



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 168508 - ES (2022/0232245-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : MARCO CESAR DE PAIVA AGA
ADVOGADOS : IGOR SANT'ANNA TAMASAUSKAS - SP173163
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI - SP163657
DAVI LAFER SZUVARCFUTER - SP337079
TIAGO SOUSA ROCHA - SP344131
THIAGO WENDER SILVA FERREIRA - SP452529
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : JAIR DEMUNER

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. COMPETÊNCIA. DESVIO DE RECURSOS ORIUNDOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CRIMES QUE NÃO POSSUEM RELAÇÃO COM A FUNÇÃO DESEMPENHADA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO TRIBUNAL PLENO DO STF EM QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL N. 937/RJ. NOVO ENTENDIMENTO SEGUIDO POR ESTA CORTE SUPERIOR. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. *Conforme se percebe em pesquisa, na jurisprudência desta Corte, tem-se entendido, de maneira ampla, que os desvios de verbas do Sistema Único de Saúde - SUS - atrai a competência da Justiça Federal, tendo em vista o dever de fiscalização e supervisão do governo federal. (AgRg no RHC n. 156.413/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.)*

2. O privilégio de foro tem sido objeto de discussão e as hipóteses estão sendo reduzidas, com clara tendência à extinção. O Supremo Tribunal Federal, seguindo essa tendência, tem adotado uma abordagem restritiva e, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ, firmou entendimento no sentido de somente admitir o foro por prerrogativa de função apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

3. A prerrogativa de foro é outorgada *ratione muneris* a determinadas autoridades em razão da natureza de certos cargos ou ofícios titularizados por aquele que sofre persecução penal. Originalmente pensado como uma necessidade de assegurar a independência de órgãos e garantir o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes, esse foro atualmente, dada a evolução do pensamento social, provocada

por situações inexistentes no passado, impõe a necessidade de que normas constitucionais que o estabelecem sejam interpretadas de forma restritiva. Assim, deve-se conferir ao texto do art. 105, I, "a", da CF a interpretação de que as hipóteses de foro por prerrogativa de função no STJ restringem-se aos casos de crime praticado em razão e durante o exercício de cargo ou função. (QO na APn n. 857/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, relator para acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Corte Especial, julgado em 20/6/2018, DJe de 28/2/2019.)

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de maio de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 168508 - ES (2022/0232245-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : MARCO CESAR DE PAIVA AGA
ADVOGADOS : IGOR SANT'ANNA TAMASAUSKAS - SP173163
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI - SP163657
DAVI LAFER SZUVARCFUTER - SP337079
TIAGO SOUSA ROCHA - SP344131
THIAGO WENDER SILVA FERREIRA - SP452529
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : JAIR DEMUNER

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. COMPETÊNCIA. DESVIO DE RECURSOS ORIUNDOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CRIMES QUE NÃO POSSUEM RELAÇÃO COM A FUNÇÃO DESEMPENHADA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO TRIBUNAL PLENO DO STF EM QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL N. 937/RJ. NOVO ENTENDIMENTO SEGUIDO POR ESTA CORTE SUPERIOR. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. *Conforme se percebe em pesquisa, na jurisprudência desta Corte, tem-se entendido, de maneira ampla, que os desvios de verbas do Sistema Único de Saúde - SUS - atrai a competência da Justiça Federal, tendo em vista o dever de fiscalização e supervisão do governo federal. (AgRg no RHC n. 156.413/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.)*

2. O privilégio de foro tem sido objeto de discussão e as hipóteses estão sendo reduzidas, com clara tendência à extinção. O Supremo Tribunal Federal, seguindo essa tendência, tem adotado uma abordagem restritiva e, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ, firmou entendimento no sentido de somente admitir o foro por prerrogativa de função apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

