

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.781 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MATO
GROSSO DO SUL

DECISÃO: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face dos arts. 63, XVII, XVIII, XIX e XX, e 92, II, da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul.

Tais dispositivos estabelecem competir à Assembleia Legislativa processar e julgar o Governador nos crimes de responsabilidade, bem como determinam a necessidade de autorização assemblear, pelo voto favorável de dois terços de seus membros, para que seja tal autoridade submetida a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de infração penal comum, ou perante a própria Assembleia, no caso de crimes de responsabilidade.

Eis o seu teor:

“(…)

Art. 63 - Compete privativamente à Assembléia Legislativa:

(…)

XVII - declarar, pelo voto de dois terços dos Deputados, a procedência da acusação contra o Governador, nos crimes de responsabilidade, e contra os Secretários de Estado, nos crimes da mesma natureza ou conexos com aqueles;

XVIII - conceder licença para processar o Governador do Estado nos crimes comuns;

XIX - processar e julgar o Governador do Estado nos crimes de responsabilidade e os Secretários de Estado nos crimes da

ADI 4781 / MS

mesma natureza, conexos com os daqueles;

XX - suspender, se declarar procedente a acusação, nos crimes comuns e de responsabilidade, o exercício do mandato do Governador do Estado, e afastar os Secretários de Estado, e destituí-los, quando condenados definitivamente;

“Art. 92 - O Governador ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia, ou queixa-crime, pelo Superior Tribunal de Justiça;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pela Assembléia Legislativa, se recebida a denúncia por dois terços de seus membros.

Parágrafo único. Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Governador, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.”
(eDOC 8, p. 25 e 35)

Alega o Requerente que tais dispositivos padecem de inconstitucionalidade formal e material, violando o disposto nos arts. 1º, 2º, 5º, XXXV e LIV, e 22, I, todos da Constituição da República .

Defende que a inconstitucionalidade formal dos dispositivos impugnados decorre da violação aos arts. 2º e 22, I, CRFB, especialmente por neles se estabelecerem regras processuais a ser observadas no julgamento pela prática de crimes de responsabilidade de Governador de Estado, o que estaria a contrariar o entendimento deste Supremo Tribunal Federal de que se trata de competência reservada à União, tal qual consagrado na Súmula 722.

Ademais, aduz haver em tais regras distanciamento do modelo previsto na Lei nº 1.079/1950, que determina o julgamento de crime de responsabilidade praticado por Governador por Tribunal Especial de composição mista (com membros do Poder Judiciário e do Poder Legislativo).

ADI 4781 / MS

De outra banda, o Requerente vislumbra inconstitucionalidade material em tais dispositivos decorrente de violação aos arts. 1º, 2º, 5º, XXXV e LIV, pois a Constituição não definiria a necessidade de autorização assemblear para instauração de persecução criminal em desfavor de Governadores ou mesmo contra outras autoridades estaduais ou distritais.

Em sua compreensão não é possível estender condição de procedibilidade penal aplicável ao Presidente da República sob pena de se violar o princípio republicano e a separação de Poderes, condicionando o exercício da função jurisdicional a uma autorização do Poder Legislativo. Isso vulneraria também a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB) e os princípios da razoabilidade/proporcionalidade, estes em razão da deficiente proteção a bens jurídicos de hierarquia constitucional (art. 5º, LIV, CRFB).

Defende que esse tipo de prerrogativa processual estaria a inviabilizar a persecução criminal de tais autoridades dada a realidade dos arranjos políticos feitos no âmbito dos Estados, entabulados de modo a manter a governabilidade a partir do apoio amealhado pelos Governadores nas respectivas Casas Legislativas.

Cita, nesse sentido, a existência das Ações Penais nº 664/MS e 665/MS, em tramitação perante o Superior Tribunal de Justiça, envolvendo o Sr. André Puccinelli, Governador do Estado do Mato Grosso do Sul entre os anos 2007 e 2014 (eDOC 1, p. 19).

Requer o deferimento de medida cautelar para suspensão da eficácia dos dispositivos da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul impugnados em razão da presença da plausibilidade do direito, bem como do *periculum in mora*, este último visível à luz de inúmeros casos pendentes de julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça diante do não deferimento, pelas Assembleias Legislativas, de pedido de

ADI 4781 / MS

autorização para processamento de Governadores.

Ao final, pugna pela procedência da ação e consequente declaração de inconstitucionalidade das expressões “*declarar, pelo voto de dois terços dos Deputados, a procedência da acusação contra o Governador, nos crimes de responsabilidade*” (inciso XVII do art. 63); “*processar e julgar o Governador do Estado nos crimes de responsabilidade*” (inciso XIX do art. 63); “*suspender, se declarar procedente a acusação, nos crimes comuns e de responsabilidade, o exercício do mandato do Governador do Estado*” (inciso XX do art. 63); “*nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pela Assembléia Legislativa, se recebida a denúncia por dois terços de seus membros*” (inciso II do art. 92), e, por fim, o trecho “*conceder licença para processar o Governador do Estado nos crimes comuns*”, constante do inciso XVIII do art. 63, todos da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul.

