



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Edição nº 80/2018 - São Paulo, quinta-feira, 03 de maio de 2018

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

Subsecretaria da 4ª Seção

Expediente Processual 56529/2018

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 0003744-10.2011.4.03.6107/SP

2011.61.07.003744-8/SP

RELATOR	:	Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS
AUTOR(A)	:	Justica Publica
RÉU/RÉ	:	ADEMAR ADRIANO DE OLIVEIRA
ADVOGADO	:	SP129397 MARCOS CESAR MINUCI DE SOUSA e outro(a)
RÉU/RÉ	:	
ADVOGADO	:	SP349924 CLAUDIO MERCADANTE (Int.Pessoal)
RÉU/RÉ	:	
ADVOGADO	:	SP219448 ELAINE MIYASHITA (Int.Pessoal)
RÉU/RÉ	:	
ADVOGADO	:	SP343832 MÉLANIE MOTTELI WOOD SILVA (Int.Pessoal)
EXTINTA A PUNIBILIDADE	:	
No. ORIG.	:	00037441020114036107 2 Vr ARACATUBA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Ação Penal Originária atualmente em fase de colheita de prova oral arrolada pela acusação na qual formulada consulta a fim de se saber como se proceder com relação a não intimação da testemunha Luciano Aparecido Gonçalves (fl. 1051).

Todavia, antes de se deliberar acerca da consulta formulada, imperioso analisar alguns aspectos atinentes à competência desta C. Corte Regional, que restou firmada em razão do cargo ocupado pelo denunciado ADEMAR ADRIANO DE OLIVEIRA (Prefeito do Município de Planalto/SP) a partir de 1º de janeiro de 2017 (termo de posse colacionado à fl. 870, certidão emitida pela Câmara Municipal de Planalto/SP juntada à fl. 871 e diploma arrostado à fl. 872).

DA CONCEPÇÃO ATUAL DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E DA NECESSIDADE DE SE REPENSAR O INSTITUTO À LUZ DOS VALORES CONSTANTES DA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

Em um Estado de Direito, tal qual o configurado na República Federativa do Brasil (nos termos do art. 1º da Constituição Federal), ganha relevante destaque compreender o conteúdo do vocábulo "democracia" com o objetivo de expressar o conjunto de regras que estabelece a todos, indistintamente, quem tem o poder de decisão, de que forma e em nome de qual interesse: de todos os cidadãos brasileiros.

Nesse diapasão, imbricado ao conceito democrático encontra-se o valor **igualdade**, que restou prestigiado pelo Poder Constituinte Originário de 1988, que o erigiu à categoria de direito individual do cidadão, com previsão na Carta Constitucional tanto no art. 5º, *caput*, como em seu inciso I. Importante ser dito que a igualdade em comento, de início, foi concebida como sendo a meramente formal, ou seja, a que pregava que não houvesse qualquer distinção entre as pessoas no que tange a direitos e a obrigações (1ª geração ou dimensão dos direitos

fundamentais), concepção esta sufragada na literalidade dos preceitos a que foi feita menção (art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (...)*).

Posteriormente, com a verificação de que a igualdade (até então meramente formal) não estava fazendo frente às necessidades dos cidadãos (que, por natureza, são diferentes em essência e, portanto, precisam de atuações estatais díspares), gestou-se a ideia de que tratar todos de forma equânime somente faria sentido se respeitadas as situações que os desigualavam, momento a partir do qual surgiu o conceito de igualdade material (como decorrência dos direitos fundamentais de 2ª e de 3ª gerações ou dimensões), que pode ser sintetizado na máxima segundo a qual haveria respeito à igualdade quando houvesse tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, levando em consideração, para tanto, a medida dessa desigualdade.

Justamente dentro dessa nova concepção por meio da qual o valor igualdade passou a ser compreendido, justifica-se juridicamente a proteção de determinadas pessoas (ainda que sob o enfoque meramente formal houvesse inegável desigualdade) na justa medida em que elas preencheriam um discriminem que albergaria o tratamento diferenciado dispensado, tratamento este que, ao cabo, almeja promover a proteção de tais pessoas detentoras de posições jurídicas menos favorecidas. Portanto, a tutela visa igualar os que estão em posição de inferioridade.

Cite-se, por exemplo, todo o arcabouço normativo presente na Constituição Federal que visa proteger o hipossuficiente, a começar com a possibilidade de defesa de seus interesses jurídicos por meio da Defensoria Pública, perpassando pelo deferimento de benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição, tudo com o desiderato de que a igualdade material seja plenamente alcançada.

Importante ser ressaltado que o emprego do citado discriminem a legitimar a atuação desigualadora do princípio da isonomia sob o pálio de sua concepção material não pode ser confundido com a concessão de privilégios, que, evidentemente, não se sustenta à luz do Texto Constitucional, bem como dos fundamentos e dos objetivos da República Federativa do Brasil (arts. 1º e 3º, ambos da Constituição, respetivamente). Nesse contexto, situações deflagradoras de privilégios devem ser sempre e continuamente combatidas, pois não se compaginam com o conceito de democracia destacado anteriormente, ainda mais tendo em vista que todo o poder concentrado ao longo da Carta Constitucional encontra seu fundamento de validade no próprio povo.

Desta feita, firmadas as concepções anteriormente delineadas do princípio da igualdade, verifica-se a ausência de legitimação a sufragar a existência de foros por prerrogativa de função a escudar as autoridades mencionadas tanto na Constituição Federal como nas Constituições dos estados federados, foros estes que, na acepção até então formada acerca da matéria, denotam o deferimento de privilégio descabido a algumas autoridades, não atentando, assim, a um discriminem razoável a permitir suas desigualações perante os demais jurisdicionados.

Conclui-se dessa maneira tendo como base a constatada aferição de que as autoridades com prerrogativa de foro não se enquadram no conceito de hipossuficientes a necessitarem de uma diferenciação a fim de que possam ser protegidas pelo ordenamento jurídico pátrio. Muito pelo contrário, nota-se que os titulares de cargos públicos dos quais decorrem foros por prerrogativa de função são hiperssuficientes na tutela de seus direitos e de suas posições jurídicas, de molde que não se vislumbra um critério diferenciador a sufragar a fixação de competência jurisdicional perante nossos C. Tribunais Superiores, bem como junto às E. Cortes de Justiça locais.

Em outras palavras, com a previsão alargada de situações a ensejar o reconhecimento de foros por prerrogativa de função, vislumbra-se uma hipertrofia de proteção a determinadas pessoas (que, por natureza, já são hiperssuficientes), o que não se sustenta em um Estado de Direito (tal qual o brasileiro - vide, a propósito, o art. 1º da Constituição), ofendendo, como decorrência, o princípio maior da dignidade da pessoa humana, o qual todos os demais postulados estão a ele submetidos. Cuida-se, da forma como até recentemente vem sendo interpretado, de um instrumento que historicamente tem protegido a pessoa atrás de seu cargo.

Destaque-se, ademais, que a existência dessa hipertrofia gerou verdadeiros tribunais de exceção a impedir o exercício da competência precípua das C. Cortes (inclusive deste E. Tribunal Regional Federal), qual seja, a função de órgão revisor de provimentos judiciais. Apenas a título argumentativo, mesmo que se entendesse que os tribunais de exceção são compatíveis com a Constituição Federal, seu funcionamento no tempo e no modo não se compagina com as expectativas legítimas da sociedade atual, pois tais instituições não mais condizem com os objetivos de nossa sociedade (especialmente aquele previsto no art. 3º, I, do Texto Magno: *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária (...)*), que devem ser perseguidos por todos os Poderes institucionais (incluindo o Judiciário), que nada mais personificam do que a emanção das aspirações da vontade (poder) do povo.

Assim, a concepção até então consagrada do foro por prerrogativa de função não mais se legitima na justa medida em que não encontra fundamento de validade nas noções de igualdade e de Justiça, porquanto nelas não se funda, mas sim no arbítrio. Consigne-se que o funcionamento do foro por prerrogativa fundado em tal concepção inadequada já é por todos percebido como um instituto de proteção e de escudo para a manutenção do *status quo*, sendo inferido, por vezes, como expediente espúrio de negociações políticas não republicanas das forças em disputa.

Ademais, a ineficácia do expediente em comento nos moldes até hoje aceitos chegou a tal ponto que pessoas são alçadas (e também desalçadas) a cargos com tal prerrogativa, muitas vezes em evidente e descarado desvio de função, com o desiderato de escapar da verdadeira Justiça constitucional, qual seja, a de 1º grau: a que tem contato direto com as partes e com as provas produzidas. O desvio de função citado viola, até mesmo, os preceitos próprios do Direito Administrativo, especialmente os princípios que ganharam ares constitucionais, quais sejam, impessoalidade, moralidade e eficiência e, quando não, publicidade (art. 37).

Desta feita, **mostra-se mais do que necessário o surgimento de uma nova concepção a balizar a ideia de foro por prerrogativa de função a fim de que o instituto se adeque aos substratos constitucionais da democracia, do Estado de Direito e do princípio da igualdade (principalmente sob o pálio de sua visão**

material), levando em consideração o fato de que Justiça dissociada da utilidade mostra-se como um desserviço ao bem estar coletivo.

DOS IMPERATIVOS NOVOS CONTORNOS DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

O C. Supremo Tribunal Federal está tendo a oportunidade de definir o real alcance do tema afeto ao foro por prerrogativa de função ao analisar a Questão de Ordem suscitada na Ação Penal nº 937, cabendo destacar que o Ministro Relator, Roberto Barroso, já proferiu seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello, Marco Aurélio, Rosa Weber e Cármen Lúcia. Pediu vista o Ministro Dias Toffoli para melhor analisar o tema.

Com efeito, colhe-se do voto do Ministro Relator no bojo da questão de ordem a que foi feita referência que o foro por prerrogativa de função, de acordo com os fundamentos até então vigentes, teria o condão de abarcar *todos os crimes de que são acusados os agentes públicos (...), inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício*, com o que não há de se concordar à luz da revisitação do tema, devendo o expediente em tela se restringir *aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo*.

Na linha do tratado no tópico anterior desta decisão, o Ministro Relator asseverou que *a prática atual [do foro por prerrogativa de função] 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*. Sem prejuízo do exposto, destacou, ainda, que *a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa*.

Importante salientar, outrossim, que mencionado Ministro firmou entendimento no sentido de que, *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*, consignando que *a experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo*.

Concluindo seu voto, o Ministro Roberto Barroso fixou teses no sentido 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 (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*, determinando que o que restou decidido acerca da nova interpretação do foro por prerrogativa de função tenha aplicação aos processos em curso.

Destaque-se, por oportuno, que o Ministro Roberto Barroso, em decorrência da ampla maioria formada no C. Supremo Tribunal Federal a restringir o foro por prerrogativa de função, determinou a remessa de 02 (dois) feitos (Inquéritos nºs 3026 e 4667) ao 1º grau de jurisdição em razão dos fatos imputados ao detentor do foro não terem sido levados a efeito durante o exercício do cargo e, concomitantemente, de forma relacionada com as funções desempenhadas. A propósito:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. IMPUTAÇÃO DE FATO OCORRIDO ANTES DA POSSE COMO DEPUTADO FEDERAL. MAIORIA EXPRESSIVA JÁ FORMADA EM PLENÁRIO. DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por expressiva maioria de 8 (oito) votos, já manifestou entendimento de que o foro por prerrogativa de função só deve ser observado nos casos de imputação de crimes cometidos no cargo e em razão do cargo. Sentido e alcance do art. 53, § 1º da Constituição Federal, referente a Deputados Federais e Senadores. 2. Diante da improbabilidade de reversão de tal orientação, não se afigura adequado que o Tribunal continue a conduzir inquéritos ou a instruir ações penais para os quais a maioria dos seus membros considera não ter ele competência. 3. O caso concreto aqui examinado bem retrata a disfuncionalidade do sistema: o processo já tramitou em quatro jurisdições: no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Justiça do Estado, na primeira instância da justiça estadual e encontra-se de volta ao STF. Não há adjetivos suficientes para qualificar o absurdo desse modelo, que causa indignação na sociedade e traz desprestígio para o Supremo. 4. A condução de um processo por Tribunal que não será competente para julgamento final da causa contraria o princípio da identidade física do juiz, sem que exista uma razão legítima para tanto. 5. Competência declinada para o Juízo da 8ª Vara Criminal da Comarca de Natal/RN (STF - Inq 3026 - íntegra da decisão disponível como link em notícia veiculada pelo próprio site do C. Supremo Tribunal Federal, no dia 19 de dezembro de 2017, sob o título "Ministro determina remessa de inquérito do deputado Rogério Marinho para 1ª instância").

É de conhecimento desse magistrado que a Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, em trâmite perante o C. Supremo Tribunal Federal, não transitou em julgado, da mesma forma que é de sua sabença a obtenção de ampla maioria de votos a favor do redimensionamento do foro por prerrogativa de função.

Desta feita, depreende-se que 08 (oito) Ministros do C. Supremo Tribunal Federal já firmaram posicionamento no sentido de que o alcance dado até então ao foro por prerrogativa de função deve ser revisto para o fim de não mais se permitir o julgamento de qualquer infração penal pelos Tribunais com competência penal originária (bastando, para tanto, que o sujeito ativo dela fosse detentor de cargo público), mas apenas a situações em que a infração penal tenha sido perpetrada durante o atual exercício do cargo e de forma relacionada às funções presentemente desempenhadas, a fim de que seja prestigiado o livre exercício da função (afinal o foro por prerrogativa de função somente encontra respaldo constitucional quando concebido como mecanismo apto a proteger o cargo público e não o seu ocupante), **entendimento com o qual me filio nos termos argumentativos anteriormente tecidos.**

DO CASO DOS AUTOS

Tendo como base os fatos que ensejaram o oferecimento da denúncia colacionada às fls. 02/05, primeiramente ratificada (em parte) pelo órgão do Ministério Público Federal atuante junto à 2ª Vara Federal de Araçatuba/SP (fls. 696/695) e, ulteriormente, pela Procuradoria Regional da República da 3ª Região (fls. 985/987), verifica-se que a

prática, em tese, do crime de denunciação caluniosa (art. 339 do Código Penal) teria ocorrido em outubro de 2008, portanto, em momento pretérito à diplomação do denunciado ADEMAR ADRIANO DE OLIVEIRA como Prefeito do Município de Planalto/SP (a partir de 1º de janeiro de 2017 - documentos juntados às fls. 870/872).

Desta feita, não se nota qualquer elemento a permitir a manutenção do julgamento desta Ação Penal Originária junto ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região levando-se em consideração os novos fundamentos interpretativos que devem balizar o entendimento do foro por prerrogativa de função a partir do julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937 pelo C. Supremo Tribunal Federal na justa medida em que o delito em tese imputado ao detentor de cargo público não foi levado a efeito durante o exercício do atual cargo e, concomitantemente, de forma relacionada com as presentes funções desempenhadas (requisitos cumulativos para que haja a prevalência da competência originária do Tribunal).

Mostra-se, pois, de todo inadequado que este E. Tribunal Regional continue a conduzir apurações e ações penais para as quais o entendimento que se forma acerca do foro por prerrogativa de função evidencia ser ele abjeto quando praticamente irrestrito: aplicação dos princípios constitucionais da eficiência (incidente na administração pública e, portanto, ao Poder Judiciário, a exigir prestação jurisdicional de forma racional e célere com o menor dispêndio de recursos materiais e humanos), da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da Justiça social.

Ressalte-se que as instituições não são estáticas. Na verdade, são como cidades. Têm que ser descobertas, nomeadas, mapeadas e, principalmente, aperfeiçoadas. É pelos olhos das instituições que o Direito é revelado. É pelo olhar dos outros que as instituições são reconhecidas. E hoje as pessoas mais que inferem, constataam, essa necessidade de aperfeiçoamento. Como cidades, as instituições (e seus institutos) devem constituir um mundo em que as pessoas de bem desejam habitar e transformar em lar e, nesse contexto, não há espaço para o foro por prerrogativa de função nos moldes até recentemente tratado porquanto sucumbida sua legitimidade.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, levando-se em consideração os argumentos anteriormente expendidos, **DECLINO da competência para o tramitar e o julgamento do presente feito, devendo os autos serem REMETIDOS À 2ª Vara Federal de Araçatuba/SP.**

Intime-se.

São Paulo, 20 de abril de 2018.
FAUSTO DE SANCTIS
Desembargador Federal

Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Av. Paulista, 1842 - Cep: 01310-936 - SP - © 2010