mandato de Deputado Distrital, ou seja, fora do cargo atual e sem relação com o *mínus*. Como consequência, devem os autos serem baixados ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para **redistribuição** a uma das Varas Criminais, conforme suas regras de organização judiciária e competência.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2015/0280261-9

QO na
APn 857 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150020207343 252015

EM MESA

JULGADO: 16/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

ASSUNTO: DIREITO PENAL

QUESTÃO DE ORDEM

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : MÁRCIO MICHEL ALVES DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : ALEXANDRE VIEIRA DE QUEIROZ - DF018976
PRISCILLA DE AQUINO - DF044625
DIOGO DE MYRON CARDOSO PONZI - DF040262
RÉU : FERNANDO AUGUSTO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ANDRÉ VIEIRA LACERDA - DF053495

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator no sentido da inaplicabilidade ao STJ da questão de ordem resolvida pelo STF nos autos da Ação Penal 937/RJ e os votos antecipados do Sr. Ministro João Otávio de Noronha e da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura entendendo, preliminarmente, que cabe ao STJ interpretar a sua competência constitucional e, no caso concreto, determinando a baixa dos autos ao juízo de primeiro grau, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Aguardam os Srs. Ministros Raul Araújo, Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Og Fernandes.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QO na AÇÃO PENAL Nº 857 - DF (2015/0280261-9) (f)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AUTOR : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RÉU : **MÁRCIO MICHEL ALVES DE OLIVEIRA**
ADVOGADOS : **ALEXANDRE VIEIRA DE QUEIROZ - DF018976**
: **PRISCILLA DE AQUINO - DF044625**
: **DIOGO DE MYRON CARDOSO PONZI - DF040262**
RÉU : **FERNANDO AUGUSTO DE OLIVEIRA**
ADVOGADO : **ANDRÉ VIEIRA LACERDA - DF053495**

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. BREVE RESUMO DA HIPÓTESE

Em 10/4/2017, o Ministério Público Federal denunciou o atualmente Conselheiro do Tribunal de Contas do DF Márcio Michel Alves de Oliveira e Fernando Augusto de Oliveira, como incurso nas penas do crime descrito no art. 171, § 3º, do Código Penal.

A Questão de Ordem suscitada pelo douto Ministro Relator está relacionada à competência do Superior Tribunal de Justiça para analisar o recebimento de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, considerando que os apontados atos delitivos teriam sido praticados durante o exercício do denunciado como deputado distrital, ou seja, enquanto não exercia o cargo de Conselheiro.

O em. Relator, Ministro Mauro Campbell Marques, entendeu, em suma, que: **a)** a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal na QO na AP 937/RJ não seria aplicável ao presente caso, que versa sobre o foro por prerrogativa de função de Conselheiro de Tribunal de Contas; **b)** não haveria a incidência, na espécie, do princípio da simetria; **c)** a existência de proposta de súmula vinculante em trâmite perante o STF e de Emenda Constitucional perante o Congresso Nacional representaria óbice a que este Superior Tribunal analisasse a sua própria competência; **d)** a interpretação da competência originária desta Corte Superior, prevista no art. 105, I, "a", da Constituição Federal, revestir-se-ia de caráter puramente constitucional, o que representaria óbice a que o STJ enfrentasse a questão; e **e)** o art. 105, I, "a", da CF, mais do que prever hipótese de competência originária do STJ, estaria relacionado à especificação do juízo natural das autoridades ali indicadas na hipótese da prática de crimes, de modo que a Colenda Corte Especial do STJ estaria impedida de definir a extensão do mencionado direito-garantia fundamental.

A final propôs a fixação das seguintes teses: **a)** todos os feitos penais originários de competência desta Corte Especial devem permanecer em curso regular



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enquanto se aguarda eventual aprovação do Supremo Tribunal Federal em relação às Súmulas Vinculantes ou deliberação pelo Congresso Nacional quanto à eventual restrição do foro; **b)** a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ não é aplicável ao Superior Tribunal de Justiça, seja por ressalva expressa da própria Corte Constitucional, seja por simetria a Governadores, tendo em vista que não é possível dar tratamento desigual à autoridade que a própria Constituição Federal equiparou ao respectivo Juiz Natural.

Após o judicioso voto do em. Relator, o em. Ministro João Otávio de Noronha abriu a divergência, firmando a tese de que compete ao Superior Tribunal de Justiça apreciar a própria competência constitucional, no que foi acompanhado pela em. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, ambos aplicando o mesmo entendimento da Suprema Corte e determinando a remessa dos autos ao primeiro grau de jurisdição.

Assim se manifestou, na oportunidade, o em. Ministro João Otávio de Noronha:

Esta Casa se firma como tribunal superior ou será reduzida a uma condição de tribunal de apelação. Então, a primeira questão que se coloca é qual é o papel do Superior Tribunal de Justiça. Ele é um tribunal superior de jurisdição, como regra, recursal extravagante ou é um tribunal de apelação? Se ele é – e como de fato é – um Tribunal extravagante, um Tribunal de previsão constitucional, de competência prevista na Constituição, afigura-se, com a devida vênia, evidente que esta Corte tem, sim, que ler e interpretar a Constituição para fixar a sua competência. Aliás, todo juiz tem que interpretar a Constituição. Não é, com a devida vênia, função privativa do Supremo a interpretação da Constituição. Ao Supremo cabe a última interpretação e o faz em sede de controle de constitucionalidade.

[...]

Mas observem: como uma Corte Superior, que tem a sua competência elencada no texto constitucional, não pode interpretar as regras que fixam ou estabelecem a sua competência? Como vamos nos definir competentes para determinadas causas, litígios se não interpretarmos a Constituição?

É evidente que o Superior Tribunal de Justiça, com a máxima vênia do Ministro Mauro, tem, sim, aptidão e competência para interpretar normas constitucionais. E nem há de se falar aqui, com a devida vênia, de que a interpretação há de ser restrita e só o Supremo poderia fazer uma interpretação dilatada ou analógica. Metodologia de interpretação cabe em qualquer situação, em qualquer circunstância. Leiam Karl Larenz e verão que a interpretação da Constituição é interpretação de uma lei, de um texto do qual se extrai uma norma, norma que pode alterar sem que o texto tenha sido modificado. São vários os exemplos em que se altera a norma sem que o texto tenha sido modificado.

[...]

Portanto, não concordo, não posso concordar com a assertiva de que esta Corte não possa promover a interpretação da Constituição para determinar e fixar a sua competência. Não teria como julgar aqueles conflitos de competência ou aquelas causas, então, que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo ainda não apreciou, embora previsto na Constituição, e a competência fosse desta Casa. Não, não. É apequenar, é diminuir o papel desta tão importante Corte, que nasce na Constituição de 88 como soberana, como superior, para resguardar a ordem jurídica, para dar a última palavra na interpretação do direito infraconstitucional, mas, também, com uma competência originária para julgar os crimes praticados pelos entes elencados no art. 105, inciso I, alínea a, do Texto Constitucional.

E nessa competência originária, a amplitude interpretativa se impõe. Aqui não exercemos competência recursal, não estamos exercendo o papel reservado a esta Corte no art. 105, inciso III, que prevê a competência recursal a ser julgada em sede de recurso especial. Não, não e não, definitivamente. É ampla a competência desta Corte em julgar os crimes previstos ou os agentes que praticaram delitos elencados no art. 105, inciso I. Esta Corte aqui exerce, neste momento, também um papel de primeiro grau, de amplitude máxima no julgamento.

[...]

Portanto, não vejo sob esse argumento de que não poderíamos interpretar a Constituição, para fixar as regras de competência traçadas no art. 105, inciso I, alínea a, da Constituição Federal.

[...]

Agora, pergunto: quem vai fixar a nossa competência? O Supremo? Que Corte é esta? Subalterna do Supremo? Ou esta Corte, de previsão constitucional, tem competência e regras próprias, tem um regulamento constitucional próprio? Esta Corte tem que ir a reboque do Supremo? Ou ela é a maior autoridade para interpretar o direito federal infraconstitucional? E é uma autoridade grande ao julgar os crimes, cuja competência a Constituição nos delegou.

Não podemos reduzir o papel do Superior Tribunal de Justiça. Não temos que esperar nada quando dizem que não julgamos. Precisamos entender: não julgamos porque não queremos aqui, agora. O Supremo vai definir a competência desta Casa? Nós vamos esperar? E aquilo que não for alçado ao Supremo? Vamos continuar julgando, ainda que tenhamos em mente a inconstitucionalidade do dispositivo? Repito, é apequenar o papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Portanto, penso que é, sim, competente o Superior Tribunal de Justiça para, relendo a Constituição, relendo o art. 105, I, fixar as regras de sua competência originária. Não precisamos nos valer de nenhum argumento de simetria porque o Supremo decidiu. Poderíamos ter decidido antes, poderíamos tê-lo feito há muito tempo.

[...]

Voto pela baixa dos autos. Entendo que conselheiro, porque não tem nenhum vínculo com o juiz, pode, sim, ser julgado por um juiz de primeiro grau. [g.n.]

Por sua vez, a em. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura manifestou-se nos seguintes termos:

Parece-me que a questão de ordem é relativamente simples, quer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

saber se a Corte Especial pode interpretar a sua competência constitucional. Como disse o Ministro João Otávio de Noronha, todo juiz pode fazer essa interpretação.

[...]

A nós cabe, a meu ver, a interpretação da Constituição naquilo que o art. 105 diz, que é a nossa competência originária. O Supremo Tribunal Federal disse o que é competência originária dele no art. 102. E a nós cabe dizer se nós seguimos ou não aquela diretriz fixada pelo Supremo relativamente aos casos de sua competência. Então, eu acredito que nós não só podemos como devemos fazer.

[...]

E também, por outro lado, com o devido respeito ao memorial apresentado pelo Ministério Público, quando afirma que "a autoridade dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça transmite segurança e tranquilidade para investigados e denunciados, assim como para os cidadãos, é a garantia de que não temem nem se curvam ao poder das elevadas autoridades nos Estados membros ou no Distrito Federal. A confiança na autoridade de suas decisões é capaz de devolver paz social", com a mais respeitosa vênua, não penso que só o Superior Tribunal de Justiça tenha autoridade para julgar outras pessoas que se submetem ao nosso crivo. Todo Tribunal tem a sua autoridade, assim como o Supremo Tribunal Federal tem a sua autoridade. Então, não me parece que alegar autoridade desta Corte para julgar determinadas pessoas elencadas na Constituição seja uma questão a definir se podemos ou não devolver determinados casos a Primeiro Grau.

[...]

O caso concreto diz com um membro de Tribunal de Contas. Nós poderíamos não definir uma tese que valha já de pronto, como assim fez o Supremo Tribunal Federal, para todos, mas vamos na esteira do Supremo Tribunal Federal e dizer que, nesse caso concreto, que é membro de Tribunal de Contas, nós entendemos que podemos dizer o mesmo que disse o Supremo Tribunal Federal: não sendo no exercício do cargo ou em razão deste, devolvemos à primeira instância, e deixar para outra oportunidade outros cargos sobre os quais possamos ter alguma outra discussão.

[...]

[...] entendo que, ao defender a interpretação restritiva das competências constitucionais, o Ministro Barroso utilizou, nos termos da tese abstrata suscitada na questão de ordem, *ratio decidendi* para limitar a prerrogativa a todas as autoridades da República, referindo-se, expressamente, à competência de outras Cortes no item 31-32 do seu voto.

[...]

E fala que está previsto na Constituição Federal e remete inclusive à competência nossa do art. 105, com referência a governadores de Estado, Distrito Federal, e os desembargadores – é a nossa competência do art. 105.

[...]

Então, não vejo aqui uma negativa do Supremo para dizer: não, apenas em caso de parlamentar, senador e deputado é que nós vamos restringir a análise do foro. E, sim, que, naquele momento, na discussão daquele caso, mais apareceu a maioria do Supremo a dizer: vamos aqui hoje nos restringir a essa hipótese, mas existe para todas as autoridades a mesma questão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Ou seja, é possível, sim, a meu ver; a nossa Corte tem legitimidade constitucional para interpretar a sua própria competência. E entendo mais, que, se nós adotarmos uma solução diversa daquela que estabeleceu o Supremo, conflitará com a interpretação constitucional fixada naquela questão de ordem, porque, primeiro, onde há o mesmo fundamento deverá haver o mesmo direito, e onde há a mesma razão de ser deve prevalecer a mesma razão de decidir. Então, não vejo aqui diferença substancial entre as autoridades previstas no art. 102, I, a e b, da Constituição e as autoridades sujeitas à prerrogativa neste STJ ao ponto de justificar soluções diferentes.

[...]

Na minha opinião, voto no mesmo sentido do Ministro João Otávio de Noronha para interpretar restritivamente e, no caso de membro de Tribunal de Contas, adotar o mesmo pensamento do Supremo Tribunal Federal, de que o crime deve ter sido cometido no exercício do cargo e em razão da função que ele ocupa. Daí por que, neste caso, aplicando ao caso concreto, se essa regra viesse, em tese, a ser adotada, levaria a considerar a remessa dos autos a Primeiro Grau. [g.n.]

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a controvérsia, diante da qualidade do voto do eminente relator e dos Ministros que me precederam.

2. URGÊNCIA PARA APRECIAR O TEMA NO ÂMBITO DA CORTE ESPECIAL

A matéria trazida à apreciação deste colegiado reveste-se de importância capital, como se sabe, pois poderá ter reflexo na competência originária do Superior Tribunal de Justiça, além de servir como referência jurisprudencial aos demais casos, eventualmente trazidos à sua apreciação, como já se tem notícia em diversas situações (tanto nas Turmas Criminais do STJ, assim também em diversos outros tribunais com foro por prerrogativa de função).

De fato, após o julgamento recente do Supremo Tribunal Federal na QO na AP 937, a questão da competência para apreciação dos processos submetidos à regra do foro por prerrogativa de função fora do STF ficou incerta, porquanto os julgamentos dos processos ora em andamento carecem da determinação dos paradigmas de fixação da titularidade judiciária, a fim de preservar o corolário do juiz natural e garantir o devido processo legal perante a autoridade judiciária competente.

Oportuno ressaltar que a competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento das autoridades previstas no art. 105, I, "a" da CF é absoluta e o desrespeito a tais regras pode gerar a nulidade do feito. Confira-se o seguinte julgado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR. PARÂMETRO DE VALIDADE. ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO. ORDEM PÚBLICA, SOBERANIA NACIONAL E BONS COSTUMES. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVAS ILÍCITAS DERIVADAS. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. EXCEÇÕES. TEORIA DA MANCHA PURGADA. NEXO DE CAUSALIDADE. ATENUAÇÃO. PRERROGATIVA DE FORO. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA. DESMEMBRAMENTO. FORO PREVALENTE. ART. 78 DO CPP. PREJUÍZO CONCRETO. DEFESA. AUSÊNCIA. CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADA. APTIDÃO DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONSUNÇÃO. MATÉRIA DE PROVA. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. RECEBIMENTO.

[...]

6. Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo.

7. A fase investigativa de crimes imputados a autoridades com prerrogativa de foro no STJ, ocorre sob a supervisão desta Corte, a qual deve ser desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia.

8. Havendo indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao foro prevalente, definido segundo o art. 78, III, do CPP, o qual é o único competente para resolver sobre a existência de conexão ou continência e acerca da conveniência do desmembramento do processo.

[...]

14. Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida.

(APn 856/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 6/2/2018) [grifo nosso]

Nesse passo, **não parece razoável a espera pelo posicionamento do Excelso Pretório** a respeito da extensão dos efeitos do julgado também aos jurisdicionados referidos no art. 105, I, "a", da CF.

Com efeito, sendo a matéria referente à própria competência do STJ - naqueles casos de detentores de foro -, parece razoável supor que nenhum desses temas chegará à apreciação do STF se não houver deliberação por parte desta Colenda Corte Especial, de modo a desafiar o recurso cabível, salvo se aprovada a súmula vinculante já proposta e a ser aludida oportunamente.

Ressalto, outrossim, que, a despeito de a decisão proferida na QO na AP 937 não ter aplicado a extensão dos seus efeitos aos ocupantes dos demais cargos sujeitos ao foro por prerrogativa de função, também não há, em seus termos, nenhum impedimento ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vedação de que seus fundamentos sejam imediata e integralmente adotados por outras instâncias. Ao contrário, parece mesmo que há um estímulo para que isso ocorra, para dissipar as incertezas, na medida em que o Pretório Excelso, naquela situação, só poderia mesmo decidir à vista do caso concreto, dada a sede processual na qual submetida a matéria - Questão de Ordem em ação penal.

Ademais, chama a atenção, como será destacado oportunamente, que todos os fundamentos invocados no voto vencedor na QO na AP 937 dizem respeito a princípios e valores que não se aplicam apenas aos deputados federais e senadores.

Por fim, ressalto que as teses aqui propostas devem ser aplicadas, haja vista a restrita sede processual na qual submetida a matéria - Questão de Ordem em Ação Penal -, nesse momento, tão somente aos casos de foro por prerrogativa de Conselheiros de Tribunais de Contas, pois, como cediço, a apresentação de questões de ordem visa à resolução de causa procedimental, cuja solução influenciará a percepção do órgão julgador na causa afeta a julgamento, conforme previsão do art. 34, IV, do RISTJ.

Fica ressalvada, assim, expressamente, nova apreciação para cada um dos ocupantes de cargos com foro por prerrogativa de função no STJ e estruturados em carreira de estado (desembargadores, juízes do TRF, TRT e TRE, procuradores da república que oficiam em tribunais), o que será feito oportunamente, não sendo aplicada a mesma fundamentação.

3. DA POSSIBILIDADE DE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA APRECIAR A PRÓPRIA COMPETÊNCIA, A PARTIR DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL (ART. 105, I, "a", CF)

3.1. A questão jurídica precípua posta na presente questão de ordem diz respeito à possibilidade ou não do Superior Tribunal de Justiça examinar e delimitar a própria competência como pressuposto indispensável à efetiva prestação jurisdicional.

Em síntese, a discussão limita-se a analisar se esta Corte Superior é habilitada a interpretar o art. 105, I, "a", da Constituição Federal, que trata da competência originária deste Tribunal.

Posta a controvérsia nesses termos e rogando as mais respeitosas vênias ao eminente relator, entendo que o Superior Tribunal de Justiça não só pode, mas, na verdade, deve interpretar referido o dispositivo constitucional, atuando, ao fim e ao cabo, como o primeiro juiz de sua própria competência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.2. Com efeito, consoante cediço, a jurisdição é “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça” (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 150).

Os mestres processualistas lembram que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é uma emanção da soberania nacional. Como função, é a incumbência afeta ao órgão jurisdicional de, por meio do processo, aplicar a lei aos casos concretos. Como atividade, é o complexo de atos do juiz no processo, tendentes a dar a cada um o que é seu.

A competência, por sua vez, é a medida da jurisdição ou, nas palavras de Liebman, a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a um órgão ou grupo de órgãos.

Trata-se de requisito essencial ao exercício das funções jurisdicionais atribuídas ao Poder Judiciário, motivo pelo qual é entendida como imprescindível pressuposto de admissibilidade do provimento jurisdicional (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 638).

Com efeito, a verificação da competência do órgão julgador é atitude a ser desempenhada no limiar do processo, sem o que a prestação da tutela jurisdicional de forma justa, célere e efetiva não ocorrerá.

Nesse contexto, conforme lição de Pontes de Miranda, cabe a cada magistrado ser o primeiro juiz de sua própria competência, porquanto todos os que julgam têm competência para conhecer das questões que concernem à sua própria exclusão, *verbis*:

Todos os juízes têm poder para se dizerem competentes e, pois para se dizerem incompetentes, portanto, para julgar alguma coisa que está antes da sua competência; donde: todos os que julgam têm competência para conhecer das questões que concernem à sua própria exclusão, - competência que lhes dá posição pré-processual, se se trata de questão de existência da relação processual, ou de autocontrole, se se trata de questão de validade ou de eficácia. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 156) [g.n.]

O controle da própria competência não é, pois, faculdade do julgador, mas, antes, poder-dever que lhe é atribuído pelo sistema jurídico.

Trata-se da máxima jurídica segundo a qual **“todo juiz é juiz da própria competência”**.

Nesse sentido, é também a lição de Cândido Rangel Dinamarco, para quem é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sempre ao próprio juiz da causa que compete, em primeiro lugar, resolver eventuais questões sobre sua competência, em atenção ao princípio ou à regra da *Kompetenz-Kompetenz*, *verbis*:

Importante projeção sistemática e prática da distinção entre casos de competência absoluta e de competência relativa é que, quanto aos primeiros, o juiz tem o poder-dever de fazer por si próprio o controle de sua competência, declarando-se incompetente se for o caso – quer as partes hajam levantado a questão, quer não o hajam (CPC, art. 113) (...).

(...)

Em qualquer hipótese, é sempre ao próprio juiz da causa que compete em primeiro lugar resolver eventuais questões sobre sua competência – seja de ofício ou por provocação da parte, conforme o caso – o que ele fará mediante decisão interlocutória suscetível de agravo ao tribunal a que estiver subordinado (CPC, arts. 113, 307 ss., 533). Tal é a competência da competência (*Kompetenz-Kompetenz*), que exclui a competência originária dos tribunais para o controle da competência dos juízes inferiores. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituição de Direito Processual Civil*. v. I. 6. ed. rev. e atual., 2009, p. 455-456) [g.n.]

No mesmo sentido, manifesta-se a também clássica lição de Hélio Tornaghi:

(...) a lei adota vários critérios e contém inúmeras regras para a determinação da competência. O primeiro aplicador dessas regras é o próprio juiz: cabe-lhe julgar de sua competência, isto é, conhecer do feito quando entende que a tem e, ao contrário, declinar dele no caso oposto. **Tudo isso se traduz na regra: todo juiz é juiz da própria competência.** (TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. t. I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, p. 94) [g.n.]

Menciona-se, ademais, copiosa doutrina:

De acordo com a regra da *Kompetenzkompetenz*, todo juízo tem competência para julgar a sua própria competência. O juiz é, sempre, o juiz da sua competência.

Assim, todo órgão jurisdicional tem sempre uma competência mínima (podemos chamá-la de atômica): a competência para o controle da própria competência. Por mais incompetente que seja o órgão jurisdicional, ele sempre terá competência para decidir se é ou não competente (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 19. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 224) [g.n.]

A competência é um pressuposto processual subjetivo relativo ao juiz. **O juiz é o primeiro a julgar sua própria competência. Todo órgão judiciário é juiz da própria competência (*kompetenz-kompetenz*)** (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 148)

Lembremos que, tão logo o magistrado tome conhecimento de denúncia ou queixa, é ele o primeiro juiz de sua própria competência. Entendendo não ser o indicado pela lei para julgar o feito,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve remeter os autos a quem considerar competente. Eventualmente, feita a remessa e não aceita a competência pelo juízo receptor, instala-se assim um conflito negativo de competência (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: p. 293) [g.n.]

Princípio da competência sobre a competência. Este é o princípio que baliza toda a verificação e os incidentes a respeito da competência. **De acordo com esse princípio (chamado, pelos alemães, de *Kompetenz-Kompetenz*), todo juiz tem competência para apreciar sua competência para examinar determinada causa.** Trata-se de decorrência inevitável da cláusula que outorga ao magistrado da causa o poder de verificar a satisfação dos pressupostos processuais. Se a competência é um destes pressupostos, é natural que o juiz da causa tenha o poder de decidir (*ao menos em primeira análise*) sobre sua competência (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. v. 2. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 46) [g.n.]

Zur Vermeidung von Zuständigkeitskonflikten haben die JugGe grundsätzlich die **Kompetenz-Kompetenz**, dh die Befugnis, über ihre Zuständigkeit selbst zu entscheiden (MEYER-GOSSNER, Lutz; CIERNIAK, Jürgen. *Strafprozessordnung*. München: Verlag C. H. Beck, 52 Auflage, 2009) [g.n.]