Subsidiariamente, requer seja dada interpretação conforme à Constituição da República aos artigos da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul ora impugnados, a fim de estabelecer que o julgamento do Governador por crime de responsabilidade deve ser realizado pelo Tribunal Especial previsto no art. 78 da Lei nº 1.079/50.

Em despacho de 24.05.2012, Sua Excelência, o Min. Joaquim Barbosa, meu antecessor na Relatoria da presente ação, adotou o rito estabelecido no art. 12 da Lei nº 9.868/1999 (eDOC 9).

A Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul manifestou-se pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados (eDOC 13).

Afirma que os dispositivos impugnados pela presente ação são reprodução “*ipse literis*” das normas federais, em atendimento ao princípio da simetria constitucional. Busca esclarecer que, no aspecto formal, o Projeto de Resolução nº. 17/12, que negou ao Superior Tribunal

ADI 4781 / MS

de Justiça autorização para instaurar processo-crime, em face do Sr. André Puccinelli, então Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, foi elaborado em estrita conformidade com os princípios e regras da Constituição da República, da Constituição Estadual e do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul.

O Advogado-Geral da União defende o conhecimento parcial da presente ação e, na parte conhecida, sua parcial procedência (eDOC 15).

Preliminarmente, sustenta a ausência de impugnação específica do requerente em relação a uma das expressões atacadas, asseverando que *“(...) no que diz respeito ao inciso XX do artigo 63 da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul, a ação direta somente deve ser conhecida em relação à expressão ‘e de responsabilidade’, diante da ausência de fundamentação adequada acerca dos demais termos da expressão impugnada”* (eDOC 15, p. 6)

No mérito, reputou presente a alegada inconstitucionalidade formal, tendo em vista a competência privativa da União para dispor sobre sobre processo e julgamento dos crimes de responsabilidade (art. 21, inciso I, CRFB). No que se refere à inconstitucionalidade material, sustenta que a autorização assemblear encontra-se em consonância, por simetria, com as regras estabelecidas nos arts. 51, I e 86, *caput*, CRFB, bem como que as disposições *“(...) contribuem para resguardar o exercício das funções do Poder Executivo de eventuais arbitrariedades e interferências indevidas, em atendimento ao princípio da separação dos Poderes, previsto no artigo 2º da Carta da República”* (eDOC 15, p. 11)

O Procurador-Geral da República lavrou parecer em que defende a procedência total da presente ação. Afirma ser incabível a aplicação do princípio da simetria na hipótese, dado caráter excepcionalíssimo da condição de procedibilidade prevista no art. 51, I, CRFB, sob pena de afronta aos princípios invocados na inicial. Para além da inconstitucionalidade formal, aduz que a autorização assemblear para

ADI 4781 / MS

processamento de ação penal contra o Chefe do Executivo no curso do respectivo mandato favorece a impunidade ao criar *“dificuldade quase incontornável”* (eDOC 18).

Solicitadas informações quanto à vigência dos dispositivos impugnados (eDOC 23), trouxe-se aos autos a informação de que os dispositivos encontram-se em vigor (eDOCs 26, 28 e 31).

É o relatório. Decido.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, nos termos da Lei nº 9.868/1999 e do art. 5º do RISTF, é, como regra, do Plenário a competência para o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade.

Ocorre, entretanto, que, no julgamento da ADI 4798, de relatoria do Min. Celso de Mello, redator para o acórdão Min. Roberto Barroso, ocorrido na data de 04.05.2017, a Corte deliberou por autorizar os Ministros a decidirem monocraticamente matéria em consonância com o entendimento firmado naquela ação (eDOC 24 da ADI 4798).

Na mesma oportunidade, o Tribunal, por unanimidade, nos termos do que proposto pelo Ministro Roberto Barroso, fixou a seguinte tese, a figurar como uma proposta de súmula vinculante: **“É vedado às unidades federativas instituírem normas que condicionem a instauração de ação penal contra o Governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo.”**

Nesse sentido, nos termos da supracitada delegação plenária, e em virtude da identidade da questão jurídica discutida na presente ação e na ADI 4798, passo, em caráter excepcional, ao julgamento monocrático da presente ação direta de inconstitucionalidade.

ADI 4781 / MS

Dito isso, entendo estarem presentes os requisitos de cognoscibilidade da presente ação – notadamente a legitimidade do Requerente e a adequação da ação ajuizada – e passo ao exame do mérito da ação.

1 – PREMISSAS

1.1 – O CONVITE AO DEBATE E AO DIÁLOGO

Está em pauta a cognição e o debate sobre a constitucionalidade da exigência de autorização da Assembleia Legislativa para o processamento de Governador de Estado por crime comum perante o Superior Tribunal de Justiça, bem como os limites do poder constituinte estadual sobre a matéria e a competência exclusiva da União para legislar sobre norma de processo e julgamento de crimes de responsabilidade.