3. A prerrogativa de foro é outorgada *ratione muneris* a determinadas autoridades em razão da natureza de certos cargos ou ofícios titularizados por aquele que sofre persecução penal. Originalmente pensado como uma necessidade de assegurar a independência de órgãos e garantir o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes, esse foro atualmente, dada a evolução do pensamento social, provocada

por situações inexistentes no passado, impõe a necessidade de que normas constitucionais que o estabelecem sejam interpretadas de forma restritiva. Assim, deve-se conferir ao texto do art. 105, I, "a", da CF a interpretação de que as hipóteses de foro por prerrogativa de função no STJ restringem-se aos casos de crime praticado em razão e durante o exercício de cargo ou função. (QO na APn n. 857/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, relator para acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Corte Especial, julgado em 20/6/2018, DJe de 28/2/2019.)

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto por MARCO CÉSAR DE PAIVA AGA, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, proferido no julgamento do HC n. 5005978-06.2022.4.02.0000.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra o recorrente e contra o corréu Jair Demuner, imputando-lhes a prática dos crimes de peculato-desvio e peculato-apropriação (art. 312 do Código Penal). Segundo a peça inaugural, entre os meses de janeiro e setembro de 2012, os denunciados desviaram recursos financeiros repassados pelo Governo Federal e pelo Governo Estadual à Associação Beneficente dos Ferroviários da Estrada de Ferro Vitória-Minas (ABF), aplicando em finalidade diversa. Na época dos fatos, Marco César de Paiva Aga presidia a mencionada associação (e-STJ, fls. 78-126).

Após o recebimento da denúncia (e-STJ, fls. 327-329), a defesa impetrou *habeas corpus* aduzindo a incompetência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, além de nulidade das investigações, considerando que, à época em que elas ocorreram, o ora recorrente detinha foro por prerrogativa de função.

A ordem foi denegada (e-STJ, fls. 2574-2577), dando ensejo à interposição deste recurso ordinário (e-STJ, fls. 2589-2623) em cujas razões argumenta-se em favor da reforma do acórdão, sob a alegação de que a incompetência da Justiça Federal está caracterizada, tendo em vista a inexistência de prejuízo *a qualquer bem, serviço ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas* (e-STJ, fl. 2596). Segue afirmando que a denúncia apenas menciona o Sistema Único de Saúde, sem indicar em que medida os desvios afetaram bens, serviços ou interesses da União. Assevera que o fato de o Hospital dos Ferroviários — administrado pela ABF — integrar o Sistema Único de Saúde não é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, pois não há demonstração de lesão a bens ou serviços da entidade federal.

O segundo ponto abordado pelo recorrente diz respeito à suposta invalidade das provas obtidas mediante atos investigatórios autorizados, pois investigado detinha foro por prerrogativa de função, pois era Prefeito do Município de Casa Branca, no Estado de São Paulo à época de instauração do procedimento investigatório criminal.

Destaca ser inaplicável o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ, que restringiu o alcance do foro por prerrogativa de função de parlamentares federais, entendendo que esse privilégio se aplica somente aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. Isto porque à época das investigações (iniciadas em julho de 2017) prevalecia o entendimento anterior, segundo o qual o foro por prerrogativa de função era ampliado.

Por isso, requer, liminarmente, a suspensão do processo criminal até o julgamento definitivo deste recurso, por meio do qual pretende a declaração de incompetência da 2ª Vara Federal Criminal de Vitória e a nulidade do procedimento investigatório criminal, praticados por autoridade incompetente em razão da prerrogativa de foro.

O pedido liminar foi **indeferido** (e-STJ, fls. 2647-2649).

Os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 2653-2663).

É o relatório.

VOTO

Conforme mencionado, o recorrente pretende o reconhecimento da incompetência do juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Vitória para o processamento e julgamento da Ação Penal n. 0005953-52.2018.4.02.5001, instaurada para apurar a suposta prática do crime de peculato.

Em primeiro lugar, a defesa aduz a incompetência da Justiça Federal, considerando a falta de demonstração de atos que importem violação de bens, serviços ou interesses da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, nos termos exigidos pelo art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.

Essa questão foi dirimida pelo Tribunal de origem nos seguintes termos (e-STJ, fls. 2574-2575):

Segundo a denúncia, em síntese, o paciente, na qualidade de presidente da Associação Civil Cidadania Brasil (ACCB) e de Procurador da Associação Beneficente dos Ferroviários da Estrada de Ferro Vitória-Minas (ABF), entre 31/01/2012 e 19/09/2012, desviou recursos públicos repassados à ABF pelo Estado do Espírito Santo através do Convênio nº 01/2012, celebrado entre o Estado do Espírito Santo e a ABF, aplicando-os em finalidade diversa daquela prevista no Plano Operativo Anual (POA), em proveito das Associações. Por essa razão, o Parquet Federal imputou ao paciente o crime de peculato-desvio previsto no art. 312, *caput*, por 153 (cento e cinquenta e três) vezes na forma do art. 71, ambos do Código Penal.

De acordo com a cláusula 6.2 do referido Convênio, parte dos recursos financeiros da avença era oriunda de transferência da União ao Fundo Estadual de Saúde, *in verbis*:

“6.2 - A parcela pré-fixada importa em R\$ 11.083.969,86 (onze milhões, oitenta e três mil, novecentos e sessenta e nove reais e oitenta e seis centavos), a ser transferida à CONVENIENTE em parcelas fixas duodecimais de R\$ 909.598,30 (novecentos e nove mil, quinhentos e noventa e oito reais e trinta centavos), conforme o quadro de detalhamento, e **oneram recursos de transferência da União ao Fundo Estadual de Saúde** e recursos próprios da concedente.” (grifei)

A cláusula 6.3 prevê expressamente que a concedente “efetuará o repasse das verbas de que trata esse convênio (média complexidade ambulatorial e internação - parte pré-fixada) na mesma proporção que o Ministério da Saúde efetuar os repasses.” (evento 01, OUT4, págs. 03/04).

Na cláusula 6.13 também há menção expressa sobre a existência de recursos federais no Convênio, sendo seus respectivos valores demonstrados no quadro de detalhamento constante no evento 01, OUT4, págs.05/06, que ora reproduzo:

(...)

Há, portanto, evidente comprometimento de recursos federais na execução do objeto do Convênio, o qual era o de integrar a conveniente-ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE FERROVIÁRIOS DA ESTRADA DE FERRO VITÓRIA A MINAS, ao Sistema Único de Saúde – SUS, definindo “a sua inserção na rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, a serem prestados aos municípios que Integram a região de saúde na qual o HOSPITAL está inserido, visando à garantia da atenção integral à saúde, nos exatos termos do Plano de Operativo Anual - POA, constante no Anexo I, o qual se torna parte integrante e indissociável do presente instrumento”, conforme previsto em sua cláusula 1.1.

O entendimento jurisprudencial desta Corte é no sentido de que as verbas transferidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) aos fundos dos entes federados, mesmo se incorporadas aos respectivos fundos, não deixam de ser federais, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU).

Sobre esse tema, em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RHC n. 142.308/DF, decidiu que, por serem verbas federais sujeitas a fiscalização pelo TCU, a competência para o processamento e julgamento de feitos criminais envolvendo desvio de verbas oriundas do SUS é da Justiça Federal, nos termos do art.

109, inciso IV, da Constituição Federal. Essa linha de entendimento, aliás, apenas consolida posicionamento já adotado pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, dentre os quais cito o RHC n. 98.564/DF, Rel. Min. Eros Grau, de 6 de novembro de 2009; o ARE 1.015.386 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, de 29 de setembro de 2018; ARE n. 1.136.510 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, de 6 de setembro de 2018, dentre outros.

Ainda nesse sentido cito:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESVIO DE RECURSOS ORIUNDOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA. EFEITO ATIVO. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO MINISTERIAL. REQUISITO NÃO ATENDIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Ministério Público Estadual, por meio de medida cautelar inominada, obteve provimento judicial favorável ao prosseguimento da ação penal movida em desfavor da agravada perante o juízo estadual, após decisão declinatória da competência.
2. Entretanto, não se constata a plausibilidade jurídica da pretensão ministerial. Isto porque a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou-se no sentido de que, independentemente da forma como se deu o repasse de verbas federais - mediante transferência obrigatória ou voluntária - remanesce o interesse da União quanto à destinação dada aos recursos provenientes do Sistema Único de Saúde.
3. Portanto, mostra-se temerário o prosseguimento do feito perante a Justiça Estadual, ante a possibilidade de confirmação da decisão declinatória da competência.
4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 730.095/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 13/5/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS DO SUS. INCOMPETÊNCIA. RECONHECIMENTO. TEORIA DO JUÍZO APARENTE. AVALIAÇÃO DA VALIDADE DA PROVA. ATRIBUIÇÃO DO JUIZ FEDERAL. AGRAVO PROVIDO.

1. Conforme se percebe em pesquisa, na jurisprudência desta Corte, tem-se entendido, de maneira ampla, que os desvios de verbas do Sistema Único de Saúde - SUS - atraí a competência da Justiça Federal, tendo em vista o dever de fiscalização e supervisão do governo federal.
2. Não obstante o reconhecimento da incompetência do Juízo estadual, os atos processuais devem ser avaliados pelo Juízo competente, para que decida se válida ou não aqueles atos até então praticados. Aplicação da Teoria do Juízo Aparente.
3. Agravo regimental provido, para reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Estadual e determinar a remessa do feito à Justiça Federal. (AgRg no RHC n. 156.413/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESVIO DE

RECURSOS ORIUNDOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA. EFEITO ATIVO. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO MINISTERIAL. REQUISITO NÃO ATENDIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Ministério Público Estadual, por meio de medida cautelar inominada, obteve provimento judicial favorável ao prosseguimento da ação penal movida em desfavor da agravada perante o juízo estadual, após decisão declinatória da competência.

2. Entretanto, não se constata a plausibilidade jurídica da pretensão ministerial. Isto porque a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou-se no sentido de que, independentemente da forma como se deu o repasse de verbas federais - mediante transferência obrigatória ou voluntária - remanesce o interesse da União quanto à destinação dada aos recursos provenientes do Sistema Único de Saúde.

3. Portanto, mostra-se temerário o prosseguimento do feito perante a Justiça Estadual, ante a possibilidade de confirmação da decisão declinatória da competência.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 730.095/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 13/5/2022.)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. A Constituição Federal, conforme a redação do art. 71, VI, determina que o repasse de qualquer recurso da União a Estado, ao Distrito Federal ou a Município sujeita-se à fiscalização do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União.

2. As verbas transferidas pelo SUS aos fundos dos entes federados, embora incorporadas aos respectivos fundos, não deixam de ser federais, pois, conforme afirmado pelo Tribunal de Contas da União, "a competência fiscalizadora do TCU decorre da natureza federal dos recursos repassados fundo a fundo pelo FNS para Estados, Distrito Federal e Municípios", nos termos da Decisão-TCU n. 506/1997-Plenário-Ata 31/97, de modo que "os recursos repassados pela União no âmbito do SUS, aos Estados, Distrito Federal e Municípios constituem recursos federais e, dessa forma, estão sujeitos à fiscalização do TCU as ações e os serviços de saúde pagos à conta desses recursos, quer sejam os mesmos transferidos pela União mediante convênio, quer sejam repassados com base em outro instrumento ou ato legal, como a transferência automática fundo a fundo".

3. Na espécie, o Tribunal de Contas da União, nos Autos n. TC 020.078/2020-0, assentou que "os recursos financeiros utilizados na contratação em exame são oriundos da União, repassados por intermédio do Fundo Nacional de Saúde - FNS/MS, como crédito extraordinário para enfrentamento da pandemia do novo coronavírus, atraindo a competência deste Tribunal para a fiscalização de sua utilização", e concluiu que, "uma vez confirmados os indícios, [...] o caso requer também o exercício do controle punitivo pelo TCU, exigindo a identificação dos responsáveis pelas irregularidades observadas e, por conseguinte, a realização das audiências cabíveis no momento processual oportuno".

4. Segundo os elementos dos autos, no que tange ao Procedimento n. 0060.00106136/2020-61 (notas de empenho 2020NE03524, 2020NE04018 e 2020NE04019); ao Procedimento n. 0060.00159341/2020-29 (nota de empenho 2020NE03964); e aos Procedimentos n. 00060-00173692/2020-42 e n. 00060-00180684/2020-52 (fonte pagadora de código 138), há indicação de

rubrica orçamentária vinculada aos cofres da União, particularmente ao Sistema Único de Saúde, de modo que as decisões das instâncias ordinárias vão de encontro aos critérios consagrados nas decisões do TCU e desta Corte Superior.

5. Mesmo identificada a incompetência do Juízo distrital, os atos praticados não são, de plano, declarados nulos. Antes, permanecem hígidos até que a autoridade reconhecida como competente decida sobre a sua convalidação ou revogação, sendo o caso de invocar-se a assim chamada teoria do juízo aparente, para refutar a alegação de nulidade de provas determinadas por juízo que, à época, aparentava ser competente para exercer jurisdição no feito.

6. Ao menos com o olhar contemporâneo ao julgamento deste writ, já com uma situação consolidada no tempo, inviável identificar-se motivo para anular *ab initio*, tal qual pretendido, a ação penal que transcorreu perante juízo criminal distrital, visto que, até o julgamento do caso pelo TCU, em 2/9/2020, não se revelava claramente a atribuição para o controle externo, até porque a Lei n. 13.979/2020, com base na qual foi realizado o procedimento licitatório em questão, não definiu, em seu art. 4º-K, a atribuição dos órgãos de controle.

7. Recurso provido para reconhecer a incompetência da 5ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília-DF para processar e julgar a Ação Penal n. 0730627-73.2020.8.07.0001, devendo os autos ser remetidos à Justiça Federal, cabendo ao Juízo natural da causa decidir sobre a convalidação dos atos processuais.

(RHC n. 142.308/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 6/4/2021, DJe de 15/4/2021.)

O segundo ponto trazido a exame diz respeito à suposta ilicitude dos atos investigativos realizados sob supervisão da 2ª Vara Federal Criminal de Vitória, pois, à época de instauração do procedimento investigativo criminal, o recorrente ocupava o cargo de prefeito municipal em Casa Branca, no Estado de São Paulo, devendo ser julgado pelo Tribunal de Justiça, nos termos do art. 29, inciso X, da Constituição Federal.

No caso desses autos, os desvios ocorreram em 2012 e a posse do recorrente no cargo de Prefeito Municipal ocorreu em janeiro de 2017, de modo que, conforme destacou a Corte de origem, os fatos *não têm qualquer relação com o cargo, já que os crimes teriam sido cometidos pelo paciente na qualidade de presidente da Associação Civil Cidadania Brasil (ACCB) e de Procurador da Associação Beneficente dos Ferroviários da Estrada de Ferro Vitória-Minas (ABF), e não na condição de Prefeito da referida cidade.* (e-STJ, fl. 2576).

O privilégio de foro tem sido objeto de discussão e as hipóteses estão sendo reduzidas, com clara tendência à extinção. O Supremo Tribunal Federal, seguindo essa tendência, tem adotado uma abordagem restritiva e, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ, firmou entendimento no sentido de somente

admitir o foro por prerrogativa de função apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

Esse entendimento, apesar de consolidado na citada ação penal, vem sendo construído pela Corte Suprema, pelo menos, desde 2012, por ocasião do julgamento da Ação Penal n. 470/MG, quando já houve manifestações no sentido de restringir a prerrogativa de foro somente aos delitos praticados *in officio* ou *propter officium* e que guardassem conexão com o desempenho da atividade funcional.

De todo modo, a Suprema Corte consignou que as normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função devem ser interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele.

Essa decisão se coaduna com a própria razão de existir do foro privilegiado, pensado para ser um instrumento destinado a assegurar o livre exercício de funções de Estado e não para acobertar com o manto da impunidade a pessoa ocupante de cargo público. Por isso mesmo, não faz sentido estendê-lo aos crimes cometidos antes da investidura e aos que cometidos após a investidura, sejam estranhos ao exercício de suas funções.

Se o foro por prerrogativa de função for amplo e envolver qualquer crime ele se torna um privilégio pessoal que não está relacionado com a proteção do cargo. A Corte Especial do STJ, seguindo o mesmo raciocínio do STF, limitou a amplitude do foro por prerrogativa de função.

Vejam-se:

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 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 conferida 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. (AgRg na APn n. 866/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Corte Especial, julgado em 20/6/2018, DJe de 3/8/2018.)

PROCESSUAL PENAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE DA PRÓPRIA COMPETÊNCIA. PODER-DEVER DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 105, I, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DELITOS PRATICADOS EM RAZÃO E NO EXERCÍCIO DO CARGO. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça interpretar o art. 105, I, "a", da Constituição Federal, que trata de sua competência originária, hipótese em que atua como qualquer juiz, sendo, portanto, apto para conhecer de questões relativas à própria competência.

Como qualquer magistrado e tribunal, também o Superior Tribunal de Justiça tem o poder-dever de prestar a jurisdição e, para tanto, decidir, quando necessário, sobre as regras de sua competência.

No Brasil, a regra sempre foi a de controle difuso de constitucionalidade, estabelecida inclusive na atual Carta Magna.

Assim, a todo juiz compete interpretar a Constituição, não sendo função privativa do Supremo Tribunal Federal.

2. O art. 105, I, "a", da CF, ao estabelecer as regras de competência, fixou o foro especial na esfera penal, sendo prerrogativa destinada a assegurar a independência e o livre exercício de determinados cargos e funções de especial importância.

Contudo, a norma não foi fixada de forma a restringir o foro às hipóteses de crimes praticados em razão do cargo ou no exercício do mandato. Trata-se de texto aberto, cabendo ao intérprete delimitá-lo.

3. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm funções constitucionais distintas. Portanto, no que tange às regras de competência originária, não há necessidade de interpretação simétrica, ou seja, de o STJ adotar, no tocante ao texto do art. 105, I, "a", da CF, o mesmo entendimento adotado pelo STF em relação ao art. 102, I, "b" e "c", da CF.

4. A prerrogativa de foro é outorgada *ratione muneris* a determinadas autoridades em razão da natureza de certos cargos ou ofícios titularizados por aquele que sofre persecução penal. Originalmente pensado como uma necessidade de assegurar a independência de órgãos e garantir o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes, esse foro atualmente, dada a evolução do pensamento social, provocada por situações inexistentes no passado, impõe a necessidade de que normas constitucionais que o estabelecem sejam interpretadas de forma restritiva. Assim, deve-se conferir ao texto do art. 105, I, "a", da CF a interpretação de que as hipóteses de foro por prerrogativa de função no STJ restringem-se aos casos de crime praticado em razão e durante o exercício de cargo ou função.

5. A publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais constitui o marco temporal para a prorrogação da competência do STJ para julgar ações penais originárias.

6. Reconhecida a incompetência do STJ, determina-se a remessa dos autos a uma das varas criminais do Distrito Federal para prosseguimento da presente ação penal. (QO na APn n. 857/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, relator para acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Corte Especial, julgado em 20/6/2018, DJe de 28/2/2019.)

Conforme salientado, os fatos ocorreram anos antes da posse do recorrente no cargo de Prefeito Municipal e não possuem qualquer relação com as funções inