

## **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 incursos 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.

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 juízes 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.<sup>a</sup> 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 CARMEN 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 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 1<sup>a</sup> 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, comprehende exclusivamente os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função pública.*

16. Por sua vez, a 2<sup>a</sup> 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 Constitucional, 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.

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 *precipuamente 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 incursos 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 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 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 desrespeito 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 256<sup>a</sup> 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 1<sup>a</sup> 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 consequências graves e indesejadas para o Supremo Tribunal Federal, quais sejam:

(a) afastamento do Supremo Tribunal Federal de sua função constitucional para passar 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 1<sup>a</sup> instância 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 1<sup>a</sup> 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 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 Gonçalves. **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).

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 CARMEN 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 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 vénia, 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.

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, comprehende 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 da 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 proposta 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 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](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 Gonçalves 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 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 Gonçalves. **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 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 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 asseguratórias, 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 asseguratória".

**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

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 persecução 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 vaguedade 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 persecução 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 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).

Cumpre 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 eminentíssimo 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 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 guardião 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 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 constitucionalidade.

Não seria, portanto, o caso de se defender a constitucionalidade 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 adredemente - 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.

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
<b>TOTAL</b>		<b>5330</b>

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 ressalvar 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
<b>TOTAL</b>	<b>72</b>	<b>73</b>	<b>52</b>	<b>3</b>	<b>200</b>

Fonte: Coordenadoria da Corte Especial

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 procedural, 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 *precipuamente 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.

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