Oferecida a denúncia ou queixa, o Juiz deverá, antes de recebê-la, analisar a matéria sob o ponto de vista da competência e, se se julgar incompetente, procederá de acordo com o art. 109 do CPP (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 2. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 691) [g.n.]

O sistema jurídico precisa de coerência lógica, sob pena de que o casuísmo e as exceções inexplicáveis façam da previsibilidade letra morta e tornem o sistema verdadeiro caos e casuísmo.

Daí porque durante muito tempo restou inexplicada a situação do juiz que, mesmo incompetente, atuava no processo e reconhecia ser incompetente. Vale dizer, como pode um juiz incompetente tomar algum ato decisório em processo no qual não poderia atuar?

Dos estudos da doutrina desenvolve-se na Alemanha a ideia da *Kompetenz-Kompetenz*. Apesar de incompetente, todo juiz possui alguma competência para a prática de determinados atos, entre os quais o reconhecimento de sua própria incompetência.

A este respeito manifesta-se a doutrina alemã: "Para evitar conflitos de jurisdição, os juízes têm fundamentalmente a competência-competência, ou seja, o poder para decidir sobre sua competência (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 342) [g.n.]

Nesse passo, o art. 109 do Código de Processo Penal preceitua que, em qualquer fase do processo, se o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, sendo destituída de maior importância, no processo penal, a distinção entre incompetência absoluta e relativa (BADARÓ, Gustavo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 227).

No Código de Processo Civil, por seu turno, dos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 64, depreende-se que, de fato, é atribuído ao próprio julgador a competência mínima para exercer o primeiro controle de sua própria competência, *verbis*:

Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§ 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.

§ 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.

§ 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente. [grifo nosso]

Em sede jurisprudencial, existem precedentes desta Corte Superior reconhecendo que é ao órgão jurisdicional - seja o juiz de direito, seja o árbitro -, em atenção ao princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, que compete exercer o primeiro controle da própria competência:

O Princípio da competência sobre a competência (*kompetenz kompetenz*), de origem alemã, traduz o entendimento que o juízo provocado é o primeiro a examinar sua própria competência, podendo, via de regra, repudiá-la de plano.

(CC 139.519/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 10/11/2017) [g.n.]

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – SERVIÇOS DE TELEFONIA – ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL – COBRANÇA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DA COBRANÇA – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL – INTERESSE AFASTADO PELA JUSTIÇA FEDERAL – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 150/STJ.

1. O interesse jurídico da ANATEL foi afastado pelo Juízo Federal, pois o objeto da lide é o pagamento da assinatura básica residencial. Tratando-se de relação jurídica instaurada em ação entre a empresa concessionária de serviços públicos e o usuário, não existindo interesse na lide do poder concedente (a União), falece, a fortiori, competência à Justiça Federal.

2. A competência sobre competência, princípio de origem alemã (*Kompetenzkompetenz*), ganha relevo e diferenciação no âmbito do parcelamento constitucional da jurisdição entre os órgãos comuns (Justiça Estadual) e os especiais (Justiça Federal). Daí o conteúdo da Súmula 150/STJ: "Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas."

3. A competência deve permanecer firmada no âmbito do Juízo Estadual. Agravo regimental improvido.

(AgRg no CC 52.437/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/5/2008, DJe 16/6/2008) [g.n.]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA - CLÁUSULA ARBITRAL CONSTANTE DE CONTRATO CELEBRADO NO EXTERIOR, SOB EXPRESSA REGÊNCIA DA LEI ESTRANGEIRA - PEDIDO DE ARBITRAGEM FORMULADO NO EXTERIOR - AÇÕES DE NULIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL, MOVIDAS PELA REQUERIDA NO EXTERIOR E NO BRASIL - PRECEDENTE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA ESTRANGEIRA HOMOLOGADA QUE AFASTOU NULIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL, DETERMINOU A SUBMISSÃO À ARBITRAGEM E ORDENOU, SOB SANÇÃO PENAL, A DESISTÊNCIA DO PROCESSO BRASILEIRO - POSTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA NACIONAL, DECLARANDO A NULIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL - JURISDIÇÕES CONCORRENTES - PREVALÊNCIA DA SENTENÇA QUE PRIMEIRO TRÂNSITOU EM JULGADO, NO CASO A SENTENÇA ESTRANGEIRA - CONCLUSÃO QUE PRESERVA A CLÁUSULA ARBITRAL, CELEBRADA SOB A EXPRESSA REGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA - PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA "KOMPETENZ KOMPETENZ" - DEFERIMENTO, EM PARTE, DA HOMOLOGAÇÃO, EXCLUÍDA APENAS A ORDEM DE DESISTÊNCIA DO PROCESSO NACIONAL E A SANÇÃO PENAL, ANTE A OFENSA À ORDEM PÚBLICA PELA PARTE EXCLUÍDA.

[...]

3.- Ante a cláusula arbitral, de rigor a submissão da alegação de nulidade primeiramente ante o próprio tribunal arbitral, como resulta de sentença estrangeira homologada, que atende ao princípio "Kompetenz Kompetenz", sob pena de abrir-se larga porta à judicialização nacional estatal prematura, à só manifestação unilateral de vontade de uma das partes, que, em consequência, teria o poder de, tão somente "ad proprium nutum", frustrar a arbitragem avençada.

[...]

5.- Sentença estrangeira parcialmente homologada, para a submissão das partes ao procedimento arbitral, afastada, contudo, a determinação de desistência, sob pena de multa, da ação movida no Brasil.

(SEC 854/EX, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/10/2013, DJe 7/11/2013) [g.n.]

A situação não é - e creio nem poderia ser - diferente em se tratando da competência originária dos Tribunais Superiores.

De fato, deve-se destacar que competência originária, a rigor, não é apenas aquela atribuída aos tribunais em casos excepcionais, mas sim toda e qualquer competência inicial. Em outras palavras, competência originária é sinônimo de competência inicial.

É a lição de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra:

Rigorosamente, competência originária não é apenas a competência inicial dos tribunais, nos casos excepcionais em que a causa deve ser proposta diretamente perante eles (em oposição à sua competência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recursal): a competência originária será, conforme o caso, dos órgãos de primeiro ou de segundo grau de jurisdição – ou mesmo dos órgãos de superposição – segundo normas ditadas pela Constituição Federal ou pelas estaduais. Competência originária é sinônimo de competência inicial (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituição de Direito Processual Civil*. v. I. 6. ed. rev. e atual., 2009, p. 431) [g.n.]

A competência originária é, em regra, dos órgãos inferiores (órgãos judiciais de primeiro grau de jurisdição, ou de 'primeira instância'). Só excepcionalmente ela pertence ao Supremo Tribunal Federal (...), ao Superior Tribunal de Justiça (...) ou aos órgãos de jurisdição superior de cada uma das Justiças (...). Demais casos de competência originária dos tribunais de cada Justiça são estabelecidos em lei federal (...) ou nas Constituições dos Estados. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, p. 258) [g.n.]

Desse modo, assim como o juiz singular, também esta Corte Superior deve exercer o controle da própria competência, máxime em se tratando de ações originárias, porquanto atua, nesses casos, não como Corte de Revisão ou de Superposição, mas como primeiro julgador da causa.

Não por outro motivo, o em. Min. Luís Roberto Barroso consignou, no voto vencedor na QO na AP 937, que caberia ao Supremo Tribunal Federal interpretar a própria competência, assentando, ainda, que, com base na teoria dos poderes implícitos, deve-se buscar "conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional" como forma de garantir a "integral realização dos fins que lhe foram atribuídos" (voto do Min. Celso de Mello na ADI 2.797).

Idêntico raciocínio deve ser aplicado a esta Corte Superior, segundo penso.

A única diferença que existirá entre a atuação do Superior Tribunal de Justiça e a da Corte Suprema, quanto ao ponto, "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)" (Inq. nº 4313/PA, Rel. Min. Celso de Mello).

Ou seja, embora deva o Superior Tribunal de Justiça delimitar a própria competência, caberá ao Supremo Tribunal Federal, é certo, dar a última - **e não única** - palavra em matéria constitucional.

Nesse contexto, vale mencionar interessante passagem da clássica obra de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Francisco Campos, segundo a qual a interpretação da Constituição não é sequer atividade exclusiva da Suprema Corte, cabendo, a rigor, a todos os Poderes da República no intuito de dirimir as questões relativas a sua competência, *verbis*:

Não se compreende que um poder não possa tomar decisões sobre a sua própria competência, determinando o alcance das cláusulas em que vem ela estabelecida e a propósito das quais se questiona freqüentemente assim no Congresso, como nos tribunais (...) **Cada poder é, em outros termos, juiz da sua própria competência.**

Nem podia deixar de ser assim nos regimes, como o nosso, que os tribunais não são órgãos consultivos, mas só opinam sobre a inconstitucionalidade das leis por ocasião de aplicá-la aos casos concretos. **Cada poder, assim, só tem a contar consigo mesmo para dirimir as questões relativas à sua competência.** Recusar, por conseguinte, ao Poder Legislativo ou Executivo a faculdade de interpretar a Constituição e em virtude da sua interpretação tomar decisões sobre a própria competência, seria instalar nos dois grandes motores da vida política do país ou do Estado o princípio da inércia e da irresponsabilidade, paralisando o seu funcionamento por um sistema de frenação e obstrução permanentes, ao mesmo tempo que se abririam válvulas de escapamento à pressão dos seus deveres constitucionais. **É, conseqüentemente, um axioma fundamental ao nosso regime o de que a cada um dos Poderes, de que se compõe o Governo do país, cabe a faculdade de interpretar a Constituição e de, consoante a inteligência que dá, ajuizar e decidir da sua própria competência e, portanto, dos seus próprios atos.** Nem de outra maneira nunca se entendeu o regime sob o qual vivemos. Eis como se pronunciam FINLEY and SANDERSON:

All os the departments of the government unquestionably have the right of judging of the constitution and interpreting it for themselves.

(CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. v. I. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956, p. 441-442) [g.n.]

Com efeito, deve-se destacar que o presente caso não trata de recurso especial ou de qualquer competência recursal desta Corte, mas especificamente de ação penal originária. Com a devida vênia, não há como se admitir, nessa ordem de ideias, que, sendo o primeiro órgão jurisdicional a tomar contato com a crise de direito material posta para ser dirimida pelo Poder Judiciário, este Superior Tribunal se olvide de analisar, como faz todo e qualquer julgador, a própria competência para apreciar a matéria, ainda que, na espécie, esta esteja prevista na Constituição Federal.

O simples fato de a regra de competência estar prevista em texto constitucional não pode representar óbice à análise, por esta Corte de Justiça, de sua própria competência, sob pena de se inviabilizar, nos casos como o dos autos, o exercício do poder-dever básico de todo órgão julgador, impedindo o imprescindível exame de importante pressuposto como a admissibilidade do provimento jurisdicional.

Em síntese, se todo magistrado, como já destacado, é o primeiro juiz de sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

competência e se nesses casos não se alude à existência de qualquer óbice à interpretação de normas constitucionais, não há como se admitir, observada a máxima vênia, que esta Corte Superior esteja impossibilitada de fazê-lo.

3.3. A interpretação constitucional, frise-se, é indispensável para o exercício da atividade jurisdicional. Todo e qualquer magistrado deve aplicar o Direito, de acordo com a incidência das normas jurídicas, sempre tendo em conta as regras e os princípios previstos na Constituição da República, sem o que restaria inviabilizada a própria interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Desse modo, a interpretação do texto constitucional não é estranha a esta Corte Superior.

De fato, não é nova a distinção entre texto (ou enunciado normativo) e norma jurídica e a inexistência de correspondência biunívoca entre estes dois conceitos.

As normas jurídicas “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”, de modo que “a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. **Sua atividade consiste em constituir esses significados**” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 50-52) [grifo nosso].

No mesmo sentido, o escólio de Eros Roberto Grau, *verbis*:

O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo.

A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos - disposições, preceitos, enunciados - em normas.

Daí, como as normas resultam da interpretação, o ordenamento, no seu valor hitórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas.

O conjunto dos textos - disposições, enunciados - é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais [Zagrebelsky].

O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem [Ruiz e Cárcova].

(GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 27) [g.n.]

Desse modo, impende consignar que a interpretação sistemática da legislação infraconstitucional, dentro dos ditames traçados pela Constituição Federal, passa, muitas vezes, pela atribuição de sentido ao próprio texto da Lei Fundamental, isto é, pela própria interpretação de suas disposições pertinentes ao caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, manifesta-se o em. Min. Luís Roberto Barroso, em obra doutrinária, *verbis*:

Em todo ato de concretização do direito infraconstitucional estará envolvida, de forma explícita ou não, uma operação mental de controle de constitucionalidade. A razão é simples de demonstrar. **Quando uma pretensão jurídica funda-se em uma norma que não integra a Constituição - uma lei ordinária, por exemplo, o intérprete, antes de aplicá-la, deverá certificar-se de que ela é constitucional.** Se não for, não poderá fazê-la incidir, porque no conflito entre uma norma ordinária e a Constituição é esta que deverá prevalecer. Aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição.

(BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009) [g.n.]

Observa-se, portanto, que não é possível atuar como guardião da legislação infraconstitucional sem conferir a tais textos legislativos interpretação em harmonia com os princípios, as regras e os valores constitucionalmente assegurados, sem que isso represente, é bom destacar, qualquer perda de autonomia dos institutos previstos infraconstitucionalmente e que possuem evolução jurídica e histórica próprias, que devem ser preservadas.

Mencionam-se, por oportuno, precedentes nos quais esta Corte Superior levou em consideração - e, portanto, interpretou - diversos dispositivos constitucionais:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

(REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 1/2/2012) [g.n.]

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. ENTRADA EM DOMICÍLIO SEM ORDEM JUDICIAL E SEM ELEMENTOS MÍNIMOS DE TRAFICÂNCIA NO LOCAL. PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO.

1. Ainda que esta Sexta Turma tenha admitido como fundamento para a prisão preventiva a relevante quantidade de entorpecentes apreendidos em poder da paciente, tratando-se de 132 pedras de crack, 84 papelotes de cocaína e ainda 26 trouxinhas de maconha, não foi apontado nenhum elemento idôneo para justificar a entrada dos policiais na residência da paciente, citando-se apenas a verificação de denúncias de tráfico de drogas que receberam através do "Disque Denúncia", e a fuga do adolescente.

2. Verifica-se ofensa ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, determinado no art. 5º, inc. XI, da Constituição da República, quando não há referência a prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas, não se tratando de averiguação de informações concretas e robustas acerca da traficância no domicílio violado.

3. Recurso em *habeas corpus* provido, para a soltura da recorrente, TEREZA RODRIGUES, e de ofício determinar o trancamento da Ação Penal n. 0001783-23.2016.8.26.0695.

(RHC 83.501/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 6/3/2018, DJe 5/4/2018) [g.n.]

Não se ignora que, na hipótese, se está diante, não da interpretação de normas infraconstitucionais - embora elas existam, estando previstas no art. 84 do Código de Processo Penal e na Lei n. 8.038/90 -, mas sim de interpretação do próprio texto constitucional de acordo com os limites interpretativos possibilitados pela própria Carta da República.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não obstante, os precedentes acima demonstram que a interpretação da Constituição, de fato, não é estranha a esta Corte Superior, de modo que, tratando-se de competência originária, por muito maior razão, não se vislumbra óbice a que este órgão especial interprete a norma constitucional como antecedente lógico e necessário ao exame de sua própria competência.

Como mencionado alhures, compete ao Supremo Tribunal Federal dar a última, mas não a única, interpretação constitucional.

Ademais, sendo a matéria referente à própria competência do STJ, é razoável supor que este tema não chegará à apreciação do STF se não houver anterior deliberação por parte desta Colenda Corte Superior, de modo a desafiar o recurso cabível, para, **aí sim, o Excelso Pretório dar a última interpretação do texto constitucional.**

Nesse diapasão, importa consignar que a interpretação e a delimitação dos contornos da própria competência tampouco é novidade nesta Corte Especial.

Há precedente em que este órgão fracionário examinou e interpretou o art. 96, III, e o próprio art. 105, I, "a", ambos da Constituição Federal, para afastar a competência deste Tribunal Superior para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, deputados estaduais, Procuradores-Gerais de Justiça dos estados, bem como demais membros dos Ministérios Públicos estaduais que oficiem perante tribunais:

PROCESSO PENAL - QUESTÃO DE ORDEM - AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA - COMPETÊNCIA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 105, I, "a", e 96, III) - PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA E DEPUTADO ESTADUAL - SIMETRIA - "COMPETÊNCIA IMPLÍCITA" - LACUNA - INEXISTÊNCIA - DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Trata-se de representação formulada pela Diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado da Polícia Federal, em que requer instauração, no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, de inquérito para investigação de atos atribuídos a Deputado Estadual e Procurador-Geral de Justiça.

2. Não se visualiza competência implícita do Superior Tribunal de Justiça para julgamento dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados-Membros da Federação. O Constituinte Originário, ao tratar da competência criminal originária dos Tribunais de Justiça, menciona membros do Ministério Público (art. 96, III), não fazendo diferença entre os Promotores de Justiça (com atuação perante os Juízes de Primeiro Grau) e os Procuradores de Justiça (com atuação perante os Tribunais de Justiça).

3. A regra se complementa, em uma interpretação sistemática, pelo que dispõe o art. 105, inciso I, alínea "a", ao atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar, originariamente, as autoridades que ali arrola, fazendo, inclusive, expressa menção aos Membros do Ministério Público que oficiem perante tribunais, mas apenas aos que compõem o Ministério Público da União. Nada mencionou acerca dos Membros do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministério Público dos Estados-Membros que oficiem perante Tribunais.

4. O presente caso difere dos julgados do Pretório Excelso, trazidos pelo representante, em que se verificaram verdadeiras lacunas nas normas de competência estabelecidas na Carta Magna, admitindo-se existência de "competência implícita".

5. Não se pode olvidar que o próprio Supremo Tribunal Federal vem, diuturnamente, reafirmando o entendimento de que as regras de competência estabelecidas na Carta Magna devem ser interpretadas de forma restritiva, em atenção ao princípio constitucional explícito do juiz natural. Precedentes.

6. Não se vislumbra existência de princípio implícito que permeia a Constituição da República, de aplicação cogente, segundo o qual as autoridades judiciárias (Magistratura e Ministério Público) são processadas e julgadas, nos crimes comuns, perante cortes de grau superior ao daquelas perante as quais elas atuam.

6. Assim como cabe ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, "b", da Constituição processar e julgar, pela prática das infrações penais comuns, o Procurador-Geral da República - que oficia perante aquele Tribunal Superior -, assim o é em relação aos Procuradores-Gerais de Justiça, que devem ser processados e julgados pelos Tribunais de Justiça, nos crimes comuns.

7. Questão de ordem resolvida, com declaração da incompetência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, atos atribuídos a Deputados Estaduais e Procuradores-Gerais de Justiça Estaduais, bem como demais membros dos Ministérios Públicos Estaduais que oficiem perante tribunais. Encaminhamento dos autos ao Exmo. Procurador-Geral da República, para análise dos fundamentos da Representação à luz do disposto no art. 109, § 5º, da Constituição Federal, e possível formulação de Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) para o Tribunal Regional Federal.

(Rp 479/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/8/2015, DJe 14/10/2015) [g.n.]

Em outra oportunidade, esta Corte Especial, também interpretando e definindo o alcance da regra prevista no art. 105, I, "a", da CF, consignou que competiria ao Superior Tribunal de Justiça, por aplicação do princípio da simetria, processar e julgar as ações de improbidade aforadas contra os agentes elencados no referido dispositivo constitucional, *verbis*:

RECLAMAÇÃO - AÇÃO CIVIL MOVIDA PELO MPF BUSCANDO A DECLARAÇÃO JUDICIAL DE PERDA DO CARGO DE PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE - PRERROGATIVA DE FORO - ART. 105, I, "A", DA CF/88 - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS.

1. A jurisprudência da Corte Especial do STJ, alinhando-se à orientação da Suprema Corte (inaugurada no julgamento da Questão de Ordem na Pet 3.211, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Menezes Direito, DJe de 26/6/2008), firmou entendimento de que compete ao Superior Tribunal de Justiça, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação do princípio da simetria, o processo e julgamento de ações de improbidade aforadas contra os agentes elencados no art. 105, I, "a", da CF/88, das quais possa importar a perda do cargo público.

2. Na esteira do entendimento desta Corte, a declaração de incompetência absoluta resulta na nulidade dos atos decisórios proferidos pelo Juízo incompetente.

3. Reclamação julgada procedente.

(Rcl 8.473/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2012, DJe 4/12/2012) [grifo nosso]

Posteriormente, esse entendimento foi modificado, passando a entender a Corte Especial, restringindo as hipóteses de foro especial perante o STJ, que "a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade" (Rcl 12.514/MT, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/3/2014, DJe 21/3/2014).

No mesmo sentido:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL ATUAR DIRETAMENTE NOS TRIBUNAIS SUPERIORES. PRECEDENTES (RE 593.727; EREsp 1.327.573). FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS DE ESTADO OU DO DISTRITO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. RESTRITO ÀS AÇÕES PENAIS. FATOS MAIS GRAVES. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. PERDA DO CARGO. SANÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA IMPLÍCITA (ADI 2.797; PET 3.067; RE 377.114 AgR). RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Tanto a jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto a desta Corte Especial já estão firmes no sentido da possibilidade de os ministérios públicos estaduais atuarem nos tribunais superiores.

2. As regras constitucionais de competência dos tribunais superiores têm natureza excepcional. Portanto, a interpretação deve ser restritiva. O foro por prerrogativa de função se limita às ações penais. Não há previsão de foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa. Pelo contrário, extrai-se do art. 37, § 4º, da Constituição Federal que a perda da função pública é sanção político-administrativa, que independe de ação penal. Se é verdade que existe um voto em sentido contrário do Min. Teori Zavascki na Pet. n. 3.240 - com pedido de vista do Min. Roberto Barroso (Informativo n. 768/STF) -, não é menos exato afirmar que a jurisprudência do guardião da Constituição já está consolidada (ADI 2.797; Pet 3.067; RE 377.114 AgR).

3. Como é sabido, uma das características do direito penal é a fragmentariedade, que decorre do princípio da subsidiariedade que o informa. Como é cediço, pois, as instâncias são relativamente independentes entre si. "Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato" (art. 66



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código de Processo Penal); também nos casos previstos no artigo 67 do CPP, a ação civil poderá ser proposta. Dessas normas decorre a interpretação sistemática no sentido de que a Constituição Federal somente conferiu competência por prerrogativa de foro nos casos considerados mais graves, ou seja, nos casos tipificados como crimes. Tal interpretação sistemática corrobora a literal dos artigos 105, I, "a" e 37, § 4º, da Carta Magna, que impõem o julgamento dos crimes, originariamente, por esta Corte, quando cometidos por membros dos tribunais de contas dos estados, bem como a possibilidade de perda da função pública, sem prejuízo da ação penal cabível.

4. A ação de improbidade administrativa tem natureza cível-administrativa, a possibilidade da perda do cargo não a transforma em ação penal. Então, não está abrangida pela norma do art. 105, I, "a" da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a ADI 2.797, enfrentou questão parecida com o precedente do direito americano sobre controle da constitucionalidade - *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) -, que envolve a possibilidade de uma lei ampliar a competência originária da Suprema Corte. A Lei n. 10.628/2002 criou hipótese de competência originária não prevista expressamente na CF/1988 justamente na questão da improbidade administrativa. A referida lei foi considerada inconstitucional por criar hipótese de competência originária diferente das expressamente indicadas pelo constituinte. Afinal, se estivesse apenas declarando uma norma constitucional implícita, não seria caso de procedência da ADI 2.797.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg na Rcl 10.037/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/10/2015, DJe 25/11/2015) [g.n.]

Em suma, observa-se que a interpretação e a delimitação da própria competência não é matéria estranha a esta Corte Superior.

Importa destacar, ainda, que, diante da regra de que todo juiz é juiz da própria competência, a ausência de um regramento seguro acerca da matéria dará margem a uma multiplicidade de interpretações sobre o instituto da prerrogativa de foro, o que deve ser evitado por esta Corte Superior, que recebeu da Carta de 1988 a missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional e cujas decisões servem, portanto, de parâmetro para as instâncias inferiores do Poder Judiciário.

De fato, conforme amplamente noticiado, já existem decisões de pelo menos dois Tribunais Regionais Federais (TRF-3 e TRF-4) remetendo à primeira instância ações penais originárias, tendo em vista o novel entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na QO na AP 937 (<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/tribunais-federais-enviam-a-1a-instancia-casos-com-foro.shtml>).

Mais do que isso, importa destacar que os demais Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça aguardam a fixação do entendimento desta Corte Superior, que servirá de parâmetro para o julgamento de casos análogos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, penso que o caso em tela limita-se a determinar, diante do enunciado normativo do art. 105, I, "a", da Constituição Federal, qual é o sentido e o alcance que se lhe deve atribuir, isto é, qual é, de acordo com a exegese sistemática e teleológica do ordenamento jurídico nacional, a norma jurídica que se deve extrair do referido dispositivo constitucional.

Diante das considerações acima traçadas e rogando as mais respeitosas vênias, entendo que a discussão circunscreve-se à análise da extensão da competência deste Superior Tribunal, não representando qualquer óbice à essa tarefa o fato de a norma de competência em questão estar prevista em texto constitucional.

3.4. Não há que se falar, ademais, penso eu, em violação ao princípio do juiz natural, ao argumento de que a regra do art. 105, I, "a", da CF, mais do que estabelecer a competência originária desta Corte Superior, estaria relacionada à especificação do juiz natural das autoridades ali previstas na hipótese da prática de crimes.

Como cedo, do princípio do juiz natural, previsto no art. 5º, LIII e XXXVII, da CF e cuja origem remonta não só à Magna Carta de 1215, mas também à Lei Francesa de 24/8/1790, decorre **a)** a proibição de tribunais de exceção (*ex post facto*); **b)** a garantia do juiz competente; e **c)** a garantia de que somente exercerão jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição Federal.

Não por outro motivo, pode-se afirmar que "o princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos, tem grande importância na garantia do Estado de Direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional, atributo esse que se presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público geral" (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002, p. 66).

Desse modo, as normas jurídicas atinentes à fixação da competência estão, **todas elas**, relacionadas ao princípio do juiz natural, na medida em que de sua interpretação decorre a determinação do órgão jurisdicional competente para a apreciação da crise de direito material instaurada e levada ao Poder Judiciário, não havendo, nesse sentido, qualquer especificidade quanto a este ponto no art. 105, I, "a", da Carta da República.

Em síntese, a referida disposição constitucional, assim como qualquer outra regra sobre competência, está intimamente relacionada à garantia do juiz natural, sem que isso represente nenhuma forma de obstáculo a que qualquer juízo ou esta Corte Superior atue como o primeiro juiz de sua própria competência.

Com efeito, conforme bem destacado na manifestação do em. Min. Herman



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Benjamin e que será melhor delineado neste voto, o princípio orientador do presente debate é o princípio republicano, de modo que, a rigor, a definição do juiz natural não poderá ocorrer olvidando-se a função estruturante deste princípio na Constituição Federal.

Desse modo, penso, ao contrário do que consignado pelo em. Ministro Relator, que a interpretação das normas de competência, longe de representar violação a este direito-garantia fundamental, é, em verdade, condição *sine qua non* para a própria determinação do juiz natural das causas que assomam ao Poder Judiciário e que dele demandam a adequada tutela jurisdicional.

3.5. Notícia, o em. Ministro Relator, ademais, que, em 9/5/2018, o em. Ministro Dias Toffoli encaminhou à Presidência da Corte Suprema proposta de aprovação de duas Súmulas Vinculantes, o que representaria óbice a que esta Corte Superior apreciasse a própria competência, porquanto estaria na dependência de manifestação a respeito do Pretório Excelso.

As referidas propostas de súmulas estão assim redigidas:

Súmula Vinculante nº (X): A competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal para agentes públicos dos Poderes Legislativo, Executivo, e Judiciário e do Ministério Público, compreende exclusivamente os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função pública.

Súmula Vinculante nº (XX): São inconstitucionais normas das Constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação da simetria.

Ora, a simples proposta de súmula vinculante que estende a restrição ao foro por prerrogativa de função, levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, ao contrário de impedir a atuação do Superior Tribunal de Justiça na delimitação da própria competência, apenas reforça o entendimento de que a tese fixada na Questão de Ordem na AP 937, de relatoria do em. Min. Luís Roberto Barroso, não representa impedimento a que também em relação a outras autoridades com foro privilegiado, seja realizada a mesma restrição.

De fato, se o referido precedente houvesse fixado vedação a que as hipóteses de foro por prerrogativa de função fossem restringidas também com relação a outras autoridades - além de deputados federais e senadores -, não haveria sentido em se propor a edição de súmulas vinculantes exata e precisamente com esse objetivo.

Destarte, penso que a simples existência de proposta de súmula vinculante pendente de análise pelo Supremo Tribunal Federal não pode interferir no exercício das prerrogativas desta Corte Superior, sobretudo no que diz respeito ao seu poder-dever de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretação e delimitação da própria competência.

3.6. No mesmo passo, data vênia, não vislumbro como a existência de proposta de Emenda Constitucional tramitando no Congresso Nacional possa representar óbice à atuação do Superior Tribunal de Justiça, máxime tendo em vista que, como qualquer proposta de alteração legislativa, está sujeita a todos os naturais percalços que uma tramitação desta espécie está sujeita. Não fosse assim, o próprio Supremo estaria impedido de fixar o entendimento que acabou fixando.

Importa consignar, nesse contexto, que a referida EC nº 333/2017 propõe, entre outras providências, tanto a alteração do art. 102 quanto do art. 105 da Constituição Federal, com o objetivo de afastar o foro por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns.

Menciona-se, por oportuno, o objetivo da proposta:

- a) Incluir o inciso LIII-A ao art. 5º da Constituição, para vedar expressamente a instituição de foro especial por prerrogativa de função;
- b) Inserir o § 6º-A ao art. 37 do texto constitucional, para estabelecer que a propositura de ação penal contra agentes públicos por crime comum prevenirá a jurisdição do juízo competente para todas as ações posteriormente intentadas que tenham idêntica causa de pedir e objeto;
- c) Alterar o inc. III do art. 96 da Constituição, para afastar o foro por prerrogativa de função para o julgamento de crimes comuns praticados por juízes de direito e membros do Ministério Público;
- d) Modificar o art. 102 da Carta Magna, para afastar o foro por prerrogativa de função para o julgamento de crimes comuns praticados por membros do Congresso Nacional, por ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo Procurador Geral da República, mantendo-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal apenas para processar e julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal;**
- e) Alterar o art. 105 do texto constitucional, para afastar o foro por prerrogativa de função para o julgamento de crimes comuns praticados por governadores dos Estados e do Distrito Federal, por desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, por membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e por membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;**
- f) Modificar o art. 108 da Constituição, para afastar o foro por prerrogativa de função para o julgamento de crimes comuns praticados por juízes federais (incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho) e por membros do Ministério Público da União;
- g) Alterar o § 1º do art. 125 do texto constitucional, para vedar que as constituições estaduais estabeleçam foro especial por prerrogativa de função para crimes comuns; e
- h) Revogar o inciso X do art. 29 (foro especial por prerrogativa de função do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prefeito) e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal (foro especial por prerrogativa de função dos Deputados e dos Senadores).
[g.n.]

Ademais, a referida proposta de emenda é anterior à recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, na QO na AP 937, restringiu o foro por prerrogativa de função, de modo que, se a tramitação da referida proposta não representou obstáculo a que o STF apreciasse a própria competência, não vejo como tal fato possa representar impedimento a que o Superior Tribunal de Justiça aprecie a sua.

3.7. De resto, o fato de a Corte Especial não possuir um tão grande acervo de processos penais originários em trâmite não deve representar, segundo penso, impedimento para a interpretação de própria competência.

Isso porque, como cediço, a decisão a ser aqui tomada, seja ela qual for, terá inegável e importante efeito prático, porquanto irá balizar a interpretação de todos os tribunais, promovendo segurança jurídica aos jurisdicionados.

Não vislumbro, desse modo, como o eventual pequeno acervo de processos de competência originária possa tornar a questão de menor importância ou de menor envergadura. Pelo contrário, como mencionado alhures, após o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal na QO na AP 937, a questão da competência para a apreciação dos processos submetidos à regra do foro por prerrogativa de função fora do STF ficou incerta, de modo que, seja qual for a decisão que venha a ser tomada por esta Colenda Corte Especial ao interpretar o art. 105, I, "a", da CF, esta não superará, em termos de efeitos deletérios, o atual quadro de insegurança jurídica que, esse sim, representa risco ao princípio constitucional do juiz natural e, ao fim e ao cabo, ao próprio devido processo legal.

A título exemplificativo, há notícias que demonstram a remessa pelo Supremo Tribunal Federal às instâncias inferiores de mais de 100 processos, aplicando o novel entendimento de restringir as hipóteses de foro por prerrogativa de função (<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-definira-na-proxima-semana-em-que-momento-citacoes-a-pessoas-com-foro-devem-ser-remetidas-a-corte.ghtml>; https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/06/02/interna_politica,964023/stf-vai-decidir-se-restricao-ao-foro-privilegiado-vale-para-ministros.shtml).

Assim, fixados não só a possibilidade, mas o dever desta Corte Superior, nas hipóteses de competência originária, de se manifestar sobre sua própria competência, impende passar-se à interpretação do texto do art. 105, I, "a", da Constituição Federal com o escopo de se determinar o verdadeiro sentido e alcance.

4. DA INTERPRETAÇÃO E DA DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ PREVISTA NO ART. 105, I, "a", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.1. As origens do foro por prerrogativa de função, também chamado de foro privilegiado, remontam ao fim do Império Romano, período no qual a Igreja Católica, influenciando as regras do processo criminal, incentivou a criação de foro especial para o julgamento de determinadas pessoas, como senadores e eclesiásticos.

Menciona-se, por oportuno, interessante histórico apresentado pelo em. Min. José Augusto Delgado:

a) A Igreja Católica influenciou conforme informa João Mendes Almeida Júnior, em sua obra *O processo criminal brasileiro*, Rio de Janeiro, 1920, p. 47, as regras do processo criminal, incentivando o foro privilegiado para determinadas pessoas, no século V, no fim do Império Romano. Defendeu e fez prevalecer a idéia de que os ilícitos criminais praticados por senadores fossem julgados pelos seus iguais. Os da autoria dos eclesiásticos processados e julgados, igualmente, por sacerdotes que se encontrassem em maior grau hierárquico.

b) Os reis, a partir do século XII, começaram a lutar para que a influência da Igreja Católica fosse afastada nos julgamentos de pessoas que exerciam altas funções públicas. João Mendes de Almeida Júnior, ob. cit, p. 118, leciona que a legislação processual daquela era passou a adotar foros privilegiados "não sobre natureza dos fatos, mas sobre a qualidade das pessoas acusadas, estabelecidos em favor dos nobres, dos juízes, dos oficiais judiciais, abades e priores etc., fidalgos e pessoas poderosas, casos esses que se confundiam muitas vezes com os casos reais".

c) Acentua João Mendes, ob. cit., p. 118, que os dirigentes do Estado séculos depois "...foram restringindo os casos reais e se ampliando os casos privilegiados, ficando estes como correlativos opostos aos casos comuns, sujeitos às justiças ordinárias, a tal ponto que a classificação dos crimes em relação às jurisdições, foi esta: crimes privilegiados, crimes eclesiásticos e crimes comuns, distinguindo-se estes dos outros, principalmente por constituírem, em regra, os casos de devassa a cargo dos juízes locais, ao passo que os privilegiados estavam a cargo dos corregedores e dos ouvidores e os eclesiásticos a cargo das oficialidades eclesiásticas".

d) Durante o século XII ao XV em Portugal, enquanto vigorou as Ordenações Filipinas, "os fidalgos, os desembargadores, cavaleiros, doutores, escrivães da Real Câmara, e suas mulheres, ainda que viúvas, desde que se conservando em honesta viuvez, deputados da Real Junta do Comércio e da Companhia Geral da Agricultura das vinhas do Alto Doiro", conforme informa Joaquim José Caetano Pereira e Souza, em sua obra *Primeiras linhas do processo criminal*, Lisboa, 1800, p. 49, tinham o privilégio do relaxamento da prisão quando pronunciados, embora a lei determinasse que deveria se proceder a captura dos réus em tal situação, tudo em razão da qualidade pessoal que possuíam, ficando apenas à disposição do Juízo sob promessa de cumprir as suas ordens.

(DELGADO, José Augusto. Foro por prerrogativa de função. Conceito. Evolução histórica. Direito comparado. Súmula nº 349 do STF. Cancelamento. Enunciados In PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Org.). *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 329-330)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No Brasil, o foro por prerrogativa de função está presente no ordenamento jurídico desde a Constituição do Império de 1824, segundo a qual competia ao então denominado Supremo Tribunal de Justiça o julgamento dos "seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomático, e os Presidentes das Províncias" (art. 164, III).

Com o passar do tempo e a evolução das Constituições, as hipóteses de foro especial foram sendo alargadas gradativamente até atingir a conformação atual prevista na Carta da República de 1988, englobando o Presidente e o Vice-Presidente da República; os membros do Congresso Nacional; os Ministros do Supremo Tribunal Federal; o Procurador-Geral da República; os Ministros de Estado; os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; os membros dos Tribunais Superiores; os do Tribunal de Contas da União, e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; as autoridades ou funcionários cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, em caso de *habeas corpus*; os Governadores dos Estados e do Distrito Federal; os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho; os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios; as autoridades federais da administração direta ou indireta, em caso de mandado de injunção; os juízes federais, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho; os membros do Ministério Público da União; os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público estadual; os Prefeitos; os oficiais gerais das três Armas; e os juízes eleitorais, nos crimes eleitorais. (Cf. TAVARES FILHO, Newton. *Foro privilegiado: pontos positivos e negativos*. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2016, p. 8-9).

Importa consignar, nesse contexto, que não há, no direito comparado, democracia consolidada que preveja tão grande número de hipóteses de foro especial, conforme destacado pelo em. Min. Luís Roberto Barroso no voto vencedor proferido na QO na APn n. 937/RJ, *verbis*:

Ademais, não há, no Direito Comparado, nenhuma democracia consolidada que consagre a prerrogativa de foro com abrangência comparável à brasileira. **No Reino Unido, na Alemanha, nos Estados Unidos 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 República. Na França, o foro especial é instituído apenas para os membros do governo (os Ministros e secretários de Estado). Em Portugal, são três as autoridades que detêm foro privilegiado: o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro.**

11. E a extensão incomum do foro por prerrogativa de função no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 problemas na esfera nacional. [g.n.]

Não por outro motivo, o em Min. Celso de Mello, decano da Corte e reconhecido jurista, no voto proferido na AP 470/MG, salientou o paradoxo institucional criado pela Carta Constitucional ao conferir grande relevância ao princípio republicano e, ao mesmo tempo, ampliar excessivamente as hipóteses de foro por prerrogativa de função, criando verdadeiro tratamento aristocrático.

Como cediço, é bem verdade que o foro por prerrogativa de função não deve ser compreendido como privilégio pessoal, máxime porque, desde a primeira Constituição Republicana, de 1891, foram abolidos os privilégios de nascimento e os foros de nobreza, extinguindo-se as ordens honoríficas e todas as suas prerrogativas e regalias (Cf. TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 126).

Desse modo, o foro especial - no âmbito penal - é prerrogativa destinada à assegurar a independência e o livre exercício de determinados cargos e funções de especial importância, isto é, não se trata de privilégio pessoal.

Nesse sentido, manifesta-se a unanimidade da doutrina nacional. Por todos:

Poderia parecer que é vedada a competência por prerrogativa de função. Nada mais falso. O privilégio refere-se à pessoa; não assim a prerrogativa. Não há foro especial para conde, barão ou duque; não existe acepção de pessoas; a lei não tem preferências nem predileções. Mas leva em conta a *dignidade da função, a altitude do cargo* (TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 127).

Fala-se em competência em razão da pessoa, porém o Código deixa bem claro que a competência é ditada pela *função* que a pessoa exerce. Tem-se em vista a dignidade do cargo e não do indivíduo.
(NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 52).

Não por outro motivo, a Súmula n. 451 do STF, ao interpretar o art. 84 do Código de Processo Penal, dispõe que: "a competência especial por prerrogativa de função



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional".

Em sede jurisprudencial, em recente decisão que determinou o encaminhamento, à primeira instância, de investigação a respeito da possível prática de crimes por parte de Deputado Federal (Inq. nº 4313/PA), o eminente Ministro Celso de Mello consignou que a prerrogativa é conferida em obséquio à função e não ao cidadão que a exerce, *verbis*:

Essencial destacar-se, no entanto, que a prerrogativa de foro, por não configurar privilégio de ordem pessoal em favor de quem a detém, somente diz respeito ao exercício e às funções inerentes ao cargo ou mandato cuja titularidade enseja o acesso a tal prerrogativa, que é concedida – insista-se – unicamente “ratione muneris”.

(...)

A prerrogativa de foro, como anteriormente enfatizado, é outorgada “ratione muneris”, por efeito de previsão constitucional, a determinadas autoridades, a significar, portanto, que é deferida, tão somente, em razão da natureza de certos cargos ou ofícios titularizados por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado e, mesmo assim, consoante advertiu esta Corte no precedente referido, desde que a suposta prática delituosa, alegadamente cometida durante o mandato legislativo (ou, então, no curso de investidura funcional), com estes guarde necessária conexão, sob pena de tal prerrogativa – descaracterizando-se em sua essência mesma – degradar-se à condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal.

No mesmo sentido, é a jurisprudência já há muito consolidada do Pretório

Excelso:

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 (...)
(HC 33.440/SP, Red. p/ o acórdão Min. NELSON HUNGRIA)

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 alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade.

(Rcl 473 primeira, Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 31/01/1962, DJ 08-06-1962 PP-01315 EMENT VOL-00502-01 PP-00014)

O postulado republicano – que repele privilégios e não tolera discriminações – impede que prevaleça a prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, mesmo que a prática delituosa tenha ocorrido durante o período de atividade funcional, se sobrevier a cessação da investidura do indiciado, denunciado ou réu no cargo, função ou mandato cuja titularidade (desde que subsistente) qualifica-se como o único fator de legitimação constitucional apto a fazer instaurar a competência penal originária da Suprema Corte (CF, art. 102, I, 'b' e 'c'). Cancelamento da Súmula 394/STF (RTJ 179/912-913)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Inq 2.231-AgR/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Também nesta Corte Superior há o reconhecimento de que o foro especial por prerrogativa da função não é privilégio pessoal do seu detentor, mas garantia necessária ao pleno exercício de funções públicas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA ALEGADAMENTE DESTINADA AO COMETIMENTO DE CRIMES HEDIONDOS. PRISÃO PREVENTIVA DE VEREADOR DECRETADA POR AUTORIDADE COMPETENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AFRONTA À PRERROGATIVA DE FORO. INOCORRÊNCIA. ARTS. 102, § 1º. E 349 DA CONSTITUIÇÃO FLUMINENSE. DISPOSITIVO SUSPENSO. ADIN 558/RJ-STF. DEPUTADO ESTADUAL. PRERROGATIVA DE FORO. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO QUE DEVE CURSAR NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA AO PRIMEIRO PACIENTE E DENEGADA AO SEGUNDO.

[...]

7. A partir da diplomação, o Deputado Estadual passa a ter foro privativo no Tribunal de Justiça, inclusive para o controle dos procedimentos investigatórios, desde o seu nascedouro até o eventual oferecimento da denúncia (STF, INQ 2.411/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, Informativo 483 do STF).

8. O foro especial por prerrogativa funcional não é privilégio pessoal do seu detentor, mas garantia necessária ao pleno exercício de funções públicas, típicas do Estado Democrático de Direito: é técnica de proteção da pessoa que o detém, em face de dispositivo da Carta Magna, significando que o titular se submete a investigação, processo e julgamento por órgão judicial previamente designado, não se confundindo, de forma alguma, com a idéia de impunidade do agente.

9. O MPF manifesta-se pela denegação da ordem.

10. Ordem parcialmente concedida ao primeiro paciente, mas apenas para determinar o desentranhamento dos atos investigatórios realizados sem a necessária autorização do Tribunal de Justiça; denegação do pedido quanto ao segundo paciente.

(HC 99.773/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008) [g.n.]

É oportuno salientar que o próprio Congresso Nacional, ao editar a EC 35/2001, sinalizou no sentido de que a prerrogativa de foro visa à proteção do cargo ou da função pública, ao estabelecer diferenciação protetiva a partir da diplomação, dando nova redação ao § 3º do art. 53 da CF, *verbis*:

§ 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. [g.n.]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, tendo em vista que o foro especial é prerrogativa inerente ao cargo ocupado por determinadas autoridades, pode-se afirmar que a regra de competência esculpida no art. 105, I, "a", da CF visa conferir tratamento diferenciado a determinados cargos, tidos como de especial relevância.

4.2. Induvidosamente, tal regra deve ser interpretada à luz dos ditames enristados pelo princípio republicano, notadamente porque, ao considerar-se a hermenêutica constitucional, não é possível olvidar a adoção, no sistema pátrio, da forma republicana de governo, um dos vértices da Constituição Federal.

Quando se perscruta o princípio republicano, é imperioso analisar o sentido de *república*, máxime porque, apesar da evolução conceitual, conservam-se os fundamentos axiológicos que lhe deram origem.

Instituída na Roma antiga, no início do século V a. C., a república encerra a ideia de coisa comum, de bem pertencente à coletividade.

Frisa-se que Platão, na obra *histórica A República (Politeia)*, já ensinava que os interesses privilegiados pela organização da *polis* se refletiam nos próprios interesses da coletividade, devendo os governantes agir na promoção do bem-estar social.

Na própria obra *Política*, Aristóteles, ao assestar as formas de governo, inclui a *politeia*, forma temperada pela aristocracia e pela democracia, cujo escopo é atingir a igualdade entre as pessoas, o melhor governo. Concebeu três formas de governo: a monarquia, governo de um só; a aristocracia, governo de poucos; e a república, governo em que o povo governa no interesse do povo. O governo republicano seria justamente caracterizado pela eletividade periódica do chefe de Estado.

Nesse sentido, a lição do professor José Afonso da Silva:

Aristóteles concebeu três formas básicas de governo: a monarquia, governo de um só; a aristocracia, governo de mais de um, mas de poucos, e a república, governo em que o povo governa no interesse do povo. Essas três formas, adverte Aristóteles, podem degenerar-se: a monarquia, em tirania; a aristocracia, em oligarquia; a república, em democracia. Essa doutrina prevaleceu até que Maquiavel declarou que todos os Estados, todos os domínios que exerceram e exercem poder sobre os homens, foram, e são, ou repúblicas ou principados. Daí por diante, tem prevalecido a classificação dualista de formas de governo em república e monarquia, ou governo republicano e governo monárquico. Aquele caracterizado pela eletividade periódica do chefe de Estado, e este por sua hereditariedade e vitaliciedade. (DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 104-105)

Em idêntica linha de intelecção, manifestou-se, em excerto doutrinário, o em. Ministro Ricardo Lewandowski:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao se levar em conta a importância da topologia para a hermenêutica constitucional, não há como deixar de reconhecer que, quando se adotou a forma republicana de governo, na verdade estava-se definindo um dos princípios estruturantes de nossa Lei Maior. **Com efeito, o princípio republicano, ao lado dos princípios federativo e democrático, configura, no dizer da doutrina, o “núcleo essencial da Constituição”, visto que lhe garante uma determinada identidade e estrutura.** (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Reflexões em torno do princípio republicano*. In Carlos Mário da Silva Velloso, Roberto Rosas e Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005, p. 375) [g.n.]