O desate desse nó passa, ao fim e ao cabo, pela compreensão da nossa República e do Estado Democrático de Direito em que ela se constitui (art. 1º, CRFB).

Mais do que isso, a complexidade ganha corpo à luz de dois elementos indissociáveis por expressa escolha constitucional: República e Federação (art. 1º, *caput*, e 60, §4º, I, CRFB). Ambos, frise-se, a serem constantemente reconciliados e concretizados, em franco diálogo com a concreta, mas nunca estanque, separação de Poderes (art. 2º, CRFB) esquadriada pela Constituição.

Como é sabido, não se trata de temática desconhecida desta Corte, tendo inclusive sido objeto de recentes decisões nas ADI 4.791, Rel. Min. Teori Zavascki, e 4.792 e 4.800, Rel. Min. Cármen Lúcia (DJe 23.04.2015), todas elas julgadas na sessão de 12.02.2015.

ADI 4781 / MS

Em deferência à colegialidade e aos precedentes que emanam do Plenário, inteirei-me pormenorizadamente dos fundamentos lançados, bem como dos debates naquela ocasião travados.

Da leitura dos acórdãos, porém, verifica-se nítida sinalização desta Corte quanto à possibilidade de revisão da tese então prevalecente.

Como aduz o professor Conrado Hübner Mendes, “há algo moral e politicamente relevante em uma decisão que expressa, sob qualquer forma sutil que possa encontrar, o reconhecimento de sua potencial reversibilidade no futuro (mesmo que não seja o caso de sua efetiva revogação).” (Tradução livre de: “*There is something morally and politically relevant in a decision that expresses, in whatever subtle form it may find, the awareness of its potential reversibility in the future (even if actual reversal turns out not to be the case)*”). MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 139).

Em meu sentir, tal relevância se consubstancia sobremaneira no convite ao diálogo. E a este chamamento específico, com a devida vênia aos que entendem em sentido diverso, passo a responder nesta decisão.

É preciso, ainda, ter no horizonte a compreensão de que, na esteira de Jack M. Balkin, mesmo que na materialidade se possa constatar haver compromissos constitucionais ainda não completamente implementados, ou mesmo garantias que não tenham se frutificado em práticas concretas, ainda assim é possível proceder a uma leitura redentora da Constituição.

Como explica o professor de Yale, a redenção a que aduz dá-se no sentido de uma mudança que realiza uma promessa do passado, ou seja, mediante a qual a Constituição “*torna-se aquilo que prometeu que seria, mas nunca foi*”, respondendo, assim, às constantes alterações circunstanciais e temporais (BALKIN, Jack. M. *Constitutional Redemption: Political Faith in*

ADI 4781 / MS

an Unjust World. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 5-6).

É com base nessas considerações iniciais que enfrento as questões postas nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade, quais sejam, a alegada inconstitucionalidade das expressões “*declarar, pelo voto de dois terços dos Deputados, a procedência da acusação contra o Governador, nos crimes de responsabilidade*” (inciso XVII do art. 63); “*processar e julgar o Governador do Estado nos crimes de responsabilidade*” (inciso XIX do art. 63); “*suspender, se declarar procedente a acusação, nos crimes comuns e de responsabilidade, o exercício do mandato do Governador do Estado*” (inciso XX do art. 63); “*nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pela Assembléia Legislativa, se recebida a denúncia por dois terços de seus membros*” (inciso II do art. 92), e, por fim, o trecho “*conceder licença para processar o Governador do Estado nos crimes comuns*”, constante do inciso XVIII do art. 63, todos da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul.

Antes, verticalizo pontualmente a concretude a ser dada na hipótese ao princípio republicano (art. 1º, *caput*, CRFB).

1.2 – A REPÚBLICA E O REPUBLICANISMO

É preciso, na esteira de Fábio Konder Comparato, **redescobrir o espírito republicano**, já enunciado e positivado no art. 1º da Constituição da República (COMPARATO, Fábio Konder. Redescobrimo o Espírito Republicano, *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 32, n. 100, dez. 2005, p. 99-117).

Para além da oportuna discussão sobre as *virtudes republicanas* esperadas daqueles que ocupam cargos públicos, tem-se que em sua significação contemporânea (o republicanismo, em suas variadas correntes), apresenta no mínimo um denominador comum. Na esteira da boa síntese feita por Roberto Gargarella, este se desvela a partir de uma

ADI 4781 / MS

concepção antitirânica e de reivindicação de liberdade para que os cidadãos possam buscar seus próprios objetivos (GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls: um Breve Manual de Filosofia Política*. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 186 e ss.).

Pode-se compreender, assim, tanto na Filosofia quanto na Teoria Política, a ideia de que a liberdade republicana não se confunde tão somente com uma abstenção ou com a noção de não intervenção ocasional.

Como bem posto por Frank Lovett:

“A concepção republicana de liberdade política visa a capturar essa percepção [de que a liberdade política pode ser melhor compreendida como uma espécie de relacionamento estrutural que existe entre pessoas ou grupos, ao invés de um evento contingente] tão diretamente quanto possível. **Ela define liberdade como uma espécie de independência estrutural – como a condição de não estar sujeito ao arbitrário ou incontrolável poder de um senhor.** Pettit, que mais do que ninguém buscou desenvolver essa concepção republicana de liberdade filosoficamente, coloca-a assim: **uma pessoa ou grupo goza de liberdade na medida que nenhuma outra pessoa ou grupo tem ‘a capacidade de interferir arbitrariamente nos seus assuntos’**”.

(Tradução livre de “*The republican conception of political liberty aims to capture this insight [that political liberty might best be understood as a sort of structural relationship that exists between persons or groups, rather than as a contingent event] as directly as possible. It defines freedom as a sort of structural independence—as the condition of not being subject to the arbitrary or uncontrolled power of a master. Pettit, who has done more than anyone else to develop this republican conception of freedom philosophically, puts it thus: a person or group enjoys freedom to the*

ADI 4781 / MS

*extent that no other person or group has 'the capacity to interfere in their affairs on an arbitrary basis'" (LOVETT, Frank. Republicanism In: Edward N. Zalta (Org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2016 Edition)*. Stanford: The Metaphysics Research Lab, 2016. Disponível online em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/republicanism/>>. grifei)*

Dessa forma, a noção de um cidadão livre, frise-se, em um Estado com feição republicana e ancorado constitucionalmente no fundamento maior da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e na igualdade que esta pressupõe (art. 5º, *caput*, CRFB), está atrelada também a uma relevante dimensão intersubjetiva de reconhecimento de tal condição pelos concidadãos e pelo Estado, em uma cultura de proteção dos direitos fundamentais (GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 63-64).

Trazida para a dimensão do exercício do poder pelo Estado, tem-se que talvez a principal contribuição do republicanismo resida na busca de um desenho institucional adequado à divisão de Poderes (consagrada em nossa Constituição republicana em seu art. 2º), impedindo-se, com isso, o seu uso arbitrário ou irrefreável.

Quando se enlaçam ambas as perspectivas, é possível dizer, na esteira de Philip Pettit, e especialmente naquilo que é relevante para a presente ação e se refere à criminalização de condutas, que:

“O que importa para uma teoria republicana é que ninguém tenha que depender da boa vontade dos demais para poder exercer suas liberdades básicas e, particularmente, que não se tenha que depender da boa vontade dos demais para evitar as intrusivas incursões alheias que são consideradas como crimes na maioria dos países”.

(Tradução livre de: *“What matters in republican theory is that*

ADI 4781 / MS

no one has to depend on the goodwill of others for being able to exercise their basic liberties and, in particular, that they do not have to depend on the goodwill of others for avoiding the intrusive incursions that get to count in most countries as crimes". PETTIT, Philip. Criminalization in Republican Theory. In: DUFF, R.A, FARMER, L., MARSHALL, S.E., RENZO, M. e TADROS, V. (Org.). *Criminalization: The Political Morality of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 132-150, p. 140; grifei)

Novamente merecem transcrição as precisas reflexões do professor da Universidade de Princeton:

“A lição é de que [se nós desejamos evitar assumir uma forma de dominação arbitrária] os instrumentos utilizados pelo estado republicano devem ser, na medida do possível, não manipuláveis. Desenhados para promover determinados fins públicos, devem eles ser resistentes ao máximo a ser empregados de uma forma arbitrária ou, talvez, seccional. Ninguém, indivíduo ou grupo, deve possuir discricionariedade sobre como os instrumentos serão utilizados. Ninguém deve poder tomá-los para si: nem alguém que seja completamente bondoso e zeloso pelo bem público, nem, certamente, alguém que seja responsável por intervir na vida de seus concidadãos em favor de seus próprios interesses seccionais. As instituições e as iniciativas não devem permitir a manipulação ao capricho individual de quem quer que seja.

(Tradução livre de: *“The lesson is that [if we want to avoid assuming an arbitrary dominating form] the instruments used by the republican state should be, as far as possible, non-manipulable. Designed to further certain public ends, they should be maximally resistant to being deployed on an arbitrary, perhaps sectional, basis. No one individual or group should have discretion in how the instruments are used. No one should be able to take them into their own hands: not someone who is entirely beneficent and public-spirited, and certainly not someone who is liable to interfere for their own sectional ends in the lives of their fellow citizens. The*

ADI 4781 / MS

institutions and initiatives should not allow of manipulation at anyone's individual whim". PETTIT, Philip. *Republicanism: a Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 173; *grifei*)

Ou seja, é relevante para se aferir a constitucionalidade da exigência de autorização da Assembleia Legislativa para o processamento de Governador de Estado por crime comum perante o Superior Tribunal de Justiça, **não apenas a redescoberta do princípio republicano, mas averiguar a possibilidade de sua concreta redenção.**

Isso tendo como norte a busca, na tessitura constitucional, de elemento que seja apto a justificar, ou não, o afastamento, ainda que temporário e com motivação exclusivamente política da Assembleia Legislativa local, da jurisdição criminal em face de um cidadão alçado, pelo sufrágio popular, à condição de Governador.

Refutável, pois, se mostra a autorização assemblear. Quatro são os argumentos que passo a expor nessa direção.

2 – DA INEXISTÊNCIA E IMPOSSIBILIDADE DE OBRIGATORIEDADE DE AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO GOVERNADOR POR CRIME COMUM PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1 – Ausência de previsão expressa e inexistência de simetria

A Constituição da República de 1988 em nenhum de seus dispositivos previu a exigência de autorização prévia da Assembleia Legislativa para o processamento e julgamento do Governador de Estado por crimes comuns perante o Superior Tribunal de Justiça. **Não há, assim, fundamento normativo-constitucional exposto que faculte aos Estados possuírem em suas Constituições estaduais a exigência de autorização prévia da Assembleia Legislativa para o processamento e julgamento**

ADI 4781 / MS

de Governador por crime comum perante o STJ. Tanto é assim que a Constituição, quando dispõe sobre a competência do STJ para o processamento e julgamento de Governadores por crime comum (art. 105, I, a, CRFB), não exige a autorização prévia das Assembleias Legislativas dos Estados.

Todavia, ainda assim, é recorrente a existência de previsão nas Constituições estaduais de que o processamento e julgamento do Governador por crime comum exige, previamente, autorização da Assembleia Legislativa. Em geral tais previsões têm sido sustentadas sob o argumento de seguimento ao assim denominado Princípio da Simetria. Vale dizer, diversas Constituições estaduais estabeleceram ao Chefe do Poder Executivo Estadual, de forma supostamente simétrica, as mesmas regras de afastamento para processamento e julgamento por crime comum do Presidente da República previstas no art. 51, I e no art. 86, *caput*, §1º, I, ambos da Constituição da República.

Se o princípio democrático que constitui nossa República (art. 1º, *caput*, CRFB) se fundamenta e se concretiza no respeito ao voto popular, à eleição direta dos representantes do povo, qualquer previsão de afastamento do Presidente da República, tal como o disposto no art. 51, I e no art. 86, *caput*, §1º, I, da Constituição, se afigura medida excepcional. E como medida excepcional, é ela sempre prevista de forma expressa e taxativa. Exceções, via de regra, não se inferem. Ao contrário, se preveem expressamente. O afastamento do Presidente da República é medida excepcional e, no caso de crime comum, seu processamento e julgamento deverá ser precedido de autorização pela Câmara dos Deputados (art. 51, I; art. 86, *caput*, §1º, I, CRFB). Tal exigência foi expressamente prevista apenas para o Presidente da República, Vice-presidente e Ministros de Estado, e para mais nenhum outro cargo público. E assim o foi em razão das características e competências que moldam e constituem o cargo de Presidente da República (e que não se verificam no cargo de Governador de Estado).

ADI 4781 / MS

O Presidente da República é Chefe de Governo e Chefe de Estado. Sua ausência importa não apenas lacuna na direção e gestão do Estado (Chefe de Governo), mas também ausência na representação do Estado brasileiro perante a comunidade internacional, bem como falta de defesa da soberania nacional (Chefe de Estado). Por essa razão, o afastamento do Presidente da República para processamento e julgamento de crimes comuns exige autorização prévia da Câmara dos Deputados (art. 51, I; art. 86, *caput*, §1º, I, CRFB). Afastar um Presidente significa, assim, afastar não apenas o Chefe de Governo, responsável pela direção e gestão do Estado, mas também afastar o Chefe de Estado, o responsável pela soberania nacional, representante por excelência do Estado brasileiro perante os demais países e organizações internacionais. Dada a gravidade do cargo e das funções, o constituinte definiu que o afastamento de Presidente da República por crime comum deve ser precedido de autorização da Câmara dos Deputados. O mesmo, no entanto, não pode valer para o Governador, que exerce o cargo de direção e gestão do Estado federado. Diante disso, o que se verifica é, portanto, a extensão indevida de uma previsão excepcional válida para o Presidente da República e inexistente e inaplicável ao Governador do Estado.

Sendo a exceção prevista de forma expressa, não pode ela ser trasladada como se regra fosse ou como se estivesse cumprindo a suposta exigência de simetria para o Governador do Estado. **Não há qualquer simetria aqui a ser observada.** Em outras palavras, sendo a exceção prevista de forma expressa apenas para o Presidente da República, deve seguir-se a regra, qual seja, a de impossibilidade de extensão de tal previsão para outros ocupantes de cargo público, como os Governadores dos Estados. As eventuais previsões nas Constituições estaduais são, a despeito de se fundamentarem em suposto respeito ao texto constitucional, evidente ofensa e usurpação das regras constitucionais.

ADI 4781 / MS

Ademais, como é sabido, este Tribunal em diversas oportunidades já assentou a exclusividade do disposto no Art. 86, §§ 3º e 4º, CRFB, vale dizer, a imunidade de prisão cautelar e a *temporária irresponsabilidade por atos estranhos ao exercício de suas funções* tão somente ao ocupante do cargo de Presidente da República, dada a relevância institucional do cargo.

Nesse sentido, igualmente afastou-se a aplicação analógica do disposto no art. 51, I, CRFB, ao Governador de Estado quando diante de pedido de prisão preventiva (como se colhe do precedente HC 102.210, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 06.05.2010).

Tratando-se o art. 51, I, CRFB, de cláusula que excepciona uma regra geral prevista no sistema, qual seja, a ausência de condição de procedibilidade política para o processamento de ação penal pública, é preciso que se proceda a uma leitura do mencionado dispositivo à luz do princípio republicano (art. 1º, *caput*, CRFB).

E nessa dimensão, verifica-se que essa regra excepcional tão somente se justifica sob o ponto de vista republicano a partir da noção de que as razões de sua instituição no texto constitucional são umbilicalmente ligadas ao relacionamento que tais autoridades possuem com o Presidente da República.

Conectam-se, assim, com a preservação de um relevante papel institucional, e não criam, nessa dimensão específica, qualquer *déficit* que afaste a esfera *republicana* e *isonômica* (art. 1º e 5º, *caput*, CRFB) de proteção de que desfrutam todos os cidadãos. Ou seja, não correspondem a um afastamento da intensidade da proteção penal de determinados bens jurídicos.

Vale dizer, a ressalva constante no art. 51, I, CRFB, está conectada com uma *proteção* do Presidente da República, não se revelando, de qualquer modo, como um afastamento ilegítimo do regime geral de

ADI 4781 / MS

responsabilização criminal e, nessa dimensão, dependente de uma prévia manifestação de órgão político (Câmara dos Deputados).

O dispositivo previsto no art. 51, I, CRFB, portanto, serve para resguardar o Presidente da República diante da lacuna existente em face de eventuais *crimes conexos* praticados com as autoridades ali declinadas, de modo a permitir o julgamento conjunto, tal como ocorre em caso de julgamento de *crime de responsabilidade* pelo Senado Federal (art. 52, I, CRFB).

Assim, a conclusão é de que tal dispositivo não comporta interpretação extensiva aos Governadores de Estado, dada a ínsita diferença entre tal previsão e aquela atribuída pela Constituição da República ao Presidente.

Ademais, percebe-se, ainda, que o argumento da *regularidade* e *continuidade* das atividades no Estado diante do recebimento de ação penal e afastamento do Governador há que ser igualmente rechaçado por esta Corte. Isso se dá tendo em mira que, ao secundar a possibilidade de prisão cautelar de Governador de Estado, assim o fez esta Corte porque, para além de o disposto no Art. 86, §§ 3º e 4º, CRFB, ter sido previsto expressamente para o Presidente da República, a própria Constituição prevê agente que possa substituir o Governador regularmente em suas atividades, qual seja, o Vice-Governador (art. 28, *caput*, CRFB), eleito com ele conjuntamente.

Frise-se, por oportuno, que a compreensão acima exposta permite, com a devida vênia de eventual entendimento em sentido contrário, que se afaste a compreensão de que a modificação na ordem constitucional realizada pela Emenda à Constituição 35/2001 limitar-se-ia aos congressistas dado o menor impacto que o recebimento de denúncia criminal em seu desfavor poderia gerar para regularidade da ordem institucional. Isso porque efetivamente a Constituição previu, na figura

ADI 4781 / MS

do Vice-governador, uma autoridade dotada das competências e da legitimidade popular necessária para dar continuidade às atividades ínsitas do Governador do Estado. Não há, portanto, diferença significativa a legitimar tratamento diferenciado do ponto de vista constitucional.

2.2 – Ofensa ao princípio republicano (art. 1º, *caput*, CRFB)

Afastado o argumento de suposta obediência à simetria, é de se ressaltar que a exigência de autorização prévia da Assembleia Legislativa para processamento e julgamento de Governador do Estado por crime comum perante o STJ traz como consequência o congelamento de qualquer tentativa de apuração judicial das eventuais responsabilizações criminais dos Governadores por cometimento de crime comum. Tal previsão afronta a *accountability*, a responsividade exigida dos gestores públicos, ferindo, assim, o princípio republicano que erige nosso Estado (art. 1º, *caput*, CRFB).

O processamento e julgamento de Governador do Estado por crime comum já foi alçado à jurisdição especial do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, a, CRFB) para o fim de se evitar que a persecução criminal contra o Governador esteja permeada por vícios ou influências políticas regionais. Querer estabelecer, além dessa prerrogativa, uma condição de procedibilidade não prevista pela Constituição é estabelecer privilégio antirrepublicano.

2.3 – Ofensa à separação de Poderes (art. 2º, *caput*, CRFB) e à competência privativa da União (art. 22, I, CRFB)

A exigência de autorização prévia de Assembleia Estadual para o processamento e julgamento de Governador do Estado por crime comum perante o STJ ofende ainda a separação de Poderes (art. 2º, *caput*, CRFB), pois estabelece uma condição não prevista pela Constituição para o

ADI 4781 / MS

exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário, fica impedido de exercer suas competências e funções até que se proceda à autorização prévia do Poder Legislativo estadual. Esse tipo de restrição ao exercício da jurisdição é sempre excepcional, devendo ser, assim, expresso pela Constituição da República. A Constituição, no entanto, nada previu sobre isso. Nesses casos, onde a Constituição foi silente, deixa-se claro que vale a regra. Ou seja, se não há previsão constitucional de tal condição de procedibilidade para o exercício da competência do STJ, não podem as Constituições estaduais imporem tal requisito, sob pena de restrição não prevista ou autorizada às competências do STJ. Admitir essa autorização prévia seria aceitar que o Estado, um ente da federação, estabeleça condição de procedibilidade para o exercício da jurisdição pelo STJ, órgão do Poder Judiciário consistente em tribunal nacional, e não federal. Há, assim, evidente ofensa à separação de Poderes (art. 2º, *caput*, CRFB).

Ademais disso, a previsão do estabelecimento de condição de procedibilidade para o exercício da jurisdição penal pelo STJ consistiria em norma processual, matéria de competência privativa da União (art. 22, I, CRFB) e impossível de ser prevista pelas Constituições estaduais. Neste ponto, com a devida vênia, é preciso reconhecer assistir razão jurídica à divergência inaugurada pelo e. Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 4.798, no que assenta não apenas a incompetência legislativa dos Estados membros para disciplinar as regras relativas ao processamento dos crimes de responsabilidade, mas também aquelas sobre o “afastamento automático” do governador, uma vez recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.4 Ofensa à igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB)

Na “sala de máquinas” da Constituição, na feliz expressão cunhada por Roberto Gargarella, redime-se o ideal republicano:

A via da democracia política, assim como a via da justiça

social, tem a Constituição como um de seus principais pontos de referência, mas claramente não como o único. Primeiramente, o constitucionalismo não pode ser levado a cabo como se sua existência fosse independente da base material sobre a qual se sustenta. Um constitucionalismo igualitário [e, adicionaria, republicano], portanto, deve auxiliar a desafiar, ao invés de fortalecer, o tipo de injustiças (econômicas, sociais ou políticas) que ajudou a forjar. Nesse sentido, é claro que reconectar a Constituição com o igualitarismo requer, também, que este seja encorajado a entrar na sala de máquinas da Constituição para romper radicalmente um sistema representativo atualmente organizado para apartar indivíduos e governantes, dando autonomia a estes ao invés dos primeiros. Contra isso, deve-se promover um modelo de organização institucional diferente, destinado a atar os cidadãos aos seus governantes e permitir a comunicação entre eles de maneira mais fluida (Tradução livre de: *“El camino de la democracia política, como el camino de la justicia social, tienen en la Constitución a uno de sus mojones principales, pero claramente no al único. Ante todo, el constitucionalismo no puede desempeñarse como si su existencia fuera ajena a la base material sobre la que está sostenido. Un constitucionalismo igualitario, por tanto, debe ayudar a desafiar, en lugar de seguir reforzando, el tipo de injusticias (económicas, sociales, políticas) que ayudó a forjar. En este sentido, resulta claro que el reconectar a la Constitución con el igualitarismo requiere, también, que el mismo se anime a ingresar a la ‘sala de máquinas’ de la misma, para trastocar de modo radical un sistema representativo hoy preparado para separar entre súbditos y mandatarios, autonomizando a los últimos, em lugar de a los primeros. Frente a ello, debería promoverse un modelo de organización institucional diferente, orientada a vincular a los ciudadanos con sus mandatarios y permitir la comunicación entre ellos de manera más fluida”* GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2014. p. 364).

ADI 4781 / MS

Querer estabelecer tal condição de procedibilidade é alçar um sujeito à condição de desigual, supostamente superior por ocupar relevante cargo de representação, posição, no entanto, que deve(ria) ser antes de tudo o de servidor público que é. A autorização prévia de Assembleias estaduais para o processamento e julgamento de Governador do Estado por crime comum perante o STJ é, assim, afronta cristalina à cláusula geral de igualdade estabelecida no art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

Imperioso destacar que a Emenda à Constituição 35/2001 alterou a redação do art. 53, §1º, CRFB, e aboliu a exigência de autorização prévia das casas legislativas para o processamento e julgamento de deputados federais e estaduais. O mesmo entendimento de valorização da igualdade e *accountability* dos representantes do povo deve ser seguido em relação aos Governadores, abandonando-se as exigências prévias que se constituem em privilégios e restrições não autorizados pela Constituição.

À luz da conformação constitucional do devido processo legal (art. 5º, XXXV, LIV, LXXVIII, CRFB) bem se percebe, quando cotejada conjuntamente com a igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB) e, especialmente, com o princípio republicano (art. 2º, CRFB) nos moldes delineados neste voto, que a solução que tem sido adotada por esta Corte, qual seja, de não fluir a prescrição criminal enquanto não houver a autorização assemblear para o processamento da ação penal (a qual, recorde-se, deita raízes no início da década de 1990, notadamente na Queixa-Crime 427, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 12.08.1992, no RE 153968, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 10.12.1993 e no RE 159230, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), nada obstante, mostra-se absolutamente insuficiente. Frise-se: insuficiente, não obstante seja a única solução viável diante da compreensão até hoje prevalecente sobre a higidez constitucional da autorização assemblear para processamento de Governador de Estado por crime comum perante o STJ.

ADI 4781 / MS

É preciso, portanto, superar os precedentes desta Corte na dimensão de uma **redenção republicana**, vale dizer, cumprindo a promessa republicana estampada no Art. 1º, *caput*, CRFB) diante dos reiterados e vergonhosos casos de negligência deliberada pelas Assembleias Legislativas estaduais, que têm sistematicamente se negado a deferir o processamento dos Governadores de Estado.

Conclui-se, assim, **pela inconstitucionalidade da expressão “conceder licença para processar o Governador do Estado nos crimes comuns”, constante do inciso XVIII do art. 63, da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul**, assentando a desnecessidade de autorização da Assembleia Legislativa para o processamento e julgamento do Governador por crime comum pelo STJ.

Cumpra registrar, finalmente, que a consequência lógica do reconhecimento da inconstitucionalidade é a de que, em caso de crime comum, não respondem os governadores aos fatos em condições distintas daquelas a que se sujeitam os demais cidadãos. Acertada, portanto, a conclusão a que chegou o e. Ministro Roberto Barroso, no julgamento da já mencionada ADI 4798, ao reconhecer aplicáveis aos governadores as normas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Assim, eventual afastamento não decorre de forma automática do recebimento da denúncia ou queixa-crime, visto que os Estados dele não podem legislativamente dispor, mas do poder geral de cautela conferido pelo ordenamento jurídico aos membros do Poder Judiciário.

Diante de tal entendimento, tal qual decidido pela Corte na ADI 4798, inclusive com fixação de tese sobre o tema devidamente transcrita no introito da presente decisão, aqui também se faz imperiosa a necessidade de se declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do inciso I, do art. 92, da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul, que dispõe acerca da suspensão do Governador na hipótese de recebimento de denúncia ou queixa-crime pelo STJ, em se tratando de infrações penais

ADI 4781 / MS

comuns.

3 – A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL E A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PARA O ESTABELECIMENTO DAS NORMAS DE PROCESSO E JULGAMENTO DO GOVERNADOR POR CRIME DE RESPONSABILIDADE PERANTE A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA ESTADUAL.

Assentada a inconstitucionalidade da exigência de autorização da Assembleia Legislativa para processamento do Governador por crime comum perante o Superior Tribunal de Justiça, cumpre perquirir acerca da existência ou não de usurpação de competência legislativa da União quanto às expressões normativas impugnadas constantes nos incisos XVII, XIX e XX do art. 63 e no inciso II do art. 92 da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul, que estabelecem normas processuais a serem observadas pela Assembleia Legislativa respectiva no julgamento do Governador por crimes de responsabilidade.

Nesse ponto, verifico tratar-se de tema já pacificado pela Corte, inclusive em sede de súmula vinculante. O STF, por unanimidade, aprovou a proposta de conversão da Súmula nº 722, editando a Súmula Vinculante nº 46, que recebeu a seguinte redação:

“A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União.”

Ou seja, a previsão do estabelecimento de normas de processo e julgamento referentes aos crimes de responsabilidade consiste em norma processual, matéria de competência privativa da União (art. 22, I, CRFB), não se admitindo sua previsão pelas Constituições estaduais.

Dessa forma, em conformidade com o acertado entendimento do Tribunal acerca da incompetência do Estado-membro para legislar acerca

ADI 4781 / MS

de processo e procedimento em se tratando de crime de responsabilidade, e na esteira do que decidido pelo Tribunal, no julgamento das ADIs 5540 e 4798, impõe-se julgar **procedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade para:**

(i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “*conceder licença para processar o Governador do Estado nos crimes comuns*”, constante do inciso XVIII do art. 63 da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul;

(ii) declarar a inconstitucionalidade das expressões “*declarar, pelo voto de dois terços dos Deputados, a procedência da acusação contra o Governador, nos crimes de responsabilidade*”; “*processar e julgar o Governador do Estado nos crimes de responsabilidade*”; “*suspender, se declarar procedente a acusação, nos crimes comuns e de responsabilidade, o exercício do mandato do Governador do Estado*”; “*nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pela Assembléia Legislativa, se recebida a denúncia por dois terços de seus membros*”, contidas, respectivamente, nos incisos XVII, XIX e XX do art. 63 e no inciso II do art. 92, todos da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul.

(iii) declarar a inconstitucionalidade por arrastamento do inciso I do art. 92 da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 8 de maio de 2017.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente