AgRg na AÇÃO PENAL Nº 866 - DF (2013/0258052-5) (f)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

AGRAVANTE : RICARDO VIEIRA COUTINHO

ADVOGADO : SHEYNER YASBECK ASFÓRA - PB011590

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : OS MESMOS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS. COMPETÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA ANALISAR SUA PRÓPRIA COMPETÊNCIA. REGRA DA KOMPETENZ-KOMPETENZ. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 105, I, "A" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO REPUBLICANO. GOVERNADOR DE ESTADO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA APENAS AOS CASOS DE DELITOS PRATICADOS EM RAZÃO E NO EXERCÍCIO DO CARGO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SIMÉTRICA DO ART. 102, I, "B" E "C", EM RELAÇÃO AO ART. 105, I, "A", CF. ALINHAMENTO AO ENTENDIMENTO ADOTADO PELO EXCELSO PRETÓRIO. MESMA RATIO DECIDENDI. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO (ONDE EXISTE A MESMA RAZÃO FUNDAMENTAL, PREVALECE A MESMA REGRA DE DIREITO). AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- 1. O 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 deste poder-dever básico de todo órgão julgador, impedindo o imprescindível exame deste importante pressuposto de admissibilidade do provimento jurisdicional.
- 2. 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.
- 3. O foro especial no âmbito penal é prerrogativa destinada a assegurar a independência e o livre exercício de determinados cargos e funções de especial importância, isto é, não se trata de privilégio pessoal. O princípio republicano é condição essencial de existência do Estado de Direito, razão pela qual 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.
- 4. O art. 105, I, "a", CF consubstancia exceção à regra geral de competência, de modo que, partindo-se do pressuposto de que a

28/06/2018 19:08:16

APn 866 Petição : 257726/2018 2013/0258052-5 Documento Página 1 de 3

Constituição é una, sem regras contraditórias, deve ser realizada a interpretação restritiva das exceções, com base na análise sistemática e teleológica da norma.

- **5.** 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 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.
- **6.** 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, será possível afirmar que esta Corte Superior proferiu decisão consistente e aceitável racionalmente, duas condições indispensáveis à tarefa de julgar, para que se realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do direito.
- 7. 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 conferia pelo Supremo Tribunal Federal às suas competências originárias.
- 8. Assim, é de se conferir ao enunciado normativo do art. 105, I, "a", da CF, 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 no caso concreto, o de Governador de Estado -, porquanto "onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito".
- **9.** Destarte, reconhecida a incompetência do Superior Tribunal de Justiça, determina-se a remessa dos autos a uma das Varas Criminais da Capital do Estado da Paraíba, e posterior prosseguimento da presente ação penal perante o juízo competente.
- Agravos regimentais a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Felix Fischer, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Og Fernandes votaram

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:08:16

Página 2 de 3

com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Herman Benjamin.

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

Convocado o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

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

MINISTRA LAURITA VAZ

Presidente



Documento

28/06/2018 19:08:16

Página 3 de 3

AgRg na AÇÃO PENAL Nº 866 - DF (2013/0258052-5) (f)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

AGRAVANTE : RICARDO VIEIRA COUTINHO

ADVOGADO : SHEYNER YASBECK ASFÓRA - PB011590

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : OS MESMOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. BREVE RESUMO DA HIPÓTESE

Trata-se de agravos regimentais interpostos por RICARDO VIEIRA COUTINHO e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, contra decisão de minha lavra (fls. 140/146), cujo conteúdo é o seguinte:

1. Diante da recente e notória decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar questão de ordem na AP 937, da relatoria do Ministro Roberto Barroso, conferindo nova e conforme interpretação ao art. 102, I, b e c da CF, assentando a competência da Corte Suprema para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados no exercício e em razão da função pública, e que tem efeitos prospectivos, em linha de princípio, ao menos em relação às pessoas detentoras de mandato eletivo com prerrogativa de foro perante este Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "a"), faz-se necessária igual observância da regra constitucional a justificar eventual manutenção, ou não, do trâmite processual da presente ação penal perante a Corte Especial deste Tribunal Superior.

O voto condutor na questão de ordem suscitada pelo eminente Relator no STF está assim ementado:

[...]

