

MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 41.910 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECLTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECLDO.(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S)	: FLAVIO NANTES BOLSONARO
ADV.(A/S)	: LUCIANA BARBOSA PIRES

DECISÃO: Trata-se de reclamação constitucional ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) contra acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) que, nos autos do *Habeas Corpus* 0011759-58.2020.8.19.0000, concedeu a ordem em parte para reconhecer a incompetência da 27ª Vara Criminal para processar e julgar o paciente Flávio Nantes Bolsonaro nos autos do procedimento cautelar 0087086-40.2019.8.19.0001 (PIC 2018.045.2410) e determinou a remessa do referido procedimento ao c. Órgão Especial deste Tribunal.

Na presente reclamação, o autor alega que o ato reclamado violaria (i) decisão monocrática proferida pelo Ministro Marco Aurélio de Mello na Reclamação 32.989, a qual teria consignado que o Senador Flávio Nantes Bolsonaro não seria detentor de foro especial por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal; (ii) decisão do Plenário do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797, em que o Tribunal julgou inconstitucional a Lei n. 10.628/2002 que criou foro por prerrogativa de função para ex-ocupantes de cargos públicos e ainda (iii) decisão do Plenário do STF no julgamento da Ação Penal 937, em que o Tribunal teria fixado o entendimento de que o foro por prerrogativa de função pressupõe delito cometido no exercício do mandato atual e relacionado a este.

Em 30.06.2020, solicitei informações à 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acerca do alegado na

inicial e determinei a oitiva da Procuradoria-Geral da República (PGR) (eDOC 6).

Em 13.07.2020, Flávio Nantes Bolsonaro requereu sua habilitação no feito e apresentou impugnações à inicial (eDOC 8).

Em 14.07.2020, no exercício do Plantão Judiciário, o Presidente Dias Toffoli determinou que, após o recebimento das informações solicitadas pelo Relator, fosse aberta vista à PGR quanto ao alegado na inicial e quanto ao pedido de habilitação no feito.

Em 26.08.2020, a PGR opinou pelo não cabimento da reclamação constitucional proposta, alegando que a reclamação constitucional não pode ser usada para alcançar entendimento inédito no âmbito da jurisdição originária do STF (eDOC 30). O *Parquet* sustentou, em suma, que as decisões paradigmas invocadas na Rcl 32.989 e na AP 937 não autorizariam o manejo da via reclamationária, uma vez que referidas decisões são desprovidas de efeito vinculante e que não teria restado comprovado que o ato reclamado afrontaria o decidido na ADI 2.797.

Em 22.01.2021, a defesa de Flávio Nantes Bolsonaro apresentou petição (eDOC 32) na qual aduz que, a despeito de a competência do TJRJ para julgar o Senador Flávio Nantes Bolsonaro já ter sido declarada pela 3ª Câmara Criminal TJRJ em decisão que não foi objeto de recurso pelo MPRJ, o Tribunal Fluminense *“decidiu, pela Relatoria do feito, levar mais uma vez a matéria a debate, já então ao Colegiado do Órgão Especial, como veiculado pela imprensa e confirmado pelo próprio Sodalício”* (eDOC 32).

Aduz ainda que o MPRJ, nos autos do HC que tramita perante ao TJRJ, teria apresentado requerimento com o intuito de que a discussão sobre o foro por prerrogativa de função fosse novamente analisada pelo Órgão Especial daquela corte. Sustenta que, além de a temática já ter sido objeto de decisão não impugnada pelo *Parquet*, teria havido violação ao princípio do contraditório, uma vez que *“a despeito de a afobada e equivocada decisão no sentido de levar a questão mais uma vez à discussão, embora já exaurida a via recursal da acusação, a defesa não foi intimada para se manifestar a respeito da audaciosa manifestação apresentada pelo Ministério Público”*. (eDOC 32).

Com todos esses fundamentos, requer, assim, que “o Processo nº. 0011759-58.2020.8.19.0000, que tramita no célebre Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, seja sobrestado até ulterior apreciação desta Reclamação” (eDOC 32).

É o relatório.

Passo a decidir.

Ao relator incumbe admitir, ou não, mediante decisão irrecorrível, a manifestação de terceiro na questão controvertida, nos termos do art. 21, XVIII, do RISTF.

A jurisprudência do STF é pacífica no sentido da possibilidade de intervenção espontânea de terceiro, em sede de reclamação, desde que demonstrado interesse jurídico na causa. Nessa hipótese, o terceiro admitido recebe a ação no estado em que se encontra. Nesse sentido, vide precedentes:

EMENTA: Agravo regimental em reclamação. 2. Intervenção no processo de reclamação. Faculdade do interessado. Não obrigatoriedade. Ausência de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. 3. Vencimentos. Execução provisória de decisão judicial, posteriormente reformada em julgamento de recurso extraordinário. Não ocorrência de violação à coisa julgada. 4. Análise de fatos. Impossibilidade em sede de reclamação. Ausência de violação ao princípio da segurança jurídica. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 3375 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2006, DJ 19-12-2006 PP-00035 EMENT VOL-02261-04 PP-00835)

E M E N T A: RECLAMAÇÃO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO ESPONTÂNEA DO INTERESSADO - DESNECESSIDADE DO CHAMAMENTO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE OFENSA À GARANTIA DO CONTRADITÓRIO - INTERVENÇÃO QUE SE DÁ NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA O PROCESSO - AGRAVO IMPROVIDO. - A Lei nº 8.038/90 estabelece que qualquer

interessado poderá impugnar o pedido do reclamante (art. 15). O interessado - vale dizer, aquela pessoa que dispõe de interesse jurídico na causa - qualifica-se como sujeito meramente eventual da relação processual formada com o ajuizamento da reclamação. A intervenção do interessado no processo de reclamação é caracterizada pela nota da simples facultatividade. Isso significa que não se impõe, para efeito de integração necessária e de válida composição da relação processual, o chamamento formal do interessado, pois este, para ingressar no processo de reclamação, deverá fazê-lo espontaneamente, recebendo a causa no estado em que se encontra. O interessado, uma vez admitido ao processo de reclamação - e observada a fase procedimental em que este se acha -, tem o direito de ser intimado dos atos e termos processuais, assistindo-lhes, ainda, a prerrogativa de fazer sustentação oral, quando do julgamento final da causa. Precedente. (Rcl 449 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/1996, DJ 21-02-1997 PP-02830 EMENT VOL-01858-01 PP-00193)

Salienta-se que, embora os precedentes em matéria penal tangenciem a disciplina do art. 15 da Lei 8.038/1990, o Código de Processo Civil, naquilo que revogou o Capítulo II da Lei 8.038/1990, prevê que a assistência é admissível *“em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre”* (art. 119, parágrafo único). Resta, portanto, incontroversa a possibilidade de admissão de terceiro interessado em sede reclamatória, desde que demonstrado o interesse jurídico.

O instituto da assistência configura-se quando, pendendo a causa entre duas ou mais partes, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas voluntariamente adere à lide.

No caso em tela, resta claro que há uma relação jurídica entre o requerente da habilitação extraordinária e a autoridade reclamante, uma vez que a eventual prolação de sentença de mérito de natureza declaratória poderia definir o órgão judicial responsável pelo recebimento

e processamento de denúncia criminal em face do terceiro.

Diante da demonstração do interesse jurídico, defiro o pedido de habilitação do terceiro Flávio Nantes Bolsonaro nos autos.

Na Petição 3887/2021 (eDOC 34), o terceiro interessado argui a ocorrência de usurpação da competência do STF e também de violação ao princípio do contraditório para requerer liminarmente o sobrestamento do andamento do Processo nº 0011759-58.2020.8.19.0000 que tramita junto perante a 3ª Câmara Criminal do Preclaro Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Para que se possa compreender o pleito formulado pelo terceiro interessado na Petição 3887/2021 (eDOC 34), afigura-se indispensável compreender os diversos caminhos processuais que têm sido utilizados pelo reclamante para a provocar o judiciário a se manifestar sobre a matéria de fundo desta ação.

Em 25.06.2020, a 3ª Câmara Criminal do TJRJ, ao julgar HC impetrado por Flávio Nantes Bolsonaro, acolheu a tese da defesa de que o Órgão Especial do TJRJ – e não o juiz de primeiro grau – seria competente para processar e julgar o paciente por delitos supostamente praticados na época em que este exercia o mandato de Deputado Estadual na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Transcreve-se trecho do acórdão sobre esse ponto:

Habeas Corpus. Questionamento sobre regra de competência do foro especial por prerrogativa de função em razão dos fatos sob investigação serem contemporâneos e relacionados ao mandato eletivo que o paciente exercia, à época, como Deputado Estadual na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o que, portanto, atrairia o foro especial e competência do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça para o processamento e o julgamento, afastando, pois, a competência do Juiz de Primeiro Grau. No caso em análise, o Procedimento

Investigatório Criminal foi instaurado em 2018 pelo Ministério Público Estadual quando o paciente ainda era Deputado Estadual e, ao término deste mandato, iniciou-se outro mandato eletivo de Senador, sem interregno temporal entre os cargos eletivos. Sob a ótica dos novos contornos oferecidos pelo STF recentemente sobre o tema (Questão de Ordem na A.P. 937) não se encontra uma resposta objetiva à questão trazida neste habeas corpus, sendo exigível, portanto, um maior exercício interpretativo para se definir a quem toca a competência de julgar o paciente.

Havendo inequívoca continuidade no exercício de função pública, ambos os cargos eletivos exercidos no Poder Legislativo sem interregno temporal entre eles, persiste a necessidade do resguardo da função pública por meio de aplicação de regra diferenciada de competência, sem que isso viole o princípio republicano e princípio da igualdade à luz dos novos vetores constitucionais. Frise-se, inclusive, que o Ministério Público, se valendo da sua independência funcional, opinou em dois sentidos divergentes, sendo um deles pela tese favorável à defesa reconhecendo o foro por prerrogativa de função, o que significa dizer que o tema ora em debate encerra realmente um exercício interpretativo das novas diretrizes adotadas pelo STF. Destaca-se que a interpretação conferida ao foro por prerrogativa de função neste voto em nada se confunde com qualquer espécie de privilégio ao ocupante de função pública, uma vez que se atém à finalidade protetiva da regra de competência em relação à função e ao cargo público, aplicável ao titular que é investigado pela prática de infração penal no exercício do cargo e em função do cargo em que estava investido. (...) Concessão parcial da ordem

Por conta desta decisão, portanto, o procedimento cautelar 0087086-40.2019.8.19.0001 (PIC 2018.045.2410) que tramitava em face do terceiro interessado foi remetido ao Órgão Especial do TJRJ e hoje encontra-se autuado sob o número 0072696-34.2020.8.19.0000.

É relevante notar que, nos autos do referido HC em trâmite no Tribunal Fluminense, **o MPRJ perdeu o prazo para apresentar recurso contra a decisão da 3ª Câmara Criminal do TJRJ**. Tal fato foi amplamente divulgado na imprensa e, conforme também noticiado, o MPRJ chegou a instaurar uma sindicância para apurar a responsabilidade da procuradora natural do caso pelo ocorrido. O TJRJ, por meio de decisão da relatora do *habeas corpus*, reconheceu a intempestividade da manifestação do MP, considerando que o recurso só havia sido interposto três dias após o término do prazo.

Diante da preclusão da matéria na via ordinária, o MPRJ optou por ajuizar a presente reclamação contra a mesma decisão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento do HC nº 0011759-58.2020.8.19.0000. Não há a menor dúvida, portanto, de que o objetivo do reclamante ao ingressar na presente via foi justamente o de reverter o entendimento do Tribunal quanto à tese de que o órgão especial do TJRJ seria o órgão competente para processar e julgar Flávio Nantes Bolsonaro por atos praticados quando era Deputado Estadual do Rio de Janeiro.

Após o ajuizamento dessa reclamação, solicitei informações ao TJRJ e à PGR sobre o alegado na inicial. Em 26.08.2020, a PGR apresentou sua manifestação no sentido do não conhecimento da ação. Em linhas gerais, o órgão máximo do Ministério Público da União entendeu que as decisões-paradigmas do STF invocadas pelo MPRJ ou seriam desprovidas de efeitos vinculantes ou apresentariam estrita aderência à controvérsia posta (eDOC 30).

Examinando a jurisprudência do STF após o julgamento da AP 937-QO, a PGR destacou que há posições conflitantes do Tribunal sobre se o foro por prerrogativa de função alcançaria ou não os casos denominados

de “mandatos cruzados”, em que um parlamentar deixa de ocupar o cargo eletivo, por causa do término da legislatura, para assumir um outro, mas em uma casa legislativa diferente, como ocorreu com o terceiro interessado. Como observado: *“da mesma forma que não há definição pacífica do Supremo Tribunal Federal sobre ‘mandatos cruzados’ no nível federal, também não há definição de ‘mandatos cruzados’ quando o eleito deixa de ser representante do povo na casa legislativa estadual e passa a ser representante do Estado da Federação no Senado Federal (câmara representativa dos Estados federados)”* (eDOC 30).