Geraldo Ataliba alça o princípio republicano à força de função capitular da mais transcendental importância, visto que determina como se deve interpretar os demais princípios, alicerçando toda a estrutura constitucional, como verdadeira pedra de toque ou chave de abóbada do sistema:

No Brasil os princípios mais importantes são os da federação e da república. Por isso, exercem função capitular da mais transcendental importância, determinando inclusive como se deve interpretar os demais, cuja exegese e aplicação jamais poderão ensejar menoscabo ou detrimento para a força, eficácia e extensão dos primeiros.

[...]

Todos os mandamentos constitucionais que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia (*checks and balances* do direito norte-americano, aqui adaptados pela mão genial de Ruy) e demais procedimentos a serem observados no relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico. Assim, funciona ele como alicerce de toda a estrutura constitucional, *pedra de toque* ou *chave de abóbada* do sistema.

(ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37-38)

Hodiernamente, o termo república é utilizado no sentido de forma de governo. Mais que isso. No direito pátrio, a República é verdadeira forma institucional do Estado, princípio fundamental da ordem constitucional instaurado não só pelo art. 1º da Constituição Federal, mas sim em decorrência da própria evolução constitucional, desde 1889.

Em escólio doutrinário que sintetiza o tema, assere José Afonso da Silva:

O termo República tem sido empregado no sentido de forma de governo contraposta à monarquia. No entanto, no dispositivo em exame, ele significa mais do que isso. Talvez fosse melhor até considerar República e Monarquia não simples formas de governo, mas formas institucionais do Estado. Aqui ele se refere, sim, a uma determinada forma de governo, mas é especialmente, designativo de uma coletividade política com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

características da *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja: coisa do povo e para o povo, que se opõe a toda forma de tirania, posto que, onde está o tirano, não só é viciosa a organização, como também se pode afirmar que não existe espécie alguma de República.

Forma de governo, assim, é conceito que se refere à maneira como se dá a instituição do poder na sociedade e como se dá a relação entre governantes e governados. Responde à questão de quem deve exercer o poder e como este se exerce.

[...]

O Art. 1º da Constituição não instaura a República. Recebe-a da evolução constitucional, desde 1889. Mantém-na como princípio fundamental da ordem constitucional. Desde a Constituição de 1891, a forma republicana de governo figura como princípio constitucional [...]

O princípio republicano não deve ser encarado do ponto de vista puramente formal, como algo que vale por sua oposição à forma monárquica. Ruy Barbosa já dizia que o que discrimina a forma republicana não é apenas a coexistência dos três poderes, indispensáveis em todos os governos constitucionais, mas, sim, a condição de que, sobre existirem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os dois primeiros derivem, realmente, de eleições populares. Isso significa que a forma republicana implica a necessidade de legitimidade popular do Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais (arts. 28, 29, I e II, e 77), a existência de assembleias e câmaras populares nas três órbitas de governos da República Federativa (arts. 27, 29, I, 44, 45 e 46), eleições periódicas por tempo limitado que se traduz na temporariedade dos mandatos eletivos (arts. cit.) e, conseqüentemente, não vitaliciedade dos cargos políticos, prestação de contas da administração pública (arts. 30, III, 31, 34, VII, d, 35, II, e 70 a 75) (DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 104-106) [g.n.]

Nesse sentido, o republicanismo deve ser entendido como um princípio essencial ao desenvolvimento do conceito sistêmico de Constituição, caracterizado pela negação de qualquer tipo de dominação, pela defesa e difusão das virtudes cívicas, pelo estabelecimento do estado de direito, pela construção de uma democracia participativa, pelo incentivo ao autogoverno dos cidadãos, pela implementação de políticas contra a desigualdade social. (AGRA, Walber de Moura. *Princípio republicano*. In George Salomão Leite (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 357-358)

Com efeito, Kant já havia assinalado os requisitos do caráter republicano de uma Constituição, afastando-a da ideia infanda consubstanciada na desigualdade entre os cidadãos.

Assim, os princípios da liberdade, da independência de todos em relação a uma legislação única e da **isonomia**, configurariam vetores específicos no conceito de republicanismo. (KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1988, p. 128) [g.n.]

O princípio republicano exprime forma de governo calcada na dignidade da pessoa humana. Registra que a República é o princípio dos princípios estruturantes da Constituição Federal de 1988, configurando verdadeiro comando objetivo aplicável e exigível ao sistema normativo brasileiro constitucional e infraconstitucional (LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Comentário ao art. 1º *In* CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 108).

Nesse diapasão, o conteúdo moral do princípio republicano exsurge na própria difusão das virtudes cívicas, núcleo axiológico que estabelece aspirações de interesse geral da coletividade.

Em consonância com o magistério do ilustre catedrático português Jorge Miranda, o amplexo do republicanismo atinge todos os cargos de Estado, políticos e não políticos, cristalizando verdadeiro estatuto jurídico, **sem o reconhecimento de privilégios**. (MIRANDA, Jorge. *Ciência política: formas de governo*. Lisboa: UNEP, 1996) [g.n.]

Veja-se que o princípio republicano não se limita à eleição dos representantes do povo, mas implica igualdade de acesso dos cidadãos aos cargos públicos. Contempla a progressiva superação das causas da pobreza e dos fatores de marginalização, **simultaneamente à supressão dos privilégios de todo o gênero**. (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Reflexões em torno do princípio republicano*. *In* Carlos Mário da Silva Velloso, Roberto Rosas e Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005, p. 383-384) [g.n.]

Em outras palavras, o republicanismo caminha, *pari passu*, com a supressão dos privilégios, devendo ser afastadas da interpretação constitucional os princípios e regras contrários ao elemento axiológico da igualdade.

Nesse sentido, transcreve-se, abaixo, o magistério do em. Ministro Ricardo Lewandowski:

[...] cumpre notar que, se todo princípio constitui um “mandamento de otimização”, ou seja, um preceito que determina “que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, forçoso é concluir que o princípio republicano, enquanto complexo axiológico-normativo situado no ápice de nossa hierarquia constitucional, deve ser expandido em sua extensão máxima, afastando nesse processo todos os princípios, regras e atos que lhe sejam contrários. (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Reflexões em torno do princípio republicano*. *In* Carlos Mário da Silva Velloso, Roberto Rosas e Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord). *Princípios constitucionais*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005, p. 384)

Dessa forma, urge, no caso concreto, realizar a interpretação do art. 105, inciso I, alínea “a”, de modo a fazer prevalecer, de maneira plena, o princípio republicano.

Isso porque o mencionado dispositivo constitucional consubstancia verdadeira exceção, extraída do postulado da unidade da Constituição. Ora, partindo-se do pressuposto de que a Constituição é una, sem regras contraditórias, deve ser realizada a interpretação restritiva das exceções, com base na análise sistemática e teleológica da norma.

Como é notório, as exceções devem ser interpretadas de forma estrita. O ilustre professor Carlos Maximiliano ressaltou as regras básicas adotadas para a interpretação do direito excepcional:

[...] quando a letra de um artigo de repositório parece adaptar-se a uma hipótese determinada, porém se verifica estar em desacordo com o espírito do referido preceito legal, não se coadunar com o fim, nem com os motivos do mesmo, presume-se tratar de um fato da esfera do Direito Excepcional, interpretável de modo estrito. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 183)

Não há dúvidas de que as regras que estabelecem foro especial são consideradas excepcionais, conforme a dicção do citado mestre:

Consideram-se excepcionais, quer estejam insertas em repositórios de Direito Comum, quer se achem nos de Direito Especial, as disposições: a) de caráter punitivo, quando se não referem a delitos, porém cominam multa; indenização; perda, temporária ou definitiva, de cargo; incapacidade; privação de direitos ou regalias: nulidade, rescisão, decadência ou revogação; b) as que restringem ou condicionam o gozo ou o exercício dos direitos civis ou políticos; c) impõem ônus ou encargos, como, por exemplo, a obrigação atribuída a um de fornecer alimentos a outro; d) subtraem determinados bens às normas de Direito comum, ou de Direito especial, com estabelecer isenções de impostos, ou de outra maneira qualquer; e) fixam casos de consórcio obrigatório; f) asseguram imunidades parlamentares ou diplomáticas; g) declaram incompatibilidades civis, políticas ou administrativas; h) criam inelegibilidade; i) vedam o que em si não é ilícito, não contrário à moral nem aos bons costumes; j) prescrevem certas formalidades, como a escritura pública, ou a particular, a presença de cinco testemunhas, a assinatura do nome por inteiro, a menção da lei violada, ou daquela em que se funda o recurso interposto, e assim por diante; k) permitem a deserção; l) determinam incapacidade; **m) estabelecem foro especial** ou processo mais rápido (sumário, sumaríssimo, executivo); n) concedem arrestos, sequestros e outras medidas necessárias, porém violentas; o) limitam a faculdade de acionar de novo, recorrer, oferecer provas, defender-se amplamente; p) dão competência excepcional, ou especialíssima; q) enfim, introduzem exceções, de qualquer natureza, a regras gerais, ou a um preceito da mesma lei, a favor, ou em prejuízo, de indivíduo ou classes da comunidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 187-188) [g.n.]

Em sentido idêntico, o em. Ministro Luís Roberto Barroso consignou, no voto proferido na QO na AP 937-RJ, que a regra do foro privilegiado deve ser perscrutada à luz da diretriz hermenêutica da interpretação restritiva das exceções, sob pena de travestir-se de ignominioso privilégio pessoal. Com efeito, divisa-se trecho do referido voto:

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 constitucionais. 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.** [g.n.]

Nesse diapasão, com o desiderato de proceder-se à interpretação restritiva da regra do foro por prerrogativa de função, faz-se mister o auxílio da hermenêutica constitucional, com ênfase nos elementos sistemático e teleológico.

Inicialmente, quando se fala em interpretação da Constituição, deve-se sobrelevar o princípio da unidade, com o escopo de evitar-se contradições entre as normas constitucionais.

No âmbito do postulado da unidade, exsurge a interpretação sistemática, a *fortiori* porque a norma constitucional deve ser interpretada dentro do sistema que a integra.

Veja-se, a propósito, o entendimento doutrinário sobre o tema:

O primeiro desses princípios, o da unidade da Constituição, postula que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema em que se integra; dessa forma, evitam-se contradições entre as normas constitucionais. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106)

Com efeito, a regra do art. 105, I, “a”, ao ser analisada sob o viés sistemático, possibilita ao hermeneuta a apreensão do significado sistêmico de Constituição, no sentido de que a articulação de princípios e regras conduzem à compreensão da Constituição como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sistema interno edificado em princípios estruturantes fundamentais, como o próprio princípio republicano, consoante salientado alhures.

Nesse passo, o mestre J. J. Gomes Canotilho ressalta a relevância da concepção do fenômeno constitucional como sistema interno de regras e princípios:

A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (= diferente densidade semântica)

Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico político. Na ordem constitucional portuguesa considerar-se-ão (a título indicativo sem pretensões de exaustividade) como princípios estruturantes:

- o princípio do Estado de direito (arts. 2º e 9º);
- o princípio democrático (arts. 1º, 2º, 3º/1 e 10º);
- **o princípio republicano** (arts. 1º, 2º, 11º e 288º/b). (CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1137) [g.n.]

Em recente decisão já mencionada, no Inq. nº 4313/PA, o eminente Ministro Celso de Mello apontou as bases do republicanismo moderno, desenvolvendo a função precípua da prerrogativa de foro, para concluir que são insubsistentes hipóteses de foro especial que desbordem do princípio republicano, *litteris*:

Cumpre acentuar, neste ponto, bem por isso, que essa **nova** orientação **adotada** pelo Supremo Tribunal Federal **encontra** suporte legitimador *no princípio republicano que consagra, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos são iguais perante a lei, valendo lembrar* que a noção de igualdade dos cidadãos, **além de refletir** uma conquista básica do regime democrático, **tipifica-se** como uma das pedras angulares **e** essenciais **à configuração mesma** da ordem republicana.

Não constitui demasia assinalar 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* de outras, **em razão**, p. ex., de condição social, de nascimento, de gênero, de origem étnica, de orientação sexual **ou**, como na espécie, *de posição estamental*, **eis que** – *cabe insistir* – **nada pode autorizar o desequilíbrio** entre os cidadãos da República, **sob pena** de transgredir-se valor fundamental *que confere substância* à **própria** configuração dessa ideia nuclear **que informa** nosso sistema constitucional.

Ressalte-se que a prerrogativa de foro **traduz matéria de direito estrito e que, por isso mesmo, deve merecer** interpretação **que impeça** a *expansão indevida* da competência penal originária **desta** Suprema Corte, **para que não se transgrida o valor fundamental que venho de mencionar**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade, tudo com o objetivo de viabilizar, em relação a quem pratica crimes em momento anterior ao da diplomação **e, portanto, estranhos** ao exercício do mandato parlamentar, **a aplicação ordinária – comum a qualquer cidadão – do postulado do juiz natural, cuja 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, por isso mesmo, nos termos da Constituição da República, **não configura, como anteriormente enfatizado**, situação de privilégio pessoal. **Há de estender-se, como ninguém o desconhece, somente** a quem haja cometido, “*in officio*”, fato criminoso **que guarde estrita vinculação** com o exercício das funções **inerentes** ao cargo que titulariza, **pois** a prerrogativa de foro, **enquanto derrogação excepcional** dos postulados da igualdade **e do juiz natural (que há de ser, ordinariamente, um magistrado de primeira instância), tem caráter eminentemente funcional.**

É por essa razão que deixa de subsistir a competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, **não obstante cometido** o delito **no curso** do mandato legislativo (**e mesmo** que o crime **tenha relação de pertinência** com as funções **inerentes** ao ofício parlamentar), **sempre que houver cessado** a investidura do agente no cargo **que lhe confere** prerrogativa de foro, **eis que ex-titulares** de cargos **ou de mandatos não dispõem, em sede processual penal, dessa especial prerrogativa** (RTJ 76/18, v.g.), **circunstância que levou esta Corte Suprema a cancelar a Súmula 394/STF no julgamento do Inq 687-QO/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES (RTJ 179/912-913), como resulta claro, entre outros, dos seguintes julgados:**

“– **O postulado republicano – que repele privilégios e não tolera discriminações – impede que prevaleça** a prerrogativa de foro, **perante** o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, **mesmo** que a prática delituosa tenha ocorrido **durante** o período de atividade funcional, **se sobrevier a cessação da investidura** do indiciado, denunciado **ou réu** no cargo, função ou mandato **cuja titularidade** (desde que subsistente) **qualifica-se** como o **único** fator de legitimação constitucional **apto** a fazer instaurar a competência penal originária da Suprema Corte (CF, art. 102, I, 'b' e 'c'). **Cancelamento** da Súmula 394/STF (RTJ 179/912-913).”
(Inq 2.231-AgR/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

“(…) III – **A aposentadoria** do magistrado, ainda que voluntária, **transfere a competência** para processamento e julgamento **de eventual** ilícito penal **para o primeiro grau** de jurisdição.
IV – **Recurso extraordinário a que se nega provimento.**”
(RE 546.609/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, **Pleno** – 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 **à nossa primeira Constituição republicana a experiência** de membro do Congresso Constituinte que elaborou a Lei Fundamental de 1891 e, **também**, a de Senador da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

República e a de Ministro do Supremo Tribunal Federal:

“Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito (...).”

Em suma: tais são os fundamentos que tornam insubsistente, no caso ora em exame, a prerrogativa de foro do congressista em questão. (grifos no original)

Em consequência, conforme registrado amiúde, a interpretação teleológica do instituto permite valorar o real fim da regra do foro por prerrogativa de função.

No ponto, a perquirição teleológica remete à proteção do cargo ou da função. Para apurar-se o verdadeiro fim, é preciso apreender o sentido da lei, compreendê-la, prolongando os pensamentos do legislador histórico, com base na extração de valor finalístico razoável.

Em síntese, deve-se indagar qual a finalidade da regra do foro por prerrogativa de função. Conforme salientado alhures, a regra de exceção não consubstancia privilégio pessoal do detentor do cargo, mas garantia necessária ao pleno exercício de funções públicas.

Assim, para o exercício de tais funções públicas, que finalidade razoável poderia ter a regra que prevê foro especial conforme interpretada atualmente? A ser mantida a atual exegese do texto constitucional, inequivocamente, verificar-se-ia uma proteção pessoal do ocupante do cargo, afastando-se dos objetivos do direito, materializados, segundo Karl Larenz, pelos ideais de justiça, segurança jurídica, equilíbrio social e paz jurídica.

Dessa forma, com a utilização da chamada “redução teleológica”, citada, inclusive, no voto do em. Ministro Luís Roberto Barroso na QO na AP nº 937, é possível integrar eventual lacuna legislativa, aditando-se a restrição postulada, de forma a atingir a harmonia semântica da lei.

A propósito, o magistério de Karl Larenz:

Existe uma “lacuna oculta” quando, segundo a teleologia imanente da lei, a regra legal carece de uma restrição que a lei não formula. A “integração” da lacuna faz-se então pelo aditamento da restrição postulada, de harmonia com o sentido da lei. Como, por este processo, a regra demasiado ampla que a lei contém é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe cabe segundo o fim ou o contexto significativo da lei, falamos a este propósito de uma “redução teleológica” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. trad. José de Sousa e Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 450-451)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em outras palavras, deve-se ressaltar que a redução teleológica consiste em restringir o campo de incidência de determinada disposição normativa a somente uma ou algumas das situações previstas no texto legal ou constitucional, adequando-a à finalidade da norma.

Significa dizer que ao encontrar uma lacuna oculta ou axiológica, o intérprete a retifica por meio da inclusão de uma exceção não explícita no enunciado normativo, mas de acordo com o próprio fim da norma.

Em consequência, é reduzido o âmbito de aplicação à parte dos fatos por ela regulados, de sorte a observar o contexto significativo da lei, isto é, a concretizar o fim e o sentido da norma e do sistema normativo em geral.

No caso concreto, ao realizar-se a redução teleológica da regra do art. 105, I, “a”, da CF, nos mesmos moldes da concretização fixada pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao art. 102, I, “b” e “c”, da CF, afigura-se que somente se atinge os objetivos do direito interpretação assente com o caráter protetivo do cargo público, repudiando-se qualquer defesa hermenêutica em prol do ocupante do cargo ou função.

Nesse contexto, deve prevalecer a harmonia interna dos preceitos constitucionais, bem como a necessidade de interpretação que exalte tal harmonia, com fulcro no princípio republicano, verdadeiro postulado supraconstitucional, pedra basilar de todo o sistema jurídico.

Como frisou Geraldo Ataliba:

Por isso é que a interpretação de legislação e demais atos de governo haverá de ser sempre desempenhada – pela Administração ou pelo Judiciário – de modo a, exaltando a harmonia do sistema jurídico, valorizar condigna e adequadamente os seus princípios fundamentais, buscando dar-lhes eficácia e fazer com que todos os comportamentos se curvem às suas exigências. Só assim a república será valorizada e exalçada no plano prático [...] (ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43)

Tal harmonia do sistema jurídico se espalha na própria simetria interna prevista nos arts. 102, I, “b” e “c” e art. 105, I, “a”, da CF, de forma que se afigura completamente desarrazoado, a meu juízo, conferir a artigos análogos interpretações divergentes, sob pena de vilipendiar o princípio da segurança jurídica, que deve informar a atuação dos órgãos jurisdicionais.

Desse modo, ao art. 105, I, "a", da Constituição Federal deve ser conferida interpretação de forma a atender o princípio republicano, do qual é corolário a vedação de privilégios de qualquer espécie, com ênfase na interpretação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva das exceções, segundo a qual o foro por prerrogativa de função se aplica apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

5. DA NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO SIMÉTRICA DOS ARTS. 102, I, "a" E 105, I, "a", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

5.1. Os sistemas jurídicos devem ser entendidos, segundo clássica lição de Pontes de Miranda, como sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos, sendo de vital importância "a exatidão e a precisão dos conceitos, a boa escolha e nitidez deles, bem como o rigor na concepção e formulação das regras jurídicas e no raciocinar-se com elas" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado: validade, nulidade, anulabilidade*. t. IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, p. 13 e 15).

Noberto Bobbio ressalta, ainda, os caracteres fundamentais da unidade, da coerência e da completude do ordenamento jurídico (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 199 e ss.; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 37 e ss.).

Com efeito, a ordem jurídica não é uma soma de proposições jurídicas, mas uma ordenação unitária de normas que vigoram em conexão umas com as outras, devendo-se assegurar, no momento da interpretação, a compatibilidade lógica do sistema jurídico. Nesse sentido, é o escólio de Karl Larenz:

Acresce que precisamente quanto à interpretação é válido afirmar que a ordem jurídica como "complexo de normas" não é por seu turno apenas uma soma de proposições jurídicas, mas uma ordenação unitária. As proposições jurídicas, como vimos, engrenam umas nas outras, limitando-se, complementando-se ou reforçando-se, e só da reunião delas resulta uma autêntica "regulamentação". Isto também sempre foi reconhecido na teoria da interpretação. "Não há uma norma jurídica por si só", diz acertadamente Feliz Somló, "mas apenas normas jurídicas que vigoram em conexão umas com as outras". **Daí deriva, ainda, para a interpretação, a exigência de compatibilidade lógica de todos os seus resultados.**

(LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. trad. José de Sousa e Brito e José António Veloso. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1978, p. 371-372) [g.n.]

Na mesma esteira, afirma Eros Roberto Grau que o Direito "não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência - unidade e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coerência que repousam precisamente sobre os seus (...) princípios (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 207).

É natural, portanto, que a interpretação da Constituição Federal, nesse contexto, deva ocorrer de modo coerente e racional, máxime porque "a atribuição de sentido a um preceito constitucional é atividade marcada por considerável potencial, de efeitos vários sobre a ordem jurídica e sobre o quotidiano dos indivíduos" (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92).

Observa-se, desse modo, que a Lei Fundamental deve ser interpretada à luz do princípio da unidade da Constituição, segundo o qual não se deve considerar uma norma constitucional fora do sistema em que se integra, evitando-se contradições entre suas normas.

Nesse sentido, é a doutrina sempre lembrada de J. J. Gomes Canotilho:

(...) o princípio da unidade da Constituição é uma exigência da "coerência narrativa" do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de "as lerem" e "compreenderem", na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (Dworkin).

(p. 1147)

(...)

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como "ponto de orientação", "guia de discussão" e "factor hermenêutico de decisão", o princípio da unidade **obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...)** Daí que **o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.**

(CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1147 e 1186-1187) [g.n.]

Mais adiante, arremata o mestre português, consignando que, do princípio da unidade da Constituição, decorre o denominado **princípio do efeito integrador**, segundo o qual "na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1187)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pode-se afirmar, desse modo, que a força da Constituição reside também na segurança que sua interpretação promove. A interpretação casuística, fora do contexto normativo, em tiras, é esterilizante e promove odiosa insegurança jurídica, que deve ser evitada.

Nesse sentido, menciona-se o seguinte precedente desta Corte Superior:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO COM O CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. TUTELA DE TRIBUTOS REGULATÓRIOS DE MERCADO. PROTEÇÃO PRIMÁRIA DO NATURAL FUNCIONAMENTO DA INDÚSTRIA NACIONAL E DO INTERESSE ECONÔMICO-ESTATAL NA ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES DE MERCADO. LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO: EXIGÊNCIA QUE ESVAZIA O CONTEÚDO DO INJUSTO CULPÁVEL, TORNANDO-O QUASE INAPLICÁVEL, POR VIA HERMENÊUTICA. REGRA DA SÚMULA VINCULANTE N.º 24/STF. NÃO INCIDÊNCIA. EVASÃO DE DIVISAS. CARACTERIZAÇÃO COMO CRIME-MEIO DO DELITO DE DESCAMINHO QUE SÓ PODE SER VERIFICADA NA SENTENÇA, APÓS A DEVIDA INSTRUÇÃO. INVIABILIDADE DE CONCLUIR-SE DE FORMA DIVERSA NA VIA ESTREITA DO WRIT, QUE NÃO ADMITE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA, POR FALTA DE INDICAÇÃO DO VALOR DO TRIBUTO ILUDIDO. ALEGAÇÃO DESCABIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O fato de um dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal no crime de descaminho ser a arrecadação tributária não pode levar à conclusão de que sua natureza jurídica é a mesma do crime previsto no art. 1.º, da Lei n.º 8.137/90. De rigor conceder tratamento adequado às especificidades dos respectivos tipos, a fim de emprestar-lhes interpretação adequada à natureza de cada delito, considerado o sistema jurídico como um todo, à luz do que pretendeu o Legislador ao editar referidas normas.

2. "Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas" (trecho do voto vista do Ministro EROS GRAU, no julgamento pelo STF da ADPF 101/DF, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe 01/06/2012).

3. A norma penal do art. 334 do Código Penal - elencada sob o Título XI: "Dos Crimes Contra a Administração Pública" - visa a proteger, em primeiro plano, a integridade do sistema de controle de entrada e saída de mercadorias do país, como importante instrumento de política econômica. Engloba a própria estabilidade das atividades comerciais dentro do país, refletindo na balança comercial entre o Brasil e outros países. Na fraude pressuposta pelo referido tipo, ademais, há artifícios mais amplos para a frustração da atividade fiscalizadora do Estado do que o crime de sonegação fiscal, podendo referir-se tanto à utilização de documentos falsificados, quanto, e em maior medida, à utilização de rotas marginais e estradas clandestinas para fuga da fiscalização alfandegária.

4. A exigência de lançamento tributário definitivo no crime de descaminho esvazia o próprio conteúdo do injusto penal, equivalendo quase a uma descriminalização por via hermenêutica, já que, segundo a legislação aduaneira e tributária, nesses casos incide a pena de perdimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mercadoria, operação que tem por efeito jurídico justamente tornar insubsistente o fato gerador do tributo e, por conseguinte, impedir a apuração administrativa do valor devido.

5. A prática do descaminho não se submete à regra instituída pelo Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula Vinculante n.º 24, expressa em exigir o exaurimento da via administrativa somente em "crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90".

6. Em suma: o crime de descaminho perfaz-se com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Não é necessária a apuração administrativo-fiscal do montante que deixou de ser recolhido para a configuração do delito, embora este possa orientar a aplicação do princípio da insignificância quando se tratar de conduta isolada. Trata-se de crime formal, e não material, razão pela qual o resultado da conduta delituosa relacionada ao *quantum* do imposto devido não integra o tipo legal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Quinta Turma desta Corte.

7. A Defesa alega também que o delito de evasão fiscal é crime-meio na espécie, razão pela qual se aplicaria quanto a tal infração a mesma sorte do descaminho. Ocorre que a definição da evasão como crime-meio, no caso, só pode ocorrer na sentença, após a devida instrução. Inviabilidade de concluir-se de forma diversa e antecipada na via estreita do writ, que não admite dilação probatória.

8. A falta de indicação do valor do tributo iludido não torna inepta a denúncia pelo crime de descaminho. Se é inexigível a constituição definitiva do débito, por óbvio não é necessária a indicação precisa do valor na exordial.

9. Recurso desprovido.

(RHC 35.180/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 1/4/2014, DJe 10/4/2014) [g.n.]

Menciona-se, ainda, relevante excerto do voto do em. Min. Eros Roberto Grau, no julgamento da ADPF 101, de relatoria da em. Min. Cármen Lúcia, *verbis*:

Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo - marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas.

(ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/6/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00011)

5.2. Pois bem, no caso em apreço, penso ser imprescindível conferir ao art. 105, I, "a", da Lei Fundamental, interpretação coerente, racional e integrada ao restante do texto constitucional, máxime diante da interpretação conferida ao art. 102, I, "b" e "c", da Carta pelo Supremo Tribunal Federal.

Como cediço, a Corte Suprema, no julgamento da QO na AP 937, fixou o entendimento de que "o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas", aplicando tal entendimento ao caso então em análise, que se referia a Deputados Federais e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Senadores.

Na oportunidade, a Procuradoria Geral da República opinou no sentido de que as hipóteses de foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal fossem restringidas àquelas em que houvesse a prática do crime durante e em razão do exercício do cargo ou da função pública, situação que difere da perfilhada pelo Ministério Público atuante no STJ, que defende a preservação do foro privilegiado. Daí também a relevância da adoção de uma interpretação simétrica, notadamente ante o princípio da unidade da Constituição, que deve pautar a hermenêutica constitucional.

Nesse sentido, importa consignar que a Constituição erigiu um sistema de prerrogativas de foro fundado nas noções de ordem e de unidade.

Impõe-se, desse modo, conferir ao art. 105, I, "a", que trata da competência penal originária desta Corte Superior, interpretação simétrica àquela conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 102, I, "b" e "c", sob pena de se quebrar a coerência, a integridade e a unidade da Constituição, máxime tendo em vista que *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* ("onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito").

Mencionam-se, por oportuno, os referidos enunciados normativos:

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;

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;

Depreende-se de uma simples leitura dos referidos dispositivos constitucionais que ambos possuem redação simétrica, isto é, ambos estabelecem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

competências penais originárias, distinguindo-se, tão somente, no que diz respeito aos sujeitos ali elencados.

Dessa forma, não vislumbro, data vênia, sob pena de se criar odiosa insegurança jurídica, como seria possível conferir interpretação ao texto do art. 105, I, "a", da CF, em dissonância com àquela atribuída, quer concordemos ou não, pelo Pretório Excelso, ao art. 102, I, "b" e "c", da Lei Fundamental.

Em termos pragmáticos, não vejo como um Senador da República e um Conselheiro de Tribunal de Contas, que cometam o mesmo crime, nas mesmas condições, possam ser processados e julgados em instâncias diferentes, isto é, o primeiro, perante o júízo singular; o segundo, perante esta Corte Superior.

Analogicamente, da ausência de simetria poderá exsurgir outras situações normativas abjetas. A título ilustrativo, um Senador da República e um Vereador que cometam o mesmo crime, nas mesmas condições, serão julgados por júízos diferentes; o primeiro, perante o magistrado singular e, o segundo, perante o Tribunal de Justiça estadual.

Em síntese, em atenção ao postulado da coerência e da racionalidade do sistema constitucional, ínsitos ao princípio da unidade da Constituição, não se pode interpretar a Lei Fundamental em tiras, conferindo a dois dispositivos idênticos sentidos diversos.

É o escólio de Eros Roberto Grau:

A interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 44) [g.n.]

De fato, a segurança jurídica que se almeja com essa simetria interna da Constituição, segundo Humberto Ávila, é produto, dentre outros fatores, da coerência e da calculabilidade do Direito. Desse modo, para que se possa falar em segurança jurídica, é preciso que seja possível, a partir do conjunto do ordenamento jurídico e da exigência de aplicação uniforme das normas, diminuir as incertezas com relação a qual alternativa interpretativa é a correta e qual é a consequência jurídica mais provável.

Citam-se, por oportuno, as palavras do autor:

O princípio da segurança jurídica, tal como está conceituado nesta tese,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exige a realização de um estado de coisas, entre outros fatores, em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão intelectual de estruturas argumentativas reconstrutivas dos *conteúdos normativos possíveis* de uma norma e a capacidade de antecipar e de medir o *espectro de consequências atribuíveis* a atos ou fatos. Esse conceito pressupõe, pois, a alternativa de conteúdos e de consequências normativas. **Um dos fatores que decisivamente contribuem para a elevação da cognoscibilidade desses conteúdos e da calculabilidade das consequências é a coerência do ordenamento jurídico, ou a chamada consistência material.**

Coerência significa, do ponto de vista estático, a relação gradual de suporte que determinada alternativa, obtém do conjunto do ordenamento jurídico e, do ponto de vista dinâmico, a exigência de aplicação uniforme das normas. A dimensão estática contribui para diminuir a incerteza com relação a qual alternativa interpretativa é a correta, indicando, dentre as alternativas compatíveis com o dispositivo objeto de interpretação, qual é a opção mais fortemente suportada pelo ordenamento jurídico, especialmente pelos seus princípios fundamentais. A dimensão dinâmica concorre para reduzir a incerteza no que diz respeito a saber qual é a consequência normativa mais provável de ser futuramente imposta, já que o dever de aplicação uniforme permite que o cidadão, conhecendo as consequências normativas atribuídas a atos ou fatos análogos, possa antecipar a imposição da mesma consequência para atos similares que venha a praticar.

(ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 349-350) [g.n.]

A segurança jurídica, portanto, não se obtém olvidando-se da unidade da Constituição e promovendo verdadeira falta de previsibilidade e de coerência na interpretação dos dispositivos constitucionais, mas sim garantindo cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, manifesta-se balizada doutrina:

A postura do Poder Judiciário é de elevada importância para a concretização da segurança jurídica, notadamente pela entrega de uma prestação jurisdicional previsível que não atente contra a confiança legítima do jurisdicionado. (NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*.)

Ao contrário, a segurança jurídica parece ser vista como algo ultrapassado ou “formalista”. Mas acho que é necessário manter, ou mesmo restaurar, um equilíbrio razoável. Primeiro, porque a segurança jurídica é um valor fundamental em qualquer ordenamento jurídico. Os cidadãos devem sentir que podem confiar no Direito e na estabilidade dos seus contratos. Segundo, porque muitas vezes a solução justa para o caso concreto não é algo evidente. Os juízes, bem como as pessoas em geral, tendem a formar rapidamente uma opinião sobre o que seja “justo” ou “injusto” diante da situação concreta. Entretanto, muitas vezes o critério que conduz a esse juízo está longe de ser claro. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; RODAS, Sergio. Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt. *Revista*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de *Direito Civil Contemporâneo*. vol. 5. ano 2. p. 352. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2015)

Somente com uma interpretação simétrica dos arts. 102, I, "b" e "c" e 105, I, "a", da Lei Fundamental, conferindo a mesma solução jurídica a casos análogos - quiçá idênticos -, será possível afirmar que esta Corte Superior proferiu *decisão consistente e aceitável racionalmente*, duas condições que, segundo Habermas, são indispensáveis à tarefa de julgar, para que realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do direito.

6. DAS RAZÕES E DO ALCANCE DA DECISÃO PROLATADA PELO STF NA QO NA AP 937/RJ - *UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO*

6.1. Não é nova a regra de interpretação segundo a qual *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, isto é, "onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito".

Trata-se de regra hermenêutica calcada no próprio ideal de justiça, consubstanciando instrumento de concretização da segurança jurídica, que, como visto, demanda confiabilidade e previsibilidade da interpretação do ordenamento jurídico.

Com efeito, se a determinado caso ou enunciado normativo é atribuído interpretação calcada em razões fundamentais que se amoldam, à perfeição, a outro caso ou a outro enunciado normativo, também a estes deve ser atribuída a mesma interpretação.

Em síntese, descoberta a razão íntima e decisiva de um dispositivo, transportam-lhe o efeito aos casos análogos, nos quais se encontrem elementos básicos idênticos ao do texto interpretado, porquanto casos idênticos devem reger-se por disposições idênticas (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 200).

A aplicação da referida regra hermenêutica não é estranha a esta Corte Superior, conforme se depreende dos precedentes abaixo colacionados:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. SEGURO SAÚDE. CONTRATO NÃO VIGENTE. TRATAMENTO MÉDICO. AÇÃO DE COBRANÇA. DENUNCIÇÃO DA LIDE À OPERADORA DO SEGURO. CLÁUSULA ABUSIVA. RESSARCIMENTO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. NÃO OCORRÊNCIA RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº 1.361.182. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Embora a demanda subjacente ao presente recurso especial não envolva cláusula de reajuste, é de ser aplicado o prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, IV, do CC/02, em atenção ao brocardo jurídico *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão, aplica-se o mesmo direito).

5. Isso porque se trata de ação na qual se pleiteia a restituição de despesas médicas, cujo custeio foi recusado pela operadora, em virtude de interpretação do contrato de seguro saúde, cuja cláusula alusiva à ausência de cobertura de órteses ou próteses foi considerada abusiva.

[...]

8. Agravo interno não provido, com imposição de multa.

(AgInt no AREsp 1117216/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 05/12/2017) [g.n.]

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO DEFERIDO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. DESNECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DO PEDIDO, NO RECURSO ESPECIAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E A EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO/RPV. INCLUSÃO. DESCABIMENTO. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL DO STJ (ART. 543-C DO CPC). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

III. Na forma da jurisprudência, "os juros moratórios não incidem entre a data da elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento do precatório, desde que satisfeito o débito no prazo constitucional para seu cumprimento (RE 298.616, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 31.10.2002, DJ 03.10.2003; AI 492.779 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 03.03.2006; e RE 496.703 ED, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 02.09.2008, DJe-206 DIVULG 30.10.2008 PUBLIC 31.10.2008), exegese aplicável à Requisição de Pequeno Valor, **por força do princípio hermenêutico *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*** (RE 565.046 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe-070 DIVULG 17.04.2008 PUBLIC 18.04.2008; e AI 618.770 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJe-041 DIVULG 06.03.2008 PUBLIC 07.03.2008). A hodierna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal, pugna pela não incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da Requisição de Pequeno Valor - RPV (AgRg no REsp 1.116229/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06.10.2009, DJe 16.11.2009; AgRg no REsp 1.135.387/PR, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 29.09.2009, DJe 19.10.2009; REsp 771.624/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.06.2009, DJe 25.06.2009; EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 941.933/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14.05.2009, DJe 03.08.2009; AgRg no Ag 750.465/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 18.05.2009; e REsp 955.177/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.10.2008, DJe 07.11.2008)" (STJ, REsp 1.143.677/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL, DJe de 04/02/2010, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC).
IV. Agravo Regimental improvido.
(AgRg no REsp 1506213/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES,
SEGUNDA TURMA, julgado em 21/5/2015, DJe 2/6/2015) [g.n.]

No caso em tela, cumpre consignar que as mesmas razões fundamentais - a mesma *ratio decidendi* - que levaram o Excelso Pretório, ao interpretar o art. 102, I, "b" e "c", da CF, a restringir as hipóteses de foro por prerrogativa de função são, todas elas, aplicáveis ao caso em apreço, justificando, dessa forma, que seja atribuído ao art. 105, I, "a", da Lei Fundamental interpretação simétrica àquela conferida pelo Supremo Tribunal Federal às suas competências originárias.

Com efeito, no julgamento realizado pelo Excelso Pretório, prevaleceu o voto proferido pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que "o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados à função desempenhada".

Observe-se que o guardião da Constituição fixou a tese de que o foro por prerrogativa de função para os membros do Parlamento deverá ser aplicado apenas quando observados, em síntese, 2 (dois) requisitos essenciais, quais sejam: a) que o fato tenha sido praticado no exercício do mandato; e b) que o ato guarde nexos funcional, relativo ao exercício daquele mandato.

Analisando **os critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal** para limitar a garantia ao foro por prerrogativa de função, é forçoso observar que os 2 (dois) parâmetros fixados acima.

Tais balizadores têm como requisitos apenas **a)** o momento da prática do fato; e **b)** a relação intersubjetiva entre este e o exercício do cargo ou função.

Compulsando o voto vencedor, é possível depreender as razões que levaram a Suprema Corte a modificar sua jurisprudência, fixando o novel entendimento acima mencionado.

Em síntese, o STF restringiu as hipóteses de foro por prerrogativa de função ao argumento de que: **a)** não há, no Direito Comparado, nenhuma democracia consolidada que consagre hipóteses de foro especial com a mesma abrangência prevista pelo sistema jurídico nacional; **b)** o foro por prerrogativa de função apresenta uma série de disfuncionalidades, entre as quais o afastamento do STF de seu verdadeiro papel de Suprema Corte e a ineficiência do sistema de justiça criminal em virtude do congestionamento dos tribunais e da tramitação lenta dos processos; **c)** não há duplo grau de jurisdição no que diz respeito às autoridades com prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal; **d)** devem-se interpretar as regras que estabelecem o foro especial tendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em vista sua finalidade, que não se consubstanciam em privilégio, representando, em verdade, prerrogativa do cargo ou da função em prol do interesse público; **e)** é imperioso o reconhecimento de uma hierarquia material ou axiológica entre as normas constitucionais, de modo que direitos e princípios fundamentais da Constituição, como o são a república e a igualdade, ostentem uma preferência em relação às demais disposições constitucionais; **f)** as disposições constitucionais que estabelecem hipóteses de foro por prerrogativa de função não devem ser interpretadas literalmente, devendo-se atribuir ao texto normativo acepção mais restritiva, com base na teleologia do instituto e nos demais elementos de interpretação constitucional, realizando-se uma redução teleológica, isto é, reduzindo o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das situações de fato previstas por ela, segundo uma interpretação literal, o que ocorre para adequá-la à finalidade da norma; **g)** as normas jurídicas que estabelecem hipóteses de foro especial, por constituírem exceções ao princípio republicano e ao princípio da igualdade, devem ser interpretadas restritivamente, tudo em atenção ao postulado da unidade da Constituição e com o objetivo de evitar que as referidas prerrogativas desbordem para odiosos privilégios.

6.2. Importa destacar, ademais - e essa me parece questão central a ser posta em relevo -, que o voto vencedor na QO na AP 937, de relatoria do em. min. Luís Roberto Barroso, no que foi acompanhado integralmente pelos Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello, Rosa Weber e Cármen Lúcia, em sua *ratio decidendi*, ao conferir interpretação restritiva às normas da Constituição que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função perante o STF, açambarcou, expressamente, não só os parlamentares federais, mas também outras autoridades detentoras da referida prerrogativa.

O decano da Suprema Corte, Min. Celso de Mello, defendeu, em recente decisão, que o precedente aberto, com a restrição do foro privilegiado para parlamentares federais, também deve ter validade para governadores, situação que demonstra a extensão da tese fixada na mencionada questão de ordem, referindo-se, na ocasião, à decisão de minha relatoria nos autos da APn 866/DF, em que determinei o encaminhamento, ao órgão judiciário de primeiro grau, de processo relativo à prática de crime por governador de estado.

Com efeito, quanto à possibilidade de aplicação do referido entendimento aos cargos eletivos que gozam da prerrogativa de foro perante o Superior Tribunal de Justiça, entendo que a adoção do referencial determinado pelo Supremo Tribunal Federal seja imediata, preservando-se a higidez da interpretação dada pela Corte Suprema, quer se concorde ou discorde, pelas razões que já declinei na decisão proferida na APn nº 866/DF.

Veja-se, também, que a apontada abrangência da *ratio decidendi*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

engendrada no voto vencedor na QO na AP 937 foi utilizada pela própria Procuradoria Geral da República para opinar pela restrição do foro por prerrogativa de função de Ministro de Estado.

Menciona-se, ademais, o seguinte excerto do voto vencedor na QO na AP 937, que bem ilustra a nupercitada abrangência:

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 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.**

(...)

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**". [g.n.]

No que diz respeito à necessidade de se interpretar restritivamente as exceções, **vale a menção a trecho essencial do voto vencedor, que faz referência expressa à competência originária do Superior Tribunal de Justiça, verbis:**

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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 aceção mais restritiva, com base na teleologia do instituto e nos demais elementos de interpretação constitucional. Trata-se da chamada “redução teleológica” ou, de forma mais geral, da aplicação da técnica da “dissociação”, 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, que se dá para adequá-la à finalidade da norma. Nessa operação, o intérprete identifica uma lacuna oculta (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 geral.

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 na causa diz respeito a interesse privativo da magistratura, não envolvendo interesses comuns a outros 18 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.

Depreende-se, não só da tese fixada, mas sobretudo da *ratio decidendi* do referido aresto, que o voto vencedor referiu-se, **expressamente**, a todos os casos de foro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por prerrogativa de função, muito embora, é verdade, dada a sede processual na qual submetida a matéria - **Questão de Ordem em Ação Penal** -, tenha-se restringido, ao final, à aplicação da tese fixada aos casos de parlamentares federais.

Nem poderia ser diferente, porquanto, como cedo, a apresentação de questões de ordem para apreciação do colegiado tem cabimento nas hipóteses de questão procedimental com relação de antecedência lógica e prejudicial ao conhecimento do mérito, estando prevista no art. 21, III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual são atribuições do relator, entre outras, a de "submeter ao Plenário, à Turma, ou aos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos processos".

6.3. Outro ponto que merece realce é o fato de que mesmo aqueles Ministros que não acompanharam o voto prevalecente reconheceram a necessidade de alguma restrição na interpretação das hipóteses de foro especial.

Com efeito, o em. Min. Alexandre de Moraes fixou o entendimento intermediário, no que foi acompanhando pelos em. Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, de que "o foro por prerrogativa de função dos parlamentares aplica-se apenas às infrações penais comuns praticadas a partir da diplomação".

Observa-se, compulsando o referido voto, que o em. Ministro reconheceu a necessidade de interpretação restritiva das regras concernentes ao foro especial e à existência de inegável disfuncionalidade no sistema atual, destacando que, tendo em vista a finalidade protetiva da prerrogativa de foro, esta não poderia erigir-se em privilégio pessoal promotor de impunidade, *verbis*:

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.

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 congressual.

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 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.

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. [g.n.]

Por fim, importa mencionar que o em. Min. Marco Aurélio também acompanhou em parte o voto do Relator, divergindo, tão somente, quanto à segunda tese fixada no voto vencedor, segundo a qual "após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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”.

Ou seja, em todos os votos reconheceu-se, em maior ou menor extensão, a necessidade de se restringir as hipóteses do foro por prerrogativa de função, não havendo se falar, portanto, em impossibilidade de se aplicar o novel precedente firmado pela Suprema Corte ao caso ora sob exame.

6.4. Ademais, insta salientar que não é nova a atuação desta Corte Superior no sentido de alinhar o seu posicionamento à orientação fixada pela Suprema Corte, quando verificado, em casos análogos, que as mesmas razões que levaram o STF a fixar determinado entendimento em matéria constitucional são também aplicáveis a casos submetidos à apreciação desta Corte Superior. De fato, ***ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio***.

Nesse sentido:

RECLAMAÇÃO - AÇÃO CIVIL MOVIDA PELO MPF BUSCANDO A DECLARAÇÃO JUDICIAL DE PERDA DO CARGO DE PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE - PRERROGATIVA DE FORO - ART. 105, I, "A", DA CF/88 - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS.

1. A jurisprudência da Corte Especial do STJ, alinhando-se à orientação da Suprema Corte (inaugurada no julgamento da Questão de Ordem na Pet 3.211, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Menezes Direito, DJe de 26/6/2008), firmou entendimento de que compete ao Superior Tribunal de Justiça, por aplicação do princípio da simetria, o processo e julgamento de ações de improbidade aforadas contra os agentes elencados no art. 105, I, "a", da CF/88, das quais possa importar a perda do cargo público.

2. Na esteira do entendimento desta Corte, a declaração de incompetência absoluta resulta na nulidade dos atos decisórios proferidos pelo Juízo incompetente.

3. Reclamação julgada procedente.

(Rcl 8.473/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2012, DJe 04/12/2012) [g.n.]

RECLAMAÇÃO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO. JUIZ DE TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETÊNCIA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

I - Segundo a orientação do e. Pretório Excelso e desta c. Corte Especial, compete ao Superior Tribunal de Justiça o processo e o julgamento de ação de improbidade administrativa proposta contra juiz de Tribunal Regional do Trabalho, em que se possa resultar a perda do cargo (Precedentes: STF, Tribunal Pleno, Questão de Ordem na Pet 3211/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Menezes Direito, DJe de 26/6/2008; STJ, Corte Especial, AgRg na Rcl



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2115/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 16/12/2009).

II - Todavia, a competência desta e. Corte Superior não deve se estender à Ação Anulatória n.º 2004.34.00.030025-3, porque, naqueles autos, são demandantes os próprios integrantes do e. TRT, a questionar decisão do e. Tribunal de Contas da União que lhes aplicou multa, de modo que, lá, não há risco de perda do cargo público.

Pedido julgado parcialmente procedente.

(Rcl 4.927/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/06/2011, DJe 29/06/2011) [g.n.]

RECLAMAÇÃO. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA DESEMBARGADOR DE TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PRECEDENTE DO STF EM CASO ANÁLOGO. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

1. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que "compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros" (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que não se compatibiliza com a viabilidade de conferir a juiz de primeira instância competência para processar e julgar causa promovida contra ministro do Supremo Tribunal Federal cuja procedência pode acarretar a sanção de perda do cargo. Esse precedente afirma a tese da existência, na Constituição, de competências implícitas complementares, deixando claro que, inobstante a declaração de inconstitucionalidade do art. 84 e parágrafos do CPP, na redação dada pela Lei 10.628, de 2002 (ADI 2.860-0, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006), a prerrogativa de foro, em ações de improbidade, tem base para ser sustentada, implicitamente, na própria Carta Constitucional.

2. À luz dessa orientação, impõe-se a revisão da jurisprudência do STJ sobre o tema. Com efeito, as mesmas razões que levaram o STF a negar a competência de juiz de grau inferior para a ação de improbidade contra seus membros, autorizam a concluir, desde logo, que também não há competência de primeiro grau para julgar ação semelhante, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra membros de outros tribunais superiores ou de tribunais de segundo grau, como no caso.

3. Agravo regimental provido para julgar procedente a reclamação.

(AgRg na Rcl 2.115/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/11/2009, DJe 16/12/2009) [g.n.]

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA DE QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME. PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. EXCEPCIONAL CONCESSÃO DA ORDEM. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

3. No caso dos autos, verifica-se que foram interpostos Embargos Infringentes perante o Tribunal de origem, pendentes de julgamento. Assim, ante a não definitividade da condenação no âmbito da jurisdição ordinária, a expedição de mandado de prisão para início de cumprimento da pena caracteriza constrangimento ilegal.

4. Ademais, esta Corte Superior, **ao alinhar-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal** sobre a inconstitucionalidade da norma disposta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, passou a inadmitir a fixação do regime inicial fechado com base na mera fundamentação *ope legis*, aos condenados por crimes hediondos ou a ele assemelhados.

5. No caso dos autos, há real possibilidade que os embargos infringentes ou o recurso especial interpostos venham a ser providos para restabelecer a sentença condenatória e possibilitar o cumprimento da pena em regime aberto.

6. *Habeas corpus* concedido para permitir ao paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação.

(HC 403.877/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 27/09/2017) [g.n.]

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. JUIZ DE DIREITO. PRERROGATIVA DE FORO ADSTRITA À PERSECUÇÃO CRIMINAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SINGULAR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Juiz de Direito Gersino Donizete do Prado, objetivando a imposição das "sanções previstas no artigo 12, incisos I e III, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), em razão da prática de atos que importaram enriquecimento ilícito (artigo 9º) e de atos atentatórios aos princípios da Administração Pública (artigo 11)".

2. O Órgão Especial do TJSP reconheceu a incompetência daquela Corte para conhecer e julgar o feito e determinou a remessa dos autos a uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

3. Não se configura a alegada negativa de prestação jurisdicional, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Registre-se que não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

4. A mera insatisfação com o conteúdo da decisão embargada não enseja Embargos de Declaração. Esse não é o objetivo dos Aclaratórios, recurso que se presta tão somente a sanar contradições ou omissões decorrentes da ausência de análise dos temas que foram trazidos à tutela jurisdicional no momento processual oportuno.

5. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, com vistas a alinhar-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, alterou seu entendimento para afirmar que "a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade" (AgRg na Rcl 12.514/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 26.9.2013). No mesmo sentido os seguintes precedentes da Corte Especial: AgRg na AIA 32/AM, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 13.5.2016; AgRg na AIA 39/RO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 3.5.2016; AIA 45/AM, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 19.3.2014.

6. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

7. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1548168/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

Destarte, verificando-se, como na espécie, que a) todas as razões lançadas pelo Supremo Tribunal Federal, no voto vencedor na QO na AP 937, amoldam-se, à perfeição, ao caso ora examinado; b) da análise detida do posicionamento prevaiente é possível verificar que sua abrangência argumentativa não se limitou aos casos de parlamentares federais; e c) mesmo os votos vencidos seguiram o entendimento de que deveria haver alguma restrição às hipóteses de foro especial; cumpre conferir ao enunciado normativo do art. 105, I, "a", o mesmo sentido e alcance atribuído pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 102, I, "b" e "c", restringindo-se, desse modo, as hipóteses de foro por prerrogativa de função perante o STJ àquelas em que o crime for praticado em razão e durante o exercício do cargo ou função, porquanto "onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito".

7. DA NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE MARCO TEMPORAL PARA A PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STJ

7.1. Fixada a tese segundo a qual o foro por prerrogativa de função se aplica apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desempenhadas, impende assestar o marco temporal para fins de prorrogação da competência do STJ.

Consoante lição de Cândido Rangel Dinamarco, "prorrogação significa aumento, alargamento - tanto quanto o verbo *prorrogar* quer dizer aumentar, alargar. Pelo fenômeno da prorrogação alarga-se a competência de um órgão jurisdicional, para receber uma causa que ordinariamente não se incluía nela. A ele associa-se o fenômeno inverso, consistente na diminuição da competência do órgão que seria competente para a causa concretamente atraída àquele" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 453).

No mesmo sentido, Gustavo Badaró afirma que "prorrogação de competência é a modificação da esfera concreta de competência de um juiz. Amplia-se a esfera de competência de um órgão judiciário, atribuindo-lhe competência para um processo no qual não seria normalmente (abstratamente) competente, enquanto outro órgão que abstratamente seria competente para tal caso, deixaria de sê-lo" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 171).

Como consignou o em. Min. Luís Roberto Barroso, na QO na AP 937:

"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.

7.2. Para evitar tais transtornos processuais, que atentam contra a eficácia e a racionalidade da prestação jurisdicional, faz-se mister adotar critério que, seguindo a mesma *ratio* adotada pelo Supremo Tribunal Federal, promova a segurança jurídica.

A meu sentir, por um critério de simetria, nos mesmos moldes adotados para se interpretar o art. 105, I, "a", da CF, deve-se estabelecer como marco temporal para a prorrogação da competência o fim da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para a apresentação de alegações finais.

Mencione-se, nesse sentido, que a jurisprudência do STF admite a prorrogação de competências constitucionais, justamente nos casos necessários à preservação da efetividade e da racionalidade da prestação jurisdicional, consoante se observa nos seguintes precedentes: AP 470 QO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2.8.2002; AP 634 QO, Rel. Min. Luís



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Roberto Barroso, j. 6.2.2014; AP 396, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 28.10.2010.

Em idêntica linha de inteligência, o Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, fixou o entendimento de que "ainda que seja proferida sentença absolutória, ou haja desclassificação do delito, a competência da Justiça Federal remanesce, caso verificada a ocorrência de conexão ou continência ensejadora da reunião dos processos onde se apuram crimes de competência comum e Federal, nos termos do art. 81, *caput*, do Código de Processo Penal" (AgRg no REsp 1.364.341/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/3/2015, DJe 9/4/2015).

A propósito:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO. ASSOCIAÇÃO NO TRÁFICO INTERNACIONAL, INSTALAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE MEIO DE COMUNICAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. CONEXÃO. SENTENÇA. ABSORÇÃO. COMPETÊNCIA PRESERVADA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Recusada a cumulação objetiva na sentença, pelo reconhecimento da absorção do delito da competência da Justiça Federal, aplica-se, por chamamento extensivo, a regra do artigo 81 do Código de Processo Penal, persistindo perpetuada a competência prorrogada ao delito de competência da Justiça Estadual.

2. Nos casos de conexão de delitos da competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual, ainda quando delegatória de competência federal, prevalece, de forma absoluta, a competência da Justiça Federal, porque constitucionalmente estabelecida.

3. A competência federal penal delegada é materialmente improrrogável, por força de natureza.

4. Recurso improvido.

(RHC 9.823/RO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 8/8/2000, DJ 6/11/2000, p. 231) [g.n.]

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONEXÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. *PERPETUATIO JURISDICTIONES*.

1. Estabelecida a competência da Justiça Federal em razão da conexão entre crimes de competência estadual e federal, mesmo que haja sentença absolutória em relação ao delito de competência federal, não se desloca a competência em virtude da *perpetuatio jurisdictiones*.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 49.373/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/2/2012, DJe 5/3/2012) [g.n.]

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA. *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*.

1. O artigo 557, *caput*, do CPC, autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior. Inexistência de desrespeito ao princípio da colegialidade.

2. "Ainda que seja proferida sentença absolutória, ou haja desclassificação do delito, a competência da Justiça Federal remanesce, caso verificada a ocorrência de conexão ou continência ensejadora da reunião dos processos onde se apuram crimes de competência comum e Federal, nos termos do art. 81, *caput*, do Código de Processo Penal."

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.364.341/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/3/2015, DJe 9/4/2015) [g.n.]

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE EXTORSÃO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. INDEFERIMENTO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MODIFICAÇÃO DAS CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ELEMENTAR DA GRAVE AMEAÇA. AMEAÇAS IMPLÍCITAS. CONFIGURAÇÃO. MONITORAMENTO DA POLÍCIA FEDERAL. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. AFASTAMENTO DA MINORANTE GENÉRICA DO ARTIGO 16 DO CP. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. OMISSÃO NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INEXISTÊNCIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS VALORADAS NEGATIVAMENTE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA DEMONSTRADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. "Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções e com estas relacionados" (Súmula 254 do extinto Tribunal Federal de Recursos). "Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do artigo 78, II, a, do CPP" (Súmula 122 desta Corte). Sendo reconhecida a absorção do crime de competência da Justiça Federal pelo delito de competência da Justiça estadual, aquela remanesce com a competência para o julgamento desta infração pela *perpetuatio jurisdictionis*, aplicando-se, por analogia, as disposições do artigo 81 do Código de Processo Penal.

[...]

11. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC 353.818/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/2/2017, DJe 24/2/2017) [g.n.]

Nesse diapasão, o critério do fim da instrução processual, com a publicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

despacho de intimação para a apresentação de alegações finais, parece adequado como marco temporal da prorrogação da competência desta Corte Superior para julgamento das ações penais originárias, visto constituir referência temporal objetiva, privilegiando, ainda, o princípio da identidade física do juiz, ao valorizar o contato do magistrado julgador com as provas produzidas na ação penal.

8. CONCLUSÃO

8.1. No caso concreto, estabelecida a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça delimitar a própria competência, com fundamento no princípio republicano e no princípio da unidade da Constituição, tendo em vista as interpretações sistemática e teleológica, bem como a necessidade de promover-se indispensável segurança jurídica aos jurisdicionados a partir de uma interpretação simétrica de normas constitucionais análogas, propõe-se a resolução da presente questão de ordem com a fixação das seguintes teses:

a) o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas;

b) o critério do fim da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para a apresentação de alegações finais, constitui o marco temporal da prorrogação da competência desta Corte Superior para o julgamento das ações penais originárias.

8.2. Na hipótese vertente, por questão de previsibilidade e coerência na interpretação dos dispositivos constitucionais pertinentes, a fim de privilegiar a regra basilar de hermenêutica segundo a qual *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* ("onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito"), tendo em vista que o crime imputado ao ora acusado foi praticado antes de sua investidura no cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, voto no sentido de declinar a competência do Superior Tribunal de Justiça e determinar o encaminhamento dos presentes autos a uma das Varas Criminais da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília, competente para apreciar a matéria.

Destaque-se que, no caso concreto, os autos devem ser enviados ao juízo de primeiro grau e não ao TJDF, visto que, embora o acusado ocupasse o cargo de Deputado Distrital ao tempo do suposto cometimento da infração penal, hoje não detém mais o mandato parlamentar, conforme jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal, a partir do Inq. 687, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25/8/1999.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2015/0280261-9

QO na
APn 857 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150020207343 252015

EM MESA

JULGADO: 06/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretária

Bela. VÂNIA MARIA SOARES ROCHA

ASSUNTO: DIREITO PENAL

QUESTÃO DE ORDEM

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : MÁRCIO MICHEL ALVES DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : ALEXANDRE VIEIRA DE QUEIROZ - DF018976
PRISCILLA DE AQUINO - DF044625
DIOGO DE MYRON CARDOSO PONZI - DF040262
RÉU : FERNANDO AUGUSTO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ANDRÉ VIEIRA LACERDA - DF053495

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão acompanhando a divergência, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Felix Fischer.

Aguardam os Srs. Ministros Raul Araújo, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Og Fernandes.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QO na AÇÃO PENAL Nº 857 - DF (2015/0280261-9) (f)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AUTOR : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RÉU : **MÁRCIO MICHEL ALVES DE OLIVEIRA**
ADVOGADOS : **ALEXANDRE VIEIRA DE QUEIROZ - DF018976**
: **PRISCILLA DE AQUINO - DF044625**
: **DIOGO DE MYRON CARDOSO PONZI - DF040262**
RÉU : **FERNANDO AUGUSTO DE OLIVEIRA**
ADVOGADO : **ANDRÉ VIEIRA LACERDA - DF053495**

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de Questão de Ordem levantada pelo em. Ministro Relator na Ação Penal n. 857/DF, visando resolver a competência da Corte para o caso.

Depreende-se dos autos de ação penal originária que o Ministério Público Federal denunciou atual Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Márcio Michel Alves de Oliveira, e Fernando Augusto de Oliveira pela prática, em tese, do crime previsto no art. 171, § 3º do Código Penal, por dezenove vezes, os quais teriam ocorrido entre os anos de 2011 a 2013, época em que o atual Conselheiro Marcio Michel Alves de Oliveira ainda exercia o cargo de Deputado Distrital.

Apresentadas respostas pelos denunciados e após manifestação do Ministério Público Federal, resolveu o em. Ministro Relator levantar a presente Questão de Ordem, a ser dirimida perante o órgão colegiado, no intuito de elucidar a competência originária da Corte para o processamento e julgamento da causa, tendo em vista recente decisão do Supremo Tribunal Federal na QO na Ação Penal n. 937/RJ (fl. 741):

"Abra-se vista ao Ministério Público Federal e ao requerido para, no prazo simultâneo de 5 (cinco) dias, se manifestarem quanto à eventual incidência no caso em concreto da recente decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ.

Advirto que o processo está pautado para deliberação quanto ao recebimento ou não da denúncia na sessão da Corte Especial a se realizar no próximo dia 16 de maio."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após manifestação de ambas as partes contrariamente a baixa dos autos, proferiu voto o eminente **Ministro Relator, Mauro Campbell Marques**, ponderando que a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ não teria o condão de refletir na presente ação penal, pois *'limitado aos agentes detentores de mandato eletivo com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal'*, pelo fato da interpretação extensiva às demais autoridades com prerrogativa de foro, proposta pelo em. Ministro Dias Toffoli, não ter sido acolhida.

Destaca, igualmente, que a Corte Suprema fez expressa ressalva no julgamento da QO, limitando a nova interpretação acerca da fixação da competência somente para julgamento de deputados federais e senadores. Desse modo, não deteria esta Corte Especial competência constitucional para igualmente tratar da restrição ao foro por prerrogativa de função para os demais cargos, por atingir frontalmente o princípio do juiz natural, elencado na Constituição da República (art. 5º, LIII). O Superior Tribunal de Justiça não pode, por um processo de interpretação essencialmente constitucional, modificar a extensão de Juízo Natural, na medida em que *'esta tarefa demanda essencialmente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão encarregado precipuamente da Jurisdição Constitucional no Brasil'*. E conclui seu voto com a proposição das seguintes teses:

"A) Todos os feitos penais originários de competência desta Corte Especial devem permanecer em curso regular enquanto se aguarda eventual aprovação do Supremo Tribunal Federal em relação às Súmulas Vinculantes ou deliberação pelo Congresso Nacional quanto à eventual restrição do foro.

B) A decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ não é aplicável a este Superior Tribunal de Justiça, seja por ressalva expressa da própria Corte Constitucional, tampouco por simetria a Governadores tendo em vista que não se pode dar tratamento não isonômico a autoridades que a própria Constituição Federal equiparou quanto ao respectivo Juiz Natural."

O eminente **Ministro João Otávio de Noronha**, por sua vez, **inaugurou divergência no julgamento**, obtemperando que o Superior Tribunal de Justiça, como tribunal superior, com competência enumerada na Constituição Federal, tem o dever de ler e interpretar a Carta Magna, especialmente para delimitar a amplitude de sua competência originária. Assevera que a alteração de interpretação do texto legal ao longo do tempo decorre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da necessidade de evolução do Direito, do aperfeiçoamento da técnica. *"E é interpretando os textos que retiramos a norma. Portanto, já é hora de este Tribunal, no uso de sua competência, no uso da sua prerrogativa constitucional, também fazer uma nova leitura das regras constitucionais que traçam a competência penal desta Casa"*. Aduz ser o texto constitucional do art. 105, I, 'a' aberto, e permitir ao intérprete, no caso o STJ, sua releitura de acordo com a atual realidade, sobretudo a partir do novo viés inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal.

Após voto dos eminentes Ministros Maria Thereza de Assis Moura, e Luis Felipe Salomão acompanhando a divergência, engrandecendo o debate, pedi vista para aprofundar o exame da matéria, ante seus reflexos nos processos criminais de competência originária da casa.

É o relatório.

A Questão de Ordem levantada pelo relator se volta à definição da competência para o processamento e julgamento da causa, como ponderado em seu voto *"[...] Este Superior Tribunal de Justiça é competente para analisar o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face de Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal por atos praticados enquanto era ocupante de mandato de Deputado Distrial?"*

Os autos tratam de processo-crime deflagrado contra atual Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Márcio Michel Alves de Oliveira, e Fernando Augusto de Oliveira pela prática, em tese, de fatos criminosos anteriores ao exercício do atual cargo.

Assim, cumpre examinar, em um primeiro momento, a possibilidade desta Corte Superior examinar sua competência originária para o processamento e julgamento da causa, frente ao disposto no art. 105, I, 'a', da Constituição Federal.

Com efeito, como bem lembrado no fulgente voto do em. Relator, não remanesce dúvida de que cabe ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição da República em última instância, o que, todavia, não exclui o dever de análise das demais instâncias. Além do mais, a decisão da Suprema Corte na QO suscitada na APN 937/RJ não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tem o condão de impedir o exame, por esta Corte, de sua competência para as ações penais originárias, até mesmo porque nenhuma restrição nesse sentido restou exarada, como se observa do resultado do julgamento:

"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) [...]" (grifei)

O fato do voto do em. Ministro Dias Toffoli, por ocasião do julgamento da mencionada Questão de Ordem, de usar o julgado para dar interpretação extensiva às demais autoridades detentoras de foro especial, não ter sido acolhida, não gera o impeditivo aduzido pelo Relator, por ter a Corte Suprema pretendido unicamente limitar a amplitude de sua análise às autoridades envolvidas no caso, sem fazer qualquer juízo de valor sobre as demais, a serem oportunamente examinadas de modo individualizado, como, aliás, já vem ocorrendo, como se observa do julgamento exautivamente noticiado da QO no Inquérito n. 4703, envolvendo Ministro de Estado e Conselheiro do Tribunal de Contas estadual.

Ademais, a nova interpretação dada pelo Supremo ao foro por prerrogativa de função nos casos envolvendo membros do Congresso Nacional, apesar de desprovida de eficácia vinculante, tem a capacidade de instigar as demais Cortes a também reexaminar a extensão dos marcos de sua competência criminal originária, como forma de reduzir a insegurança jurídica, bem assim preservar a coerência do sistema e a objetividade de tratamento nos julgados.

Assim, não permanece qualquer hesitação do poder-dever desta Corte Superior de examinar a extensão de sua competência, como corolário da regra da **kompetenz-kompetenz** expressamente prevista no art. 109 do Código de Processo Penal (se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, [...]), que dita que todo Juízo tem um mínimo de competência, ou seja, é julgador de sua própria competência, podendo conhecer do feito quando entender que a possui e, no caso oposto, declinar para a autoridade devida. E tal regra não pode ser menosprezada, especialmente frente a previsão constitucional, ganhando ainda maior relevo a partir da nova moldura dada pela Suprema Corte ao foro por prerrogativa, fixando novas balizas, alicerçado em um caso concreto (APN 937/RJ).

Leciona Renato Brasileiro de Lima:

Diversamente do que se dá no processo civil, no processo penal o juiz pode reconhecer ex officio tanto a incompetência absoluta quanto a relativa. Entende-se que o magistrado dispõe de competência para delimitar sua própria competência (Kompetenz-Kompetenz da doutrina constitucional alemã), pouco importando se qualifica como absoluta ou relativa. (in Manual de Processo Penal: volume único, 5ªed., Salvador, Editora JusPodivm, 2017, p. 1121, grifei).

A doutrina de **Aury Lopes Junior** não destoa:

"Como regra, um juiz ou tribunal somente pode julgar um caso penal quando for competente em razão da matéria, pessoa e lugar.

[...]

Contudo, ao contrário de alguma doutrina que não descola das categorias do processo civil, pensamos que a incompetência em razão do lugar pode também ser conhecida pelo juiz de ofício. Isso porque o art. 109 do CPP não faz nenhuma restrição, todo oposto:

Art. 109. Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior.

Assim, poderá o juiz de ofício, e até a prolação da sentença, declinar de sua competência, inclusive em razão do lugar. A distinção está em que, na incompetência em razão da matéria e pessoa, por serem critérios absolutos e indisponíveis, não se opera nenhuma espécie de convalidação. Inclusive em grau recursal pode ser declarada a incompetência do juiz. Já em relação ao lugar, ou a defesa alega através da respectiva exceção ou ela se prorroga. Nesse caso, somente o juiz poderá fazê-lo, até sentença, nos termos do art. 109. (in Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume I, 5ª ed., Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 433/434)"

Os seguintes julgados deste Tribunal também se prestam a consolidar o tema:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RATIONE LOCI. DECLINAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. O Juiz criminal, reconhecendo motivo que o torne incompetente, pode, em qualquer fase do processo, declará-lo nos autos, haja ou não alegação da parte (artigo 109 do Código de Processo Penal).

2. Recurso conhecido e improvido." (REsp 151.231/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 29/03/2000, DJ 05/06/2000, p. 218, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DE CABIMENTO E ADEQUAÇÃO. ALEGADA CONTRADIÇÃO QUE NÃO SE AFERE ENTRE PARTES DA DECISÃO ATACADA, MAS SIM ENTRE ESTA E OUTRA DECISÃO. EMBARGOS IRREPARAVELMENTE INEPTOS. COMPETÊNCIA DO RELATOR. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA SOBRE A QUAL NÃO SE OPERA PRECLUSÃO PRO JUDICATO. PREVALÊNCIA DA DECISÃO POSTERIOR SOBRE A ANTERIOR. ALEGADO CONFRONTO QUE SE DÁ COM MERO OBITER DICTUM CONSTANTE DE UMA DAS DECISÕES TIDAS POR COLIDENTES. MANIFESTA INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO QUE AUTORIZA A INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. TENTATIVA DE OBTENÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA MOTIVADA POR PREVALÊNCIA DE VOTO VENCEDOR EM QUESTÃO PROCESSUAL. DISTINÇÃO DE ALTERAÇÃO OCASIONADA POR DISSENSO MERITÓRIO.

[...]

5. A definição da relatoria condiz com regra de competência, que, em fase de Inquérito, pode ser examinada pela Corte a qualquer tempo, nos exatos termos do artigo 109 do Código de Processo Penal, visto que se trata de matéria de ordem pública, sobre a qual não se opera preclusão pro judicato.

6. Ainda que no Acórdão que julgou os Embargos Declaratórios houvesse a afirmativa de que a relatoria permaneceria com o Ministro a quem distribuído o Inquérito - e não há -, a posterior decisão da Corte Especial, em Questão de Ordem trazida especificamente para debate do tema, se sobrepõe e prevalece sobre a anterior decisão.

7. Embargos rejeitados." (EDcl no Inq 583/PR, Corte Especial Rel^a. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, julgado em 15/03/2017, DJe 03/08/2017, grifei).

Cravada tal premissa, concludo, quanto à competência propriamente dita, tal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como já arrazoadado nos votos divergentes, que esta Corte Especial não mais permanece com atribuição para processar e julgar originariamente a causa, pois a mera circunstância de constar no polo passivo membro do Tribunal de Contas do Distrito Federal não mais constitui fator, por si só, suficiente para a fixação da competência prevista no art. 105, I, 'a', da Constituição Federal.

É que o Supremo Tribunal Federal, além de ter, na APN 937/RJ, restringido o âmbito de alcance do foro por prerrogativa de função nas ações penais em que figurem como denunciados membros do Congresso Nacional, repisou seu novo posicionamento no posterior julgamento da QO no Inquérito n. 4703, ao estabelecer o mesmo raciocínio para o caso envolvendo Ministro de Estado e membro do Tribunal de Contas de Estado. Nesse novo julgamento, mais uma vez, restou assentado que somente permaneceria a competência originária da Corte Constitucional caso os fatos investigados, em tese criminosos, tivessem sido cometidos no cargo e em razão do cargo, o que inexistiria na hipótese, já que o inquérito teria por objeto acontecimentos anteriores ao exercício das funções. Ressai da decisão do mencionado julgamento:

"A Turma, por maioria, declinou da competência, remetendo os autos à Primeira Instância da Justiça Estadual de Mato Grosso, vencido o Ministro Alexandre de Moraes, Presidente, que declinava da competência para o Superior Tribunal de Justiça. Na sequência, por unanimidade, afastou a alegação de prevenção, tudo nos termos do voto do Relator. Falaram: o Dr. Fábio Medina Osório e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Primeira Turma, 12.6.2018."

Aliás, na mencionada QO o Exmo. Sr. Ministro Alexandre de Moraes chegou a propor, em seu voto, a baixa dos autos a esta Corte, em razão da presença de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, o que restou rechaçado pelos demais ministros, que entenderam de modo expreso pela baixa dos autos ao Primeiro Grau, pela ausência de qualquer vínculo do fato com o cargo ocupado.

Tal entendimento, muito embora desprovido de efeito vinculante, como já dito, merece balizar os próximos julgamentos a serem conduzidos por este Tribunal, em que figure como investigado/denunciado conselheiro do Tribunal de Contas de Estado e/ou Distrito Federal, a fim de dotar a jurisprudência de coerência e objetividade, além de certa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsibilidade, máxime que a Suprema Corte, ao restringir o foro por prerrogativa de função, apenas o interpretou sob novo viés, sem se distanciar da moldura constitucional.

Cumprе ressalvar, no entanto, que o entendimento ora estabelecido se restringe ao caso concreto, incapaz de espraiar efeitos automáticos para outras hipóteses, tais como membros de carreiras ligadas à atividade judicante (v.g. Ministério Público, Magistratura), em que o foro por prerrogativa não visa unicamente resguardar a função daquele que, porventura, venha a ser julgado, mas também a autonomia e independência da própria unidade sentenciante, evitando-se nefastas interferências de autoridade mais graduada sobre os mais novos. Isto tudo, sem contar outros aspectos negativos.

Tal raciocínio, inclusive, pode ser transportado, com a devida ponderação, da Lei n. 8.112/90, que disciplina que a competência para julgar o processo administrativo disciplinar, e impor penalidade, resulta da ascendência hierárquica da autoridade julgadora sobre o acusado, fundada no princípio da hierarquia, como meio de proteger o processante de represálias advindas de sua atividade disciplinar.

Nesses termos, no caso em concreto, como a denúncia tem por objeto fatos anteriores ao exercício do cargo de conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal pelo denunciado, desvinculando-se assim da atual função, resta, segundo a nova diretriz, afastada a incidência do art. 105, inc. I, 'a', da Constituição Federal, impondo-se a imediata baixa dos autos, sem prejuízo da validade dos atos já praticados.

Desse modo, em que pese a cautela bem posta pelo douto Relator, ousou discordar do seu posicionamento, **acompanhando a divergência inaugurada pelo em. Ministro João Otávio de Noronha**, para reconhecer a incompetência desta Corte, e, de consequência, determinar a baixa dos atos ao Primeiro Grau.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QO na AÇÃO PENAL Nº 857 - DF (2015/0280261-9) (f)

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Senhora Presidente, Senhoras Ministras e Senhores Ministros, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por maioria, entendeu ser possível deliberar sobre a restrição do alcance do direito-garantia do Juiz Natural em relação aos agentes com prerrogativa de foro criminal nesta Corte Superior, tendo em vista o que dispõe o art. 105, I, da Constituição Federal de 1988.

A premissa estabelecida nos debates aqui travados é de que a competência penal originária deste Superior Tribunal de Justiça em relação apenas aos Conselheiros de Tribunais de Contas Estaduais é restrita aos delitos praticados no período em que o agente ocupa a função e deve ter relação intrínseca às atribuições exercidas.

Para melhor solução da questão e evitar a ocorrência de casuísmos que possam vir a contribuir com o aumento da seletividade do sistema penal (dentre outros efeitos indesejados), entendo que esta premissa deve se aplicar indistintamente a todas as autoridades com prerrogativa de foro neste Superior Tribunal de Justiça que foram mencionadas no referido dispositivo constitucional, quais sejam: **Governadores dos Estados e do Distrito Federal, desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, Juízes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e, por fim, os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.**

Os crimes que não forem praticados por estas Autoridades no exercício da função e não tiverem relação funcional com as atribuições exercidas, devem ser processados e julgados perante o Juízo da 1ª instância, observando-se os critérios de fixação da competência quanto à matéria estabelecidos pela Constituição Federal e, ordinariamente, pelo Código de Processo Penal.

Este foi o entendimento recentemente adotado pelo Supremo Tribunal Federal na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Questão de Ordem no Inquérito 4703/DF, que recebeu a seguinte ementa:

QUESTÃO DE ORDEM. DENÚNCIA OFERECIDA PELA PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA. DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. PRECEDENTE. AP 937-QO. *RATIO DECIDENDI*. APLICABILIDADE A TODA E QUALQUER AUTORIDADE QUE POSSUA PRERROGATIVA DE FORO. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA PARA DECLINAR DA COMPETÊNCIA AO JUÍZO DE 1ª INSTÂNCIA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento, na data de 03/05/2018, da AP 937-QO, aprovou, por maioria, as teses de que: "(i) *O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas*; e de que "(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*".

2. A *ratio decidendi* do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na AP 937-QO aplica-se, indistintamente, a qualquer hipótese de competência especial por prerrogativa de função, tanto que a discussão acerca da possibilidade de modificação da orientação jurisprudencial foi conduzida objetivamente pelo Plenário em consideração aos parâmetros gerais da sobredita modalidade de competência especial, isto é, sem qualquer valoração especial da condição de parlamentar do réu da AP 937.

3. *In casu*, os fatos imputados na peça acusatória foram praticados, em tese, pelos dois denunciados, respectivamente, no exercício e em razão do cargo de Governador do Estado e no exercício do cargo de Deputado Estadual, embora, nesse último caso, sem pertinência com o cargo em questão; sendo que, em ambos os casos, os denunciados não mais exercem os cargos no exercício dos quais praticaram, em tese, as condutas: o então Governador de Estado é, atualmente, Senador da República no exercício do cargo de Ministro de Estado; sendo que o então Deputado Estadual é, atualmente, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso.

4. O elemento persuasivo (vinculante ou vinculativo, conforme o caso) do precedente não decorre das partes ou do dispositivo da decisão, mas sim dos fundamentos jurídicos adotados para justificá-la, ou seja, da mas sim dos fundamentos jurídicos adotados para justificá-la, ou seja, da chamada *ratio decidendi*. *In casu*, a) não cabe cogitar da competência do STF para conhecer da denúncia oferecida, uma vez que o hoje Senador da República e Ministro de Estado não praticou, em tese, o fato no exercício e em razão daqueles últimos cargos; b) não se visualiza competência do STJ, uma vez que o denunciado BLAIRO não mais exerce o cargo de Governador do Estado e o denunciado SÉRGIO, embora exerça atualmente o cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas, não praticou, em tese, o fato no exercício do aludido cargo; c) não se visualiza competência do Tribunal local, uma vez que o denunciado SÉRGIO, embora tenha praticado o fato, em tese, na condição de Deputado Estadual, não mais exerce o cargo em questão; d) por exclusão, o único Juízo competente para conhecer da peça acusatória é o da 1ª instância, mais precisamente, da Justiça Estadual do Mato Grosso, considerando não se visualizar, a princípio, competência da Justiça Federal quanto aos crimes imputados.

5. Voto no sentido de resolver a questão de ordem por meio da declinação da competência para conhecer da denúncia à 1ª instância da Justiça Estadual do Mato Grosso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No voto do Ministro Relator, Sua Excelência o Ministro Luiz Fux, assim afirmou:

Quando da resolução, em julgamento concluído na data de 03/05/2018, da questão de ordem proposta pelo Min. Relator Roberto Barroso na AP 937, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, acompanhou o Relator para o fim 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".

Decidiu-se, ademais, que *“a 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)”*.

Nesse contexto, é de se notar, inicialmente, que, embora o réu da AP 937 fosse Deputado Federal (tendo praticado o fato supostamente delitivo antes da diplomação), em nenhuma das teses fixadas, optou-se por restringir expressamente o novo entendimento do Plenário quanto à amplitude de interpretação da competência por prerrogativa de função ao universo dos parlamentares federais. Caso essa, efetivamente, tivesse sido a intenção do Plenário, a redação aprovada para as teses, para o fim de guardar correspondência com o julgamento realizado, contemplaria ressalva expressa no sentido de que a mudança de orientação jurisprudencial teria sua aplicação limitada àquele universo. Contudo, não foi o que ocorreu. E tampouco se pode afirmar que a omissão da ressalva foi fortuita.

Ocorre que é possível extrair da análise do voto proferido pelo Ministro Relator Roberto Barroso e dos votos dos Ministros que o acompanharam para a formação da maioria que os fundamentos invocados para justificar a mudança da orientação jurisprudencial não possuíam relação específica com os direitos e obrigações de natureza parlamentar - que constituem o que se convencionou denominar Estatuto dos Congressistas -, mas sim com o instituto em si da competência especial por prerrogativa de função, independentemente do cargo a que estivesse relacionada.

Com efeito, quando se destacou que a interpretação, em consideração à natureza do instituto da prerrogativa de foro e dos aspectos políticos e jurídicos que justificam a sua aplicação, que melhor contemplaria a preservação do princípio republicano em sua devida amplitude era a da necessidade de observância dos critérios de concomitância temporal e da pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo, não se o fez em consideração às prerrogativas específicas dos congressistas, até porque não faria nenhum sentido diferenciar, para o alcance do aludido desiderato, a situação, por exemplo, de um membro do Poder Legislativo da de um membro dos Poderes Executivo ou Judiciário.

Ou seja, em suma, independentemente da constituição subjetiva do polo passivo da relação processual de fundo, a ratio decidendi do paradigmático julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplica-se, indistintamente, a qualquer hipótese de competência especial por prerrogativa de função, tanto que a discussão acerca da possibilidade de modificação da orientação jurisprudencial foi conduzida, na forma de questão de ordem proposta pelo Relator, objetivamente pelo Plenário em consideração aos parâmetros gerais da sobredita modalidade de competência especial, isto é, sem qualquer valoração especial da condição de parlamentar do réu da AP 937 (Grifamos).

Portanto, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu pela aplicação do precedente anteriormente firmado no âmbito da Ação Penal 937/DF para todas as autoridades com prerrogativa de foro listadas na Constituição Federal, inclusive quanto às hipóteses do Juízo Natural exercido por este Superior Tribunal de Justiça.

Ou seja, na linha do meu voto inicial, entendo que este precedente é aplicável ao Superior Tribunal de Justiça tendo em vista a competência da Corte Suprema para deliberar sobre restrição de direito-garantia fundamental do Juiz Natural.

Passo, então, a fazer algumas considerações quanto à aplicabilidade ou não da Lei nº 8038/90 e do Código de Processo Penal as quais deve servir como diretrizes para os processos que forem remetidos ao Juízo da 1ª instância, nas hipóteses em que os crimes praticados não guardem relação com o cargo ou mesmo não tiverem sido praticados durante o seu exercício.

Os critérios de fixação da competência quanto ao lugar da infração, domicílio ou residência do réu, distribuição, conexão ou continência e prevenção devem, então, seguir o que dispõem tanto o Código de Processo Penal quanto leis processuais penais especiais que estabelecerem disposições especiais de competência em relação às regras gerais do Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 (CPP).

Aponto, também, a inaplicabilidade das disposições da Lei nº 8.038/90 em relação a estas hipóteses. Isso porque as normas procedimentais ali estabelecidas em seu Título I - Capítulo I são específicas para os processos penais originários que tramitam perante órgãos de julgamento colegiados.

Tanto é assim que as normas ali estabelecidas pressupõem a deliberação conjunta, especialmente quanto ao recebimento ou não da denúncia e também quanto à procedência ou não da persecução penal. Por lógica, estas normas não serão mais aplicáveis aos processos penais que tramitem em Juízo Criminal da 1ª instância relacionados ou a crimes praticados fora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do período em que o agente ocupa o cargo objeto da norma constitucional ou a crimes que não guardem função com as atribuições ali exercidas.

Ainda quanto à competência e ao procedimento, aponto o entendimento prevalecente nesta Corte de que, quanto às investigações, deve ser aplicada a regra geral prevista no artigo 5º do Código de Processo Penal, não havendo o controle jurisdicional da admissibilidade da investigação em relação a estes crimes.

Neste contexto, cumpre apontar que a Suprema Corte, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104/DF, deliberou cautelarmente pela inconstitucionalidade do art. 8º da Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Este dispositivo instituía a necessidade de controle jurisdicional prévio à instauração de inquéritos policiais relacionados a infrações de competência da Justiça Eleitoral.

Senão vejamos o acórdão do referido julgado:

RESOLUÇÃO Nº 23.396/2013, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. INSTITUIÇÃO DE CONTROLE JURISDICIONAL GENÉRICO E PRÉVIO À INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. SISTEMA ACUSATÓRIO E PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97.
2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes.
3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica.
4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório.
5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria fumus boni juris; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de periculum in mora. (ADI 5104 MC, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2014, Dje 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

No que interessa ao presente voto, extrai-se do voto do Eminentíssimo Relator, o Exmo. Ministro Luis Roberto Barroso:

Em se tratando de comando dirigido a agentes públicos, não faz sentido que as notícias-crime sejam endereçadas diretamente à autoridade judicial. É de se aplicar a lógica inerente ao sistema acusatório, concentrando-se as investigações na Polícia, com a participação do Ministério Público. A interferência judicial nessa fase é excepcional, na linha do que já foi exposto.

Em segundo lugar, é igualmente imprópria a previsão de que a autoridade policial teria de requerer ao juiz, genericamente, as medidas que considerar cabíveis. Isso estabeleceria uma direção judicial das investigações, inadmissível à luz do sistema acusatório. Em vez disso, a competência decisória do Judiciário deverá se limitar à análise das diligências sujeitas à reserva de jurisdição.

Embora o precedente tenha sido firmado com base na interpretação de Resolução editada pelo Tribunal Superior Eleitoral, é certo que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem adotado tais fundamentos em relação aos agentes com prerrogativa de foro constitucional nos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais.

Senão vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, II, DO CPP. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. PODERES DE INVESTIGAÇÃO DO MP. RE 593.727/MG. 2. INVESTIGADO COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE NORMA CONSTITUCIONAL OU INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. 3. CONTROLE PRÉVIO DAS INVESTIGAÇÕES. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. PRECEDENTE DO STF. 4. PREVISÃO DE CONTROLE JUDICIAL DE PRAZOS. ART. 10, § 3º, DO CPP. JUÍZO COMPETENTE PARA O PROCESSO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, assentou que "os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público". Dessarte, não há dúvidas sobre a constitucionalidade do procedimento investigatório criminal, que tem previsão no art. 8º da Lei Complementar n. 75/1993 e no art. 26 da Lei n. 8.625/1993, sendo disciplinado pela Resolução n. 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público.

2. No que concerne às investigações relativas a pessoas com foro por prerrogativa de função, tem-se que, embora possuam a prerrogativa de serem processados perante o Tribunal, a lei não excepciona a forma como se procederá à investigação, devendo ser aplicada, assim, a regra geral trazida no art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, a qual não requer prévia autorização do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Judiciário. "A prerrogativa de foro do autor do fato delituoso é critério atinente, de modo exclusivo, à determinação da competência jurisdicional originária do tribunal respectivo, quando do oferecimento da denúncia ou, eventualmente, antes dela, se se fizer necessária diligência sujeita à prévia autorização judicial". (Pet 3825 QO, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 10/10/2007). Precedentes do STF e do STJ.

3. A ausência de norma condicionando a instauração de inquérito policial à prévia autorização do Judiciário revela a observância ao sistema acusatório, adotado pelo Brasil, o qual prima pela distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos. Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de MC na ADI n. 5.104/DF, condicionar a instauração de inquérito policial a uma autorização do Poder Judiciário, "institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório".

4. Não há razão jurídica para condicionar a investigação de autoridade com foro por prerrogativa de função a prévia autorização judicial. Note-se que a remessa dos autos ao órgão competente para o julgamento do processo não tem relação com a necessidade de prévia autorização para investigar, mas antes diz respeito ao controle judicial exercido nos termos do art. 10, § 3º, do Código de Processo Penal. De fato, o Código de Ritos prevê prazos para que a investigação se encerre, sendo possível sua prorrogação pelo Magistrado. Contudo, não se pode confundir referida formalidade com a autorização para se investigar, ainda que se cuide de pessoa com foro por prerrogativa de função. Com efeito, na hipótese, a única particularidade se deve ao fato de que o controle dos prazos do inquérito será exercido pelo foro por prerrogativa de função e não pelo Magistrado a quo.

5. Recurso especial provido, para reconhecer violação ao art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, haja vista a desnecessidade de prévia autorização do Judiciário para investigar autoridade com foro por prerrogativa de função. (REsp 1563962/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016)

No mesmo sentido: RHC 59.593/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 27/04/2018; REsp 1563962/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016; RHC 77.518/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017.

Por fim, entendo que é necessário também estabelecer algumas premissas relacionadas ao direito intertemporal, ou seja, ao marco temporal de aplicação dos fundamentos aqui estabelecidos tendo em vista especialmente os procedimentos penais que estão em trâmite nesta Corte Especial.

A competência por prerrogativa de foro é absoluta, tendo em vista que se relaciona aos critérios *ratione personae* ou *ratione functionae*. É, portanto, estabelecida segundo interesse público. Assim, ela não pode ser modificada, sendo, por isso, improrrogável.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por essa razão, estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal a incompetência desta Corte Superior em relação aos crimes não relacionados às atribuições do cargo ou, ainda, àqueles praticados em período no qual o agente não era titular ainda da prerrogativa, **estes procedimentos investigatórios devem ser imediatamente remetidos ao respectivo Juízo criminal da 1ª instância, independentemente da fase investigatória ou processual que se encontrar (salvo se já houver sido proferido despacho de abertura do prazo para alegações finais).**

Entendimento em sentido contrário equivaleria a admitir hipótese de prorrogabilidade de competência penal absoluta, o que é inviável tendo em vista a sistemática do Código de Processo Penal.

Assim, ante o exposto, VOTO para fixar as seguintes premissas:

a) Em relação a todas as autoridades listadas no art. 105, da Constituição Federal, a competência penal originária deste Superior Tribunal de Justiça em relação às autoridades listadas no referido dispositivo constitucional é restrita aos delitos praticados no período em que o agente ocupa a função e deve ter relação intrínseca às atribuições exercidas.

b) Em relação aos crimes que aqui não mais são processados e julgados, são inaplicáveis as disposições da Lei nº 8.038/90 em relação a estas hipóteses.

c) As normas de definição de competência e de procedimento são aquelas estabelecidas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, sem prejuízo de disposições especiais estabelecidas em diplomas normativos específicos.

d) Quanto às investigações, deve ser aplicada a regra geral prevista no artigo 5º do Código de Processo Penal, não havendo o controle jurisdicional da admissibilidade da investigação em relação a estes crimes.

e) A competência por prerrogativa de foro é absoluta, tendo em vista que se relaciona aos critérios *ratione personae* ou *ratione functionae*. É, portanto, estabelecida segundo interesse público. Assim, ela não pode ser modificada, sendo, por isso, improrrogável, observadas as ressalvas feitas pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao despacho de alegações finais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por essa razão, estabelecida a incompetência desta Corte Superior em relação aos crimes não relacionados às atribuições do cargo ou, ainda, àqueles praticados em período no qual o agente não era titular ainda da prerrogativa, estes procedimentos investigatórios devem ser imediatamente remetidos ao respectivo Juízo criminal da 1ª instância, independentemente da fase investigatória ou processual que se encontrar.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QQ na AÇÃO PENAL Nº 857 - DF (2015/0280261-9) (f)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : MÁRCIO MICHEL ALVES DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : ALEXANDRE VIEIRA DE QUEIROZ - DF018976
PRISCILLA DE AQUINO - DF044625
DIOGO DE MYRON CARDOSO PONZI - DF040262
RÉU : FERNANDO AUGUSTO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ANDRÉ VIEIRA LACERDA - DF053495

VOTO-VOGAL

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de Questão de Ordem suscitada pelo e. Min. Mauro Campbell Marques nos autos da Ação Penal 857/DF, que trata de denúncia oferecida pelo MPF na qual é imputada a pessoa hoje ocupante do cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) a suposta prática do crime de estelionato circunstanciado, cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência (art. 171, § 3º, do CP), quando ainda ocupava o cargo de Deputado Distrital.

Objeto da questão de ordem: em preliminar ao recebimento da denúncia, propõe Sua Excelência o exame da aplicabilidade do entendimento firmado pelo STF na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ, que, em relação aos parlamentares federais: *a)* restringiu o foro por prerrogativa de função às infrações penais praticadas durante o exercício funcional e diretamente relacionadas com as funções desempenhadas; e *b)* estabeleceu marco temporal objetivo e, assim, limitou ao final da instrução processual, com a publicação do despacho para a apresentação de alegações finais, a possibilidade de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supervenientes modificações na situação de exercício do cargo acarretassem alterações de competência, o que resulta na prorrogação das atribuições do órgão jurisdicional em todos os graus de jurisdição.

Manifestação do MPF: opina pela manutenção da competência desta Corte para a apreciação da denúncia em questão.

Voto do Min. Mauro Campbell Marques (relator): manteve a competência do STJ para processar a ação penal em tela, sob o fundamento de que a orientação do STF veiculada na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ se restringiria aos parlamentares federais e, assim, não seria aplicável ao caso concreto.

Destacou que a proposta de extensão desse entendimento às demais autoridades que possuem a prerrogativa de foro foi expressamente rejeitada pela maioria do Plenário do STF.

Consignou que não é cabível a limitação automática do alcance do art. 105, I, *a*, da CF/88, haja vista tratar-se de caso de interpretação essencialmente constitucional – norma que consagra o direito-garantia do Juiz Natural, inserido de forma originária no Texto da Constituição –, cujo exame cabe, com exclusividade ao STF, guardião precípua do Texto Magno, ou ao Congresso Nacional.

Propôs, assim, a fixação das seguintes teses: *a*) a Corte Especial deve aguardar a manifestação do STF – nas propostas de Súmulas vinculantes – ou do Congresso Nacional – quanto às propostas de emendas constitucionais – para restringir o alcance de sua competência penal originária; *b*) não pode ser aplicado de forma automática o entendimento do STF, por falta de deliberação expressa daquela Corte Constitucional, tampouco de aplicabilidade do princípio da simetria.

REVISADOS OS FATOS, PASSO A VOTAR.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O propósito da presente questão de ordem é determinar se: *a)* o Superior Tribunal de Justiça deve, de forma automática e vinculada, acolher a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal e, assim, declinar de sua competência nas hipóteses em que os fatos atribuídos às pessoas que tenham foro por prerrogativa de função nesta Corte tenham sido praticados antes ou de forma não diretamente relacionada com o exercício da citada função pública; *b)* caso não esteja vinculado à decisão do STF, pode a Corte Especial examinar o tema e também restringir o alcance de sua competência penal originária.

1 – Da vinculação do STJ ao entendimento do STF

1.1. Do princípio da simetria, da transcendência dos fundamentos determinantes e da inconstitucionalidade por arrastamento

Como bem destacado pelo e. Min. Relator, o exame da aplicabilidade imediata das conclusões do STF a respeito dos limites do foro por prerrogativa de função não deve ser amparado pelo princípio da simetria.

Realmente, o princípio da simetria relaciona-se à capacidade de auto-organização dos Estados-Membros e à obrigação dos constituintes derivados decorrentes de seguirem fielmente as opções de organização de funcionamento dos poderes acolhidas pelo Constituinte Federal.

Também não cuida a presente hipótese da denominada “inconstitucionalidade por arrastamento”, que se refere à admissibilidade da declaração de inconstitucionalidade de normas não expressamente impugnadas, ultrapassando os limites do pedido inicial de controle de constitucionalidade.

De fato, na inconstitucionalidade por arrastamento, a relação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desvalor de uma norma principal se propaga, em cascata, para as normas dela dependentes (STF, ADI 2895, Tribunal Pleno, DJ 20/05/2005). A inconstitucionalidade por arrastamento decorre, pois, da dependência ou interdependência normativa eventualmente existente entre os dispositivos impugnados, relação que não existe entre as disposições do art. 102, I, *b* e *c*, e 105, I, *a*, da Carta Magna.

A reflexão acerca da aplicabilidade automática e imediata da decisão do STF tema deve, portanto, pautar-se pela verificação de seu caráter vinculante e, notadamente, pelo exame da teoria o da transcendência dos motivos determinantes.

Referido instituto tem como característica o fato de que "*a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular*" fazendo com que "*os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição*" devam ser "*observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros*" *exegese que fortalece a contribuição do Tribunal para preservação e desenvolvimento da ordem constitucional*" (STF, Rcl. 1.987, Tribunal Pleno, DJ de 21/5/2004).

Trata-se de um mecanismo de aproximação do *civil law* ao *common law*, no qual impera o sistema do *stare decisis*; segundo o qual se assegura efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores, especialmente em caso de declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte, em prestígio à segurança jurídica.

1.2. Da transcendência dos motivos determinantes no ordenamento jurídico pátrio

A utilização irrestrita da teoria da transcendência dos motivos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinantes e o reconhecimento de sua aptidão de vincular em absoluto qualquer outro juízo aos fundamentos que embasam os julgados sobre a constitucionalidade das normas ainda não é acolhida pela jurisprudência do STF.

A orientação seguida pelo Pretório Excelso é, com efeito, a de que "*na sistemática da Lei nº 8.038/1990 e do CPC/1973, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido contrário à adoção da teoria da transcendência aos motivos determinantes de suas decisões, ao menos no que tange ao uso de tese para o fim de ajuizamento de reclamação constitucional*" (STF, Rcl 2412 AgR-terceiro, Primeira Turma, DJe 31/01/2018).

O motivo das ressalvas à adoção da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes é a necessidade de evitar que as competências jurisdicionais definidas constitucionalmente sejam burladas, com a tentativa de direcionamento da questão *per saltum* diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

De fato, segundo a jurisprudência da Excelsa Corte, "*quando se invoca extensão de decisão para outros processos que não foram objeto de análise pela Corte, o que denuncia engenhosa fórmula de transcendência dos motivos determinantes com o propósito de promover, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, análise per saltum do título processual, expondo a risco o sistema de competências constitucionalmente estabelecido*" (STF, HC 137728 Extn, Segunda Turma, DJe 31/01/2018, sem destaque no original).

Desse modo, como consequência lógica, ao refutar a utilização da teoria dos motivos determinantes com o objetivo de evitar a utilização da reclamação como modo de supressão de instâncias, essa orientação atribui aos demais órgãos judicantes a função de resolver sobre a aplicabilidade da *ratio decidendi* do julgado do STF, que só se manifestará sobre o tema com o eventual exame do mérito de recurso de natureza extraordinária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, mesmo que a incondicional e automática vinculação dos demais juízos às razões de decidir proferidas em julgamento do Supremo Tribunal Federal somente ocorra com a edição de Súmula Vinculante – que é, aliás, objeto de proposta no STF quanto à matéria em exame –, não há impedimentos para que, por exame próprio, os demais juízos apliquem as diretrizes da interpretação constitucional adotada naquela Excelsa Corte.

II – Da possibilidade de exame da questão pelo STJ

Assim, peço vênia, no ponto, ao e. Min. Relator para acompanhar a orientação defendida pelo e. Min. João Otávio de Noronha de que o STJ é competente para o exame da questão constitucional relacionada à definição dos limites de suas atribuições jurisdicionais.

De fato, segundo o que doutrinariamente se define como “competência mínima”, baseada no princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, todo juiz pode julgar se é competente para atuar em determinada questão, sem ser necessário recorrer a qualquer outra instância jurisdicional.

Trata-se, portanto, de faculdade inerente ao exercício da jurisdição, e assim, também extensível aos juízos colegiados dos tribunais, que também são mestres de sua própria competência.

Nessa linha, nem mesmo o fato de que competência do STJ estar definida de maneira expressa no art. 105 da Carta Republicana impediria o exame dos limites da competência desta Corte.

Com efeito, com base do controle difuso de constitucionalidade, é inerente à função judicante o dever de aplicar o Direito, sobretudo a Constituição, ápice do ordenamento jurídico.

Conforme citação de Rui Barbosa, mencionada pelo e. Min. Gilmar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mendes em sede doutrinária, "*o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério*" (Rui Barbosa, *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, in *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-55).

De fato, o critério de diferenciação entre o controle difuso e o concentrado de constitucionalidade é exatamente a circunstância de que, no primeiro, se permite a todo juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da Corte.

Assim, sob o prisma do controle difuso de constitucionalidade, embora o STF seja o guardião da Constituição e o seu maior intérprete, não o é o único, mas apenas o último e o definitivo exegeta.

III – Da definição do alcance da competência por prerrogativa da função

III.1. Classificação dos precedentes judiciais segundo sua autoridade

Apesar de os motivos determinantes não deterem eficácia absolutamente vinculante em nosso ordenamento, não se pode negar que as decisões sobre a constitucionalidade das normas, sobretudo quando proferidas pelo plenário do STJ, constituem precedentes persuasivos, que não pode deixar de ser examinados

Segundo aponta a doutrina, o precedente persuasivo é aquele cuja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

" autoridade pode estar dependente da correção intrínseca da decisão, de modo que a alegação do precedente não dispensa a demonstração da bondade da posição assumida" (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à Súmula Vinculante, pág. 52)

Realmente, " o grau de convencimento de um precedente persuasivo depende, além da correção em si da proposição, de vários outros fatores, tais como: a posição do tribunal que proferiu a decisão na hierarquia do Poder Judiciário, o prestígio do juiz condutor da decisão, a data da decisão, se foi unânime ou não, a boa fundamentação, a existência de vários fundamentos" (Idem, ibidem, pág. 53).

Na hipótese em exame, o tribunal que proferiu a decisão em questão está no ápice da hierarquia do poder Judiciário e a decisão conta com vários fundamentos de grande relevo para a definição do próprio Estado de Direito e das funções das Cortes Superiores na ótica constitucional.

III.2. Da ratio decidendi da restrição do foro por prerrogativa de função

Conforme apontado pela doutrina, a aplicabilidade da orientação firmada no precedente aos processos subsequentes *" deve ter por parâmetro e limite a constatação de não haver razão jurídica que leve a distinção entre o fato concreto do precedente e fato concreto do caso em julgamento, pertencendo ambos, na situação dada, à mesma categoria de fatos" (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à Súmula Vinculante, pág. 137)*

No julgado em exame, os fundamentos da restrição do foro privilegiado, ainda que não sejam considerados vinculantes, foram embasados em argumentos de ordem abstrata e abrangente, não circunscritos à especificidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foro do congressista, controvertido na hipótese analisada pelo Pretório Excelso.

Com efeito, subsidiaram o voto condutor proferido no STF a aplicação do princípio republicano – referente à necessidade de "*promover a responsabilização de todos os agentes públicos pelos ilícitos praticados*" – a regra hermenêutica da "*interpretação restritiva das exceções*" e o princípio da igualdade, que, ao lado do da república, "*ostentam uma preferência axiológica em relação às demais disposições constitucionais*".

Outro fundamento essencial à definição dos rumos do julgado foi o de que os "*tribunais superiores, como o STF, foram concebidos para serem tribunais de teses jurídicas, e não para o julgamento de fatos e provas*".

Mencionou-se, ademais, os deveres de probidade e de moralidade administrativa e a garantia do duplo grau de jurisdição – que não alcança os detentores de cargos com foro por prerrogativa de função em Tribunais.

De fato, constou na ementa do citado julgado a necessidade de restringir o foro privilegiado em razão do fato de que "*a prática atual não realiza adequadamente os princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilidade de agentes públicos por crimes de naturezas diversas*" e de que "*a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa*" (sem destaque no original).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esses fundamentos podem ser aplicados ao STJ sem qualquer ressalva, haja vista que a competência penal originária prevista para esta Corte também permite vislumbrar as mesmas violações aos princípios republicano e da igualdade citadas no voto condutor proferido pelo STF e demanda interpretação restritiva, haja vista tratar-se de exceção.

Realmente, a função constitucional do Superior Tribunal de Justiça, assim como a do STF, é a de ser um tribunal de teses sobre questões infraconstitucionais federais, e não de julgamento de lides concretas e exame de fatos e provas.

III.3. Restrição da competência originária do STJ

Sob a ótica aqui evidenciada, o STF, ao decidir a Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ, mais do que restringir o foro por prerrogativa de função do parlamentar federal, definiu o conteúdo dos valores fundamentais inscritos na Constituição Federal e adaptou o texto da Constituição às demandas sociais da atual época, ligando-o diretamente à realidade constitucional que a ele subjaz.

Assim, a fim de que prevaleça a máxima de que se está protegendo o cargo, e não a pessoa que cometeu um delito, é preciso garantir que o foro especial se limite ao julgamento para o contexto do cargo e não do autor da infração penal.

De fato, julgar uma pessoa que ocupe cargo que lhe garanta foro por prerrogativa de função em Tribunais exige do juiz a mesma imparcialidade e dedicação do julgamento de qualquer outro cidadão, devendo-se clamar pelo foro por prerrogativa de função apenas nas hipóteses em que a prática do crime estiver intimamente relacionada à função do réu ou denunciado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV – Conclusão

Na hipótese concreta, o crime imputado ao denunciado teria sido cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência (art. 171, § 3º, do CP), quando o acusado ainda ocupava o cargo de Deputado Distrital.

Não foi, portanto, praticado após sua investidura no cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal e tampouco possui relação com as funções inerentes a essa específica função pública.

Por esse motivo, a conduta a ele atribuída não alcança os estritos limites da competência penal originária desta Corte, razão pela qual deve-se declinar ao primeiro grau de jurisdição o exame da imputação inscrita na inicial acusatória.

V – Dispositivo

Forte nessas razões, peço vênia ao eminente Min. Mauro Campbell Marques para reconhecer a competência desta Corte para examinar os limites de suas próprias atribuições jurisdicionais originárias e, assim, declinar da competência para o processamento da presente denúncia ao primeiro grau de jurisdição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QO na AÇÃO PENAL Nº 857 - DF (2015/0280261-9) (f)

VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: O em. Relator, Ministro Mauro Campbell Marques, suscita questão de ordem nesta ação penal propondo a formulação das seguintes teses conclusivas:

a) esta Corte Especial deve aguardar eventual aprovação do Supremo Tribunal Federal em relação às Súmulas Vinculantes ou deliberação pelo Congresso Nacional quanto à eventual restrição do foro;

b) a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ não é aplicável ao Superior Tribunal de Justiça, seja por ressalva expressa da própria Corte Constitucional, tampouco por simetria a Governadores tendo em vista que não se pode dar tratamento não isonômico a autoridades que a própria Constituição Federal equiparou quanto ao respectivo Juiz Natural.

Os fundamentos suficientes aduzidos por Sua Excelência para alcançar essa conclusão são:

a) inaplicabilidade do acórdão prolatado pelo STF na QO na APn 937/RJ, porquanto, ao não estender a decisão além dos parlamentares federais, inibe sua aplicação automática ao STJ;

b) inaplicabilidade do princípio da simetria, porque tal princípio se reporta ao "equilíbrio federativo", no sentido de nortear as Constituições Estaduais a seguir os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal;

c) pendência de edição de súmula vinculante no âmbito do STF para extensão do decisório às demais hipóteses previstas constitucionalmente para o foro por prerrogativa de função, a demonstrar, de forma inequívoca, que a Corte Suprema não autorizou seja replicada automaticamente a decisão tomada na QO na APn 937/RJ;

d) existência da Proposta de Emenda à Constituição n. 333/2017, a qual trata do tema, do que se conclui, inequivocamente, que a matéria depende de pronunciamento prévio do STF ou Poder Legislativo;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e) caráter eminentemente constitucional da definição da competência do foro por prerrogativa de função, a cargo do STF.

Penso que o entendimento exposto pelo Ministro Mauro Campbell Marques deve ser seguido na íntegra. Aliás, quanto à primeira premissa estabelecida pelo Relator – o STJ não poderia extrapolar os limites do que fora decidido pelo STF –, é preciso rememorar que tal assertiva foi homenageada por este Tribunal por ocasião do julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 836/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin.

Na citada Ação Penal n. 836/DF, foi discutido se, na hipótese de omissão da Constituição do Estado de Minas Gerais acerca da necessidade de autorização da Assembleia Legislativa para deliberação pelo STJ sobre denúncia ajuizada contra Governador de Estado, se deveria seguir o então posicionamento do STF a respeito da matéria (que exigia a autorização do Poder Legislativo estadual).

Naquele caso, devo ressaltar, proferi o entendimento de que, à míngua de regra expressa da Constituição do Estado de Minas Gerais e por considerar que não se tratava de norma de repetição obrigatória (no caso, reconheci a existência de uma simetria facultada aos Estados-Membros), a questão não estava abrangida pela exigência reportada pela jurisprudência então vigente no STF.

Considereei que inexistia "qualquer ofensa à autonomia institucional do Estado de Minas Gerais, pois, ao não adotar a cláusula em análise, apenas ratificou a desnecessidade de compactuar com a referida previsão, prestigiando a efetividade da ação penal, o livre exercício da tutela jurisdicional e o princípio da responsabilidade dos governantes, que é basilar em qualquer regime republicano".

E assentei ainda:

Lembro aqui ensinamento do professor Marcelo Labanca, em sua tese de doutorado, que foi exatamente sobre o princípio da simetria. Essa tese foi publicada em 2009, sob o título "Jurisdição Constitucional e Federação", na qual ele declara que:

O princípio de interpretação da nova hermenêutica constitucional destinado a identificar normas de extensão da Constituição Federal que devem ser necessariamente reproduzidas pelas Constituições estaduais [*esclarece o que é o princípio da simetria*], bem como destinado a identificar as normas da Constituição Federal que, mesmo não gerando a obrigação de reprodução, geram a imitação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

facultativa de um modelo federal válido para os estados-membros, funcionando, inclusive, como argumento de exclusão das vedações para reprodução desses mesmos modelos.

Então, no dizer do professor, a simetria em matéria constitucional não é algo que, em todas as circunstâncias, deva ser necessariamente seguida, cabendo ao intérprete, ao jurista, aos tribunais fazer essa diferenciação.

Neste momento, importa ressaltar que, naquele caso, no qual, *data venia*, existia espaço de interpretação para se professar o entendimento de que a situação específica de Minas Gerais não estaria abrangida pela jurisprudência do STF, esta Corte Especial firmou tese contrária, ressaltando como fundamento suficiente, conforme acima visto, a supremacia da orientação da Suprema Corte.

Ora, no caso presente, com ainda maior razão, deve ser observada a decisão do STF, pois, como bem assinalado pelo em. Ministro Mauro Campbell Marques, a Suprema Corte não deixou qualquer margem para interpretação dissonante quando assim concluiu o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (grifos no original)

Inexistindo margem de interpretação, visto que o STF rejeitou, de forma expressa, a extensão de tal entendimento às demais hipóteses tratadas na Constituição Federal de definição do foro por prerrogativa de função, descabe ao STJ qualquer inferência sobre a matéria.

Como ressaltado pelo Ministro Mauro Campbell, cuida-se de questão cujo alcance se encontra na esfera integral, seja do STF, pelos motivos acima postos, seja do Congresso Nacional, o qual, em autêntica realização de um "diálogo constitucional",



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pode tratar da matéria, inclusive e se for o caso, reverberando a premissa estabelecida pela Suprema Corte no aresto prolatado (delito cometido no exercício do cargo e em razão deste).

Passo, doravante, a tecer algumas considerações laterais sobre o tema da simetria sem infirmar, por óbvio, as conclusões de Sua Excelência, Ministro Mauro Campbell Marques.

Na densificação do denominado princípio da simetria – para alguns, regra hermenêutica –, o STF tem entendido que "se trata de construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos" (MC-ADI 4.298, Rel. Ministro César Peluso, Tribunal Pleno, DJe divulgado em 26/11/2009, com data de publicação em 27/11/2009).

Tecendo considerações acerca dos limites de tal princípio, o Ministro César Peluso, no mesmo julgamento, ponderou que não é lícito invocar simetria que "implique contradições teóricas incompatíveis com a coerência sistemática do ordenamento jurídico, com severos inconvenientes políticos ou graves dificuldades práticas de qualquer ordem, nem com outra capaz de perturbar o equilíbrio dos poderes ou a unidade nacional".

Entendo que, a par dos fundamentos contidos acima, no tocante à impossibilidade de se aplicar a orientação do STF aos processos do STJ, diante da restrição expressa feita pela Corte Suprema quanto a parlamentares federais, ainda há de se considerar os argumentos trazidos no julgamento citado.

Em primeiro lugar, mesmo que de simetria fosse o caso, o requisito inicial não estaria preenchido, porque na competência desta Corte Superior não se encontram processos criminais da competência originária relativos a parlamentares. Assim, a distinção feita de modo expresse pelo STF já não abarcaria tais feitos em tramitação no STJ, dentre os quais inexistem demandas de parlamentares.

Retomo aqui outra premissa estabelecida pelo em. Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento da QO na APn 836/DF.

Sua Excelência compreendeu o alcance do tema da simetria ao ressaltar que, "em relação à matéria ora em apreciação, como visto, penso que o guardião da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição já se debruçou sobre o tema, concluindo – não só no que concerne ao dispositivo da Constituição Mineira –, e mais de uma vez, pela legalidade de normas específicas inseridas em diversas constituições estaduais, estabelecendo o controle político prévio de conveniência e oportunidade ao prosseguimento de persecução penal contra a autoridade maior no âmbito do estado membro, submetendo-o à deliberação dos representantes da vontade popular".

E conclui afirmando que, "ao declarar a inconstitucionalidade do art. 105 da Constituição do Estado do Piauí, o STF deixou expressamente consignado que a imunidade prevista no art. 86 da CF/1988 é privativa de Chefe de Estado".

Ou seja, simetria ali era considerada primacialmente e por decorrência do então entendimento do STF, porquanto se tratava de dispositivo (autorização das assembleias legislativas) que repetia norma contida na Constituição Federal quanto ao Presidente da República, para quem é exigida autorização da Câmara dos Deputados no que se refere ao recebimento de ação penal ou procedimento por crime de responsabilidade.

Em segundo lugar e não menos importante, poderia haver o inconveniente de esta Corte decidir pela existência da alegada simetria, vindo, depois, o STF reafirmar sua posição já expressamente contida na QO na APn 937/RJ ou o próprio Congresso Nacional deliberar de forma contrária. Certamente, em muitos dos processos que terão sido baixados, haverá a arguição de nulidade, além de que a incerteza do órgão competente para seu julgamento poderá acarretar paralisação dos feitos ou realização de atos processuais, ao final, reputados nulos.

Por fim, não modificar o *status quo* da competência do STJ, como inserida no texto constitucional e conforme entendimento ora mantido pelo STF, em nada trará prejuízos a este Tribunal, considerando até mesmo o atual quantitativo de processos e procedimentos penais a cargo da Corte Especial, distribuído para 14 Ministros da Casa, que é de apenas 200 processos.

Ante o exposto, acompanho o em. Relator na questão de ordem proposta nesta ação penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2015/0280261-9

QO na
APn 857 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150020207343 252015

EM MESA

JULGADO: 20/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

ASSUNTO: DIREITO PENAL

QUESTÃO DE ORDEM

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : MÁRCIO MICHEL ALVES DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : ALEXANDRE VIEIRA DE QUEIROZ - DF018976
PRISCILLA DE AQUINO - DF044625
DIOGO DE MYRON CARDOSO PONZI - DF040262
RÉU : FERNANDO AUGUSTO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ANDRÉ VIEIRA LACERDA - DF053495

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer acompanhando a divergência, os votos da Sra. Ministra Nancy Andrighi e dos Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Jorge Mussi, no mesmo sentido, a retificação de voto do Sr. Ministro Relator no sentido de que a competência penal originária do Superior Tribunal de Justiça em relação a todas as autoridades listadas no art. 105 da Constituição é restrita aos delitos praticados no período em que o agente ocupa a função e deve ter relação intrínseca às atribuições exercidas e estabelecendo, ainda, outras premissas, segundo o entendimento do Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, bem como determinando a imediata remessa dos autos à Primeira Instância, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Og Fernandes, a Corte Especial, por maioria, entendeu, preliminarmente, que cabe ao STJ interpretar a sua competência constitucional, e, no caso concreto, por unanimidade, determinou a baixa dos autos ao juízo de primeiro grau.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Luis Felipe Salomão, Felix Fischer, Nancy Andrichi, Humberto Martins, Herman Benjamin e Jorge Mussi. Vencidos, parcialmente, os Srs. Ministros Relator e Og Fernandes.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Napoleão Nunes Maia Filho e Raul Araújo.