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 juizos 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."
- 2. Assim, parece claro que o Excelso Pretório decidiu que se faz necessária a adoção de interpretação restritiva das competências constitucionais, consoante precedentes recentes daquela Suprema Corte.

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 1 de 64

Nesse sentido, confira-se o entendimento da maioria, cristalizado nas palavras do eminente Relator, Ministro **Roberto Barroso**, *in verbis*:

[...]

3. De outra parte, pelo princípio da simetria, os Estados são obrigados a se organizarem de forma simétrica à prevista para a União.

Afinal, de acordo com o art. 25, caput, da CF/1988, "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição".

A jurisprudência da Corte Constitucional sempre conferiu grande relevância ao princípio da simetria.

Confiram-se:

- [...]Assim, o princípio da simetria informa a interpretação de qualquer regra que envolva o pacto federativo no Brasil.
- 4. No caso em exame, é ação penal na qual foi ofertada denúncia em face de RICARDO VIEIRA COUTINHO, atual Governador do Estado da Paraíba, pela suposta prática de 12 (doze) crimes de responsabilidade de prefeitos (art. 1º, inciso XIII, do DL 201/67), decorrente da nomeação e admissão de servidores contra expressa disposição de lei, ocorridos entre 01.01.2010 e 01.02.2010, quando o denunciado exercia o cargo de Prefeito Municipal de João Pessoa/PB, ou seja, delitos que, em tese, não guardam relação com o exercício, tampouco teriam sido praticados em razão da função pública atualmente exercida pelo denunciado como Governador.

Nessa conformidade, reconhecida a inaplicabilidade da regra constitucional de prerrogativa de foro ao presente caso, por aplicação do princípio da simetria e em consonância com a decisão da Suprema Corte antes referida, determino a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, para distribuição a uma das Varas Criminais da Capital, e posterior prosseguimento da presente ação penal perante o juízo competente.

A remessa dos autos só deverá ocorrer após o trânsito em julgado desta decisão.

Ciência ao Ministério Público e à Defesa.

Publique-se e intimem-se."

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL alega, em síntese (fls. 161/165), que a) o Supremo Tribunal Federal não apreciou, ainda, a matéria constitucional referente à competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento dos feitos sujeitos ao foro por prerrogativa de função, a despeito da proposta de extensão apresentada pelo em. Ministro Dias Toffoli, que foi rejeitada naquele caso; b) o entendimento adotado pelo Excelso Pretório não poderia ter sido aplicado no âmbito desta Corte, monocraticamente, sem prévia deliberação da Corte Especial; c) o cargo de Governador, a despeito de ser eletivo, não guarda semelhança com o exercício parlamentar, razão pela qual não se poderia aplicar. por extensão, o entendimento do STF; e d) o STJ seria o Juiz Natural da causa, pois, além da competência constitucionalmente determinada, não estaria sujeito ao exercício arbitrário de poder, capaz de interferir no julgamento de tais causas.

Por seu turno, a defesa de RICARDO VIEIRA COUTINHO (fls. 168/176) aduz, em resumo, que a) não é admissível a interpretação de forma simétrica entre os cargos eletivos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, pois possuem características e

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 2 de 64

naturezas distintas; e b) a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal não faz nenhuma restrição ao foro por prerrogativa de função de governadores.

É, no essencial, o relatório.



APn 866 Petição: 257726/2018



2013/0258052-5



28/06/2018 19:06:54

Página 3 de 64

AgRg na AÇÃO PENAL Nº 866 - DF (2013/0258052-5) (f)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

AGRAVANTE : RICARDO VIEIRA COUTINHO

ADVOGADO : SHEYNER YASBECK ASFÓRA - PB011590

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : OS MESMOS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS. COMPETÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ANALISAR SUA PRÓPRIA COMPETÊNCIA. REGRA DA KOMPETENZ-KOMPETENZ. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 105, I. "A" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO REPUBLICANO. GOVERNADOR DE ESTADO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA APENAS AOS CASOS DE DELITOS PRATICADOS EM RAZÃO E NO EXERCÍCIO DO CARGO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SIMÉTRICA DO ART. 102, I, "B" E "C", EM RELAÇÃO AO ART. 105, I, "A", CF. ALINHAMENTO AO ENTENDIMENTO ADOTADO PELO EXCELSO PRETÓRIO. MESMA RATIO DECIDENDI. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO (ONDE EXISTE A MESMA RAZÃO FUNDAMENTAL, PREVALECE A MESMA REGRA DE DIREITO). AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- 1. O 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 deste poder-dever básico de todo órgão julgador, impedindo o imprescindível exame deste importante pressuposto de admissibilidade do provimento jurisdicional.
- 2. 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.
- 3. O foro especial no âmbito penal é prerrogativa destinada a assegurar a independência e o livre exercício de determinados cargos e funções de especial importância, isto é, não se trata de privilégio pessoal. O princípio republicano é condição essencial de existência do Estado de Direito, razão pela qual 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.
- **4.** O art. 105, I, "a", CF consubstancia exceção à regra geral de competência, de modo que, partindo-se do pressuposto de que a Constituição é una, sem regras contraditórias, deve ser realizada a

APn 866 Petição : 257726/2018 2013/0258052-5 Documento Página 4 de 64

interpretação restritiva das exceções, com base na análise sistemática e teleológica da norma.

- 5. 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 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.
- **6.** 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, será possível afirmar que esta Corte Superior proferiu decisão consistente e aceitável racionalmente, duas condições indispensáveis à tarefa de julgar, para que se realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do direito.
- 7. 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 conferia pelo Supremo Tribunal Federal às suas competências originárias.
- 8. Assim, é de se conferir ao enunciado normativo do art. 105, I, "a", da CF, 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 no caso concreto, o de Governador de Estado -, porquanto "onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito".
- **9.** Destarte, reconhecida a incompetência do Superior Tribunal de Justiça, determina-se a remessa dos autos a uma das Varas Criminais da Capital do Estado da Paraíba, e posterior prosseguimento da presente ação penal perante o juízo competente.
- 10. Agravos regimentais a que se nega provimento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

Documente

28/06/2018 19:06:54

Página 5 de 64

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, quanto 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:

> ACÃO PENAL ORIGINÁRIA. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR. PARÂMETRO DE VALIDADE. ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO. ORDEM PÚBLICA, SOBERANIA NACIONAL E BONS COSTUMES. INOCORRÊNCIA. PROVAS ILÍCITAS DERIVADAS. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. EXCEÇÕES. TEORIA DA MANCHA PURGADA. NEXO CAUSALIDADE. ATENUAÇÃO. PRERROGATIVA DE FORO. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA.

> 78 DO CPP. DESMEMBRAMENTO. FORO PREVALENTE. ART. 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

2013/0258052-5

28/06/2018 19:06:54 Página 6 de 64

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.

[...]

Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida.

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

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 a própria competência do STJ naqueles casos de detentores de foro -, parece razoável supor que nenhum destes 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 da 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 vedação, de que seus fundamentos sejam imediata e integralmente adotadas por outras instâncias. Ao contrário, parece mesmo que há um estímulo para que isso ocorra, para dissipar as incertezas, na medida 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 membros do Poder Legislativo federal, muito pelo contrário, constituem corolário legal e obrigatório dos ocupantes, eletivos ou efetivos, dos cargos dos demais Poderes.

- 3. POSSIBILIDADE DE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA APRECIAR A PRÓPRIA COMPETÊNCIA, A PARTIR DO **PERMISSIVO** CONSTITUCIONAL (ART. 105, I, "a", CF)
 - A questão jurídica precípua posta nos presentes agravos diz respeito à

2013/0258052-5

28/06/2018 19:06:54

Página 7 de 64

possibilidade ou não deste Superior Tribunal de Justiça examinar e delimitar a própria competência como pressuposto indispensável à efetiva prestação jurisdicional.

Em síntese, a discussão limita-se analisar se há capacidade desta Corte Superior para interpretar o art. 105, I, "a", da Constituição Federal, que trata da competência originária deste Tribunal.

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

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 emanação 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:

APn 866 Petição : 257726/2018





28/06/2018 19:06:54

Página 8 de 64

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 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. l. 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.

APn 866 Petição : 257726/2018

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 9 de 64

Assim, todo órgão jurisdicional tem sempre uma competência mínima (podemos chama-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, 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 negativa 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 casa 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 grundzsätlich die **Kompetenz-Kompetenz**, dh die Befugnis, über ihre Zustäntigkeit 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 causísmo e as exceções inexplicáveis façam da previsibilidade letra morte 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

3013/03/00/5

28/06/2018 19:06:54

cumento Página 10 de 64

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 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.

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*, a quem 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, D.Je 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

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 11 de 64

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 Justica 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 28/05/2008. DJe 16/06/2008) [g.n.]

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 CLÁUSULA ARBITRAL. DETERMINOU A SUBMISSÃO À ARBITRAGEM E ORDENOU, SOB SANÇÃO PENAL, A DESISTÊNCIA DO PROCESSO BRASILEIRO - POSTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENCA NACIONAL, DECLARANDO A NULIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL -JURISDIÇÕES CONCORRENTES - PREVALÊNCIA DA SENTENÇA QUE PRIMEIRO TRANSITOU 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" - 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 homologanda, que atende ao princípio "Kompetenz Kompetentz", 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 07/11/2013) [g.n.]



28/06/2018 19:06:54

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 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. l. 6. ed. rev. e atual., 2009, p. 431) [g.n.]

A competência originária é, em regra, dos órgãos inferiores (órgãos judiciários 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 à 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

APn 866 Petição: 257726/2018

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:54 Página 13 de 64 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 Francisco Campos, segundo o 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 sôbre 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 têrmos, 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 sôbre 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, poer consequinte, ao Poder Legislativo ou Executivo a faculdade de interpretar a Constituição e em virtude da sua interpretação tomar decisões sôbre 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 escapamento à pressão dos seus deveres constitucionais. É, conseguintemente, um axioma fundamental ao nosso regime o de que a cada um dos Poderes, de que se compõe o Govêrno 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 de 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 de Justiça se olvide de analisar, como faz todo e qualquer julgador, a própria competência para apreciar a

Į.

28/06/2018 19:06:54

1/0258052-5

Página 14 de 64

APn 866 Petição : 257726/2018

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 deste poder-dever básico de todo órgão julgador, impedindo o imprescindível exame deste importante pressuposto de admissibilidade do provimento jurisdicional.

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

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

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 15 de 64

APn 866 Petição : 257726/2018

2013/0258052-5

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.

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

> Em todo ato de concretização do direito infraconstitucional estará envolvida, de 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.

> (BORROSO, 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 à 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 própria, que deve ser preservada.

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 (HOMOAFETIVO). 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** PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STE NO JULGAMENTO DA ADPE 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, vigorante 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

> > 2013/0258052-5

28/06/2018 19:06:54

Página 16 de 64

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 direito de família e, consequentemente, 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

2013/0258052-5

28/06/2018 19:06:54

Página 17 de 64

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" 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 compromissado 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 01/02/2012) [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 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. 5°, 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 domicilio 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 06/03/2018, DJe 05/04/2018) [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

APn 866 Petição : 257726/2018





28/06/2018 19:06:54

Página 18 de 64

constitucional de acordo com os limites interpretativos possibilitados pela própria Carta da República.

Não obstante, os precedentes acima demonstram que a interpretação da Constituição, de fato, não é estranha à 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 a 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 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

28/06/2018 19:06:54

Página 19 de 64

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 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, § 5°, 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 19/08/2015, 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 aplicação do princípio da

28/06/2018 19:06:54

2013/0258052-5

Página 20 de 64

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.

- Na esteira do entendimento desta Corte, a declaração de incompetência absoluta resulta na nulidade dos atos decisórios proferidos pelo Juízo incompetente.
- Reclamação julgada procedente.
 (Rcl 8.473/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2012, DJe 04/12/2012)

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 13/03/2014, DJe 21/03/2014).

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 Código de Processo Penal); também nos casos previstos no artigo 67 do CPP, a ação civil poderá ser proposta. Dessas



Document

28/06/2018 19:06:54

2013/0258052-5

Página 21 de 64

APn 866 Petição : 257726/2018

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, § 4°, 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 cabivel.

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 uniformar 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-cas os-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.

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

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 22 de 64

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, entendo que a discussão circunscreve-se à análise da extensão da competência deste Superior Tribunal de Justiça, 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 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, de forma especial, à especificação do juiz natural das autoridades ali previstas na hipótese da prática de crimes.

Como cediço, 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 qualquer obstáculo a que qualquer juiz ou esta Corte Superior atue como o primeiro juiz de sua própria competência.

Com efeito, o princípio orientador do presente debate é o princípio republicano, de modo que, a rigor, a definição do juiz natural não poderá ocorrer

28/06/2018 19:06:54

olvidando-se a função estruturante deste princípio na Constituição Federal.

Desse modo, penso 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. Ademais, como cediço, em 9/5/2018, o em. Ministro Dias Toffoli encaminhou à Presidência da Corte Suprema proposta de aprovação de duas Súmulas Vinculantes, o que poderia representar 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 púbica.

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. Luis Roberto Barroso, não representa impedimento a que também com relação a outras autoridades que detém o chamado foro privilegiado, seja realizada a mesma restrição.

De fato, caso 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 este 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 interpretação e delimitação de sua própria competência.

3.6. No mesmo passo, não vislumbro como a existência de proposta de Emenda Constitucional tramitando no Congresso Nacional possa representar óbice à

2013/0258052-5

28/06/2018 19:06:54

atuação do Superior Tribunal de Justiça, máxime tendo em vista que, como qualquer proposta de alteração legislativa, está sujeita a todos e 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 § 6°-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 prefeito) e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal (foro especial por prerrogativa de função dos Deputados e dos Senadores). [g.n.]

APn 866 Petição : 257726/2018



Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 25 de 64

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 tão grande acervo de processos penais originários em trâmite - o que parece não condizer com a realidade não deve representar, segundo penso, impedimento para a interpretação de nossa 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 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-cita coes-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-privile giado-vale-para-ministros.shtml).

Assim, fixado 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 seu verdadeiro sentido e alcance.

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

2013/0258052.5

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 26 de 64

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)

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

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 27 de 64

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 funcionário 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 Justica 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 generais 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. Luis 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 Brasil não decorre exclusivamente do número de autoridades contempladas, mas também em razão dos ilícitos abrangidos. Segundo a compreensão

28/06/2018 19:06:54

Página 28 de 64

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 contra 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

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 29 de 64

função 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, <u>por não configurar privilégio de ordem pessoal em favor de quem a detém</u>, somente diz respeito ao exercício e às funções inerentes ao cargo ou mandato cuja titularidade enseja o acesso a tal prerrogativa, que é concedida – <u>insista-se</u> – 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)."

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

2013/0258052.5

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 30 de 64

Também nesta Corte Superior há o reconhecimento de que o foro especial por prerrogativa funcional 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 HEDIONDOS. PRISÃO PREVENTIVA DE VEREADOR DECRETADA POR AUTORIDADE COMPETENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AFRONTA A PRERROGATIVA DE FORO. INOCORRÊNCIA. ARTS. 102, § 1o. E 349 DA CONSTITUIÇÃO FLUMINENSE. DISPOSITIVO SUSPENSO. ADIN 558/RJ-STF. DEPUTADO PRERROGATIVA DE FORO. ESTADUAL. **PROCEDIMENTO** INVESTIGATÓRIO QUE DEVE CURSAR NO TRIBUNAL DE JUSTICA. 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 a 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.

Desse modo, tendo em vista que o foro especial é prerrogativa inerente ao

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 31 de 64

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 oligarguia; 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:

Ao se levar em conta a importância da topologia para a hermenêutica constitucional, não há como deixar de reconhecer que, quando se adotou a

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 32 de 64

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 (Coords). Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor lves 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) [g.n.]

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 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.

APn 866 Petição : 257726/2018



Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 33 de 64

Forma de governo, assim, é conceito que se refere à maneira como se dá a instituição do poder na sociedade e como se dá e 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 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. cits) e, consequentemente, 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, 1988, p. 128)

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,

APn 866 Petição : 257726/2018



Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 34 de 64

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)

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 (Coords). Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor lves Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005, p. 383-384)

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 (Coords). Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor lves 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

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 35 de 64

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 excepcionals, 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 deserdação; 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. (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

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 36 de 64

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.

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) [g.n.]

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 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

2012/02/00/2

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 37 de 64

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 exautividade) como princípios estruturantes:

- o princípio do Estado de direito (arts. 2º e 9º);
- o princípio democrático (arts. 1º, 2º, 3/1 e 10º);
- o princípio republicano (arts. 1°, 2°, 11° e 288°/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 relembrar 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 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

Documento

28/06/2018 19:06:54

2013/0258052-5

Página 38 de 64

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 República e a de Ministro do Supremo Tribunal Federal:

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

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.

2012/0258052.5

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 39 de 64

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).

Em outras palavras, deve-se ressair 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

Documento

28/06/2018 19:06:54

Página 40 de 64

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 espraia 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 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

Documento

28/06/2018 19:06:55

Página 41 de 64

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 Somlô, "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 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

2013/0258052-5

28/06/2018 19:06:55

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)

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 SONEGAÇÃO FISCAL. TUTELA DE CRIME REGULATÓRIOS DE MERCADO. PROTEÇÃO PRIMÁRIA DO NATURAL FUNCIONAMENTO DA INDÚSTRIA NACIONAL E DO INTERESSE ECONÔMICO-ESTATAL NA ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES DE MERCADO. LANCAMENTO 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

28/06/2018 19:06:55

Página 43 de 64

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 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 pais. 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

Documento

2013/0258052-5

28/06/2018 19:06:55

Página 44 de 64

APn 866 Petição : 257726/2018

01/04/2014, DJe 10/04/2014) [g.n.]

Menciona-se, ainda, relevante excerto do voto do em. Min. Eros Roberto Grau, no julgando 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 24/06/2009, 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 na 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 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:

APn 866 Petição : 257726/2018

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:55

Página 45 de 64

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 competências penais originárias, distinguindo-se, tão somente, no que diz respeito aos sujeitos alí 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 Governador, que cometam o mesmo crime nas mesmas condições, possam ser processados e julgados em instâncias diferentes, isto é, o primeiro, perante o juízo 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 juízos 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:

2012/02/02/0

Documento

28/06/2018 19:06:55

Página 46 de 64

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 deledo 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 sem 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, 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 normativa 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.

APn 866 Petição : 257726/2018





28/06/2018 19:06:55

Página 47 de 64

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

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. RAZÕES E 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.

APn 866 Petição : 257726/2018





28/06/2018 19:06:55

Página 48 de 64

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 à 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. DENUNCIAÇÃO 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.

- [...]
- 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, § 3°, 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.
- [...]

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 da princípio hermenêutico ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio (RE 565.046 AgR, Rel. Ministro

28/06/2018 19:06:55

Página 49 de 64

Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe-070 DIVULG 17.04.2008 PUBLIC 18.04.2008; e Al 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; AqRq 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 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 21/05/2015, DJe 02/06/2015) [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 conferia pelo Supremo Tribunal Federal às suas competências originárias.

Com efeito, no julgamento realizado pelo Excelso Pretório, prevaleceu o voto proferido pelo eminente Ministro Luis 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 desempenhadas".

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 observado, 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 nexo 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, a) a prática do fato no exercício do cargo ou função, e o seu b) nexo funcional, não guardam qualquer peculiaridade com o fato do cargo ser eletivo, ou não.

APn 866 Petição : 257726/2018





28/06/2018 19:06:55

Página 50 de 64

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 hipótese 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) no que diz respeito às autoridades com prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, a ausência de duplo grau de jurisdição; d) deve-se interpretar as regras que estabelecem o foro especial tendo em vista sua finalidade, que não é consubstanciar-se em privilégio, representando, em verdade, prerrogativa do cargo ou da função em prol do interesse público; e) deve-se reconhecer 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, ostentam uma preferência axiológica 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 se dá 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 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 Barosso, 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

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:55

autoridades detentoras da referida prerrogativa.

O decano da Suprema Corte, Min. Celso de Mello, defendeu, em recente decisão, que o precedente aberto pela Suprema Corte, 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 desta ação penal, 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 adotada pela Corte Suprema, quer concordemos ou discordemos, pelas razões que já declinei nesta ação penal.

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

2013/0258052-5

28/06/2018 19:06:55

Página 52 de 64

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 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 Munícipios 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 Justica".
- 33. Embora se viesse interpretando a literalidade desse dispositivo no sentido de que o foro privilegiado abrangeria todos os crimes comuns, é possível e desejável atribuir ao texto normativo acepção mais restritiva, com base na teleologia do instituto e nos demais elementos de interpretação 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
- 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

28/06/2018 19:06:55

Página 53 de 64

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 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,





28/06/2018 19:06:55

APn 866 Petição: 257726/2018

0258052-5 D

Página 54 de 64

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. [g.n.]

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 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, a aplicação da tese fixada aos casos de parlamentares federais.

Nem poderia ser diferente, porquanto, como cediço, 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 a 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.

APn 866 Petição : 257726/2018

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:55

Página 55 de 64

(...)

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

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

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

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 fala 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.]





28/06/2018 19:06:55

Página 56 de 64

APn 866 Petição : 257726/2018

Por fim, importa mencionar que o em. Min. Marco Aurélio também acompanhou em parte o voto do Relator, divergindo, tão somente, quanto a 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 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 que 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.
- 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,

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:55

Página 57 de 64

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 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. A 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
- 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

28/06/2018 19:06:55

Página 58 de 64

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 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

28/06/2018 19:06:55

APn 866 Petição : 257726/2018

2013/0258052-5

umento

Página 59 de 64

tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a 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 AlA 32/AM, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 13.5.2016; AgRg na AlA 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.
- Recurso Especial n\u00e3o conhecido.

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

Em síntese, não há motivo, a partir das razões acima expostas, para diferenciar a aplicabilidade do foro especial em função da natureza do cargo, se eletivo ou não, muito menos para se conferir ao art. 105, I, "a", interpretação divergente daquela fixada pelo Supremo Tribunal federal ao art. 102, I, "b" e "c", da CF.

Como já destacado, no julgamento da QO na AP 937, o plenário do STF não afirmou que os requisitos alí delineados não seriam aplicáveis aos detentores de cargos "efetivos", apenas consignando que esta hipótese não estava posta para julgamento naquela oportunidade.

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) que da análise detida do prevalecente é possível verificar que sua abrangência posicionamento argumentativa não se limitou aos casos de parlamentares federais, e que 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,

2013/0258052-5

Documento

28/06/2018 19:06:55

prevalece a mesma regra de direito".

7. 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 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.

APn 866 Petição : 257726/2018





28/06/2018 19:06:55

Página 61 de 64

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 dos seguintes precedentes: AP 470 QO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2.8.2002; AP 634 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 6.2.2014; AP 396, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 28.10.2010.

Em idêntica linha de intelecção, 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 1364341/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 Justica 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.
- Recurso improvido.

(RHC 9.823/RO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 08/08/2000, DJ 06/11/2000, p. 231)

AGRAVO REGIMENTAL. **AGRAVO** EM RECURSO ESPECIAL. CONEXÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTICA FEDERAL. PERPETUATIO JURISDICIONES.

- 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 jurisdiciones.
- Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 49.373/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012)

Documento

28/06/2018 19:06:55

- 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 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 1364341/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015. DJe 09/04/2015)

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 INEXISTÊNCIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE IMPUGNADO. NEGATIVAMENTE. CONSEQUÊNCIAS VALORADAS 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,

28/06/2018 19:06:55

Página 63 de 64

QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017) [g.n.]

Nesse diapasão, o critério do fim da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, parece adequado como marco temporal para a 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, impende a fixação dos seguintes entendimentos: 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 apresentação de alegações finais, constitui o marco temporal para a prorrogação da competência desta Corte Superior para julgamento das ações penais originárias.
- 8.2. Ressalto, ademais, que os entendimentos aqui propostos devem ser aplicados, haja vista a restrita sede processual na qual submetida a matéria - agravos regimentais nesta ação penal -, nesse momento, tão somente aos casos de foro por prerrogativa de Governadores.
- 8.3. 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 da investidura no cargo de Governador do Estado da Paraíba, NEGO PROVIMENTO AOS AGRAVOS REGIMENTAIS.

É o voto.



Daguman

28/06/2018 19:06:55

Página 64 de 64