Na visão da PGR, a reclamação ajuizada pelo MJRJ não seria viável porque, por meio dela, o autor estaria tentando instar o STF a definir uma nova tese jurisprudencial, o que fugiria ao escopo desta via. Nas palavras mais uma vez da PGR, reputou-se que *“a presente reclamação, com efeito, busca um entendimento jurisprudencial ainda não firmado. A hipótese subjacente ao processo (parlamentar estadual que virou senador e está respondendo por atos que teriam sido praticados no exercício da função de deputado estadual) não foi ainda tratada pelo Supremo Tribunal Federal”* (eDOC 30). Transcreve-se a ementa do opinativo:

Reclamação constitucional. Tipos. Cabimento. Há dois tipos de reclamação constitucional para o Supremo Tribunal Federal: a subjetiva (de parte) e a objetiva (de não parte). A pretensão deduzida na presente reclamação constitucional abrange, em si, os dois tipos: é objetiva (violação aos julgamentos proferidos pelo plenário do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797 e na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937) e é subjetiva (afronta à decisão monocrática da Reclamação n. 32.989). Quanto à reclamação objetiva – violação ao julgamento da ADIn 2.797 – não restou comprovado que a decisão recorrida revigorou seja o enunciado da Súmula n. 394 do Supremo Tribunal Federal, seja a lei n. 10.628, de 2002, partes integrantes do dispositivo do acórdão. Quanto à reclamação objetiva – violação ao julgamento da AP 937 (QO) – em razão de ofensa à autoridade de julgado, não é consentido seu manejo, pois a decisão proferida é

desprovida de efeito vinculante. Quanto à reclamação subjetiva – violação à decisão monocrática da Rcl 32.989 – em razão de afronta a julgado do Supremo Tribunal Federal, não houve determinação expressa sobre qual seria o órgão competente para julgamento; mas sim se consignou que a competência do Supremo Tribunal Federal não estaria aberta para o julgamento daquela reclamação. A reclamação constitucional não pode ser usada para alcançar entendimento inédito no âmbito da jurisdição originária do Supremo Tribunal Federal sob pena de desvirtuar tanto a sua natureza quanto a competência de direito estrito do próprio Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 102, I). Parecer pelo não cabimento da reclamação (eDOC 30).

Colhe-se da Petição 3887/2021 (eDOC 34) que, diante do prognóstico de possível não conhecimento desta reclamação após a manifestação da PGR, o MPRJ teria instado a desembargadora-relatora, requerendo que se submetesse ao Órgão Especial do TJRJ, de forma incidental, uma espécie de arguição de incompetência do TJRJ para processar e julgar o terceiro interessado.

Embora não tenha sido juntados aos autos o teor desses atos processuais, constitui indício suficiente daquilo que é alegado a ampla divulgação na imprensa (eDOC 37) de que o colegiado maior do Tribunal almejava, já na próxima segunda-feira (25.01), rediscutir a competência para o recebimento da peça acusatória já apresentada em face do terceiro interessado.

A situação narrada, sobretudo no ponto em que indica a iminência do novo julgamento, requer seja acionado o poder geral de cautela (art. 297 do CPC) para garantir o resultado útil do julgamento da presente reclamação.

Isso porque uma eventual decisão do Órgão Especial do TJRJ no sentido de alterar o entendimento firmado na decisão reclamada poderia, ainda que em tese, suscitar o esvaziamento do provimento jurisdicional buscado nesta ação. Se o Órgão Especial TJRJ viesse a reformar o entendimento fixado no julgamento do *Habeas Corpus* 0011759-

58.2020.8.19.0000 quanto à detenção do foro especial pelo terceiro interessado, o próprio ato reclamado – a decisão da 3ª Câmara Criminal Tribunal do TJRJ, nos autos do *Habeas Corpus* 0011759-58.2020.8.19.0000 – seria substituída por um novo título judicial. Essa circunstância, se verificada, poderia acarretar a perda de objeto da presente reclamação, conforme amplamente assentado na jurisprudência desta Corte:

“SUBSTITUIÇÃO DO ATO RECLAMADO POR NOVO TÍTULO JUDICIAL. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO DA RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. (...). O provimento jurisdicional definitivo resulta em perda de objeto da Reclamação em razão da substituição do título judicial. (...). 4. Agravo Regimental julgado prejudicado” (Rcl 2.785-AgR, de minha relatoria, Plenário, DJe 13.3.2009).

“Agravo regimental em Reclamação. 2. Decisão agravada que julgou prejudicada a reclamação. 3. Reconhecimento de competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a demanda. 4. Perda superveniente de objeto. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (Rcl 2.903-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 23.5.2008).

“RECLAMAÇÃO - ATO IMPUGNADO - REVOGAÇÃO - PERDA DE OBJETO. A revogação do ato tido, no pedido inicial da reclamação, como discrepante de certa decisão implica o prejuízo da reclamação, julgando-se extinto o processo sem apreciação do tema de fundo” (Rcl 2.496-QO, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ 22.201.2004).

Para além da eventual perda de objeto desta reclamação, **chama a atenção a estratégia adotada pelo MPRJ de utilizar vários remédios jurídicos para uma mesma finalidade, acionando múltiplas instâncias com o intuito de precipitar pronunciamento deste STF quanto à matéria de fundo.**

Ainda que referidas estratégias façam parte do jogo processual, a opção por ajuizar a presente reclamação submeteu o tema da extensão do foro por prerrogativa de função em mandatos cruzados de parlamentar estadual à apreciação deste Suprema Corte em última instância. A atuação do MPRJ na instância ordinária, sobretudo quando já preclusa a matéria nos autos do HC por conta da intempestividade do recurso, é situação que tangencia a incidência do brocardo processual *electa una via non datur regressus ad alteram*, de ampla e histórica aplicação no direito processual civil e penal brasileiro. (Inq 1939, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2004, DJ 02-04-2004; HC 84659, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 29/06/2005, DJ 19-08-2005; RE 61921, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Segunda Turma, julgado em 28/02/1967, DJ 10-05-1967 e RMS 2784, Rel. Min. Orozimbo Nonato, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1955, DJ 25-08-1955).

Ademais, como observado pelo requerente, também se encontra pendente de apreciação por este STF a ADI 6.477, ajuizada pelo Partido Rede Sustentabilidade, em que a parte autora impugna a constitucionalidade do art. 102, § 1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, dispositivo este que estabelece justamente a competência do Tribunal de Justiça para julgar deputados estaduais. Assim, embora se trate de uma ação de controle abstrato de inconstitucionalidade, a norma impugnada constitui o fundamento central da decisão objeto da presente reclamação.

Todos esses fundamentos convergem para a conclusão de que, com fundamento no poder geral de cautela (art. 297 do CPC), é imperioso que se adote medida apara evitar que a atuação do MPRJ e uma eventual decisão do Órgão Especial da Corte Fluminense substituam o ato reclamado e frustrem a jurisdição do STF em matéria que, como observado pela própria PGR, não alcança uniformidade jurisprudencial.

Por fim, não assiste razão ao terceiro interessado no pedido para que seja determinado o sobrestamento do Processo nº 0011759-58.2020.8.19.0000 que tramita junto perante a 3ª Câmara Criminal do Preclaro Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O eventual risco de perecimento da tutela jurisdicional buscada na presente reclamação está relacionado tão somente à definição da competência para processar e julgar o terceiro interessado e de modo algum esgota a formulação de eventual juízo de autoria e materialidade sobre os fatos investigados no inquérito.

Assim, por todos esses fundamentos e adstrito à finalidade de assegurar o resultado útil do processo, determino, com base no poder geral de cautela, até o julgamento de mérito da presente reclamação, **que o Órgão Especial do TJRJ se abstenha de adotar qualquer ato judicial que possa reformar o decidido pela 3ª Câmara Criminal Tribunal do TJRJ, nos autos do Habeas Corpus 0011759-58.2020.8.19.0000,** especificamente quanto à definição da competência do órgão judicante para processar e julgar o terceiro interessado.

Publique-se. Comunique-se com urgência a Presidência do TJRJ.

Em seguida, colham-se informações da Presidência do TJRJ acerca do alegado na Petição 3887/2021 (eDOC 34) e, em seguida, abra-se vista à PGR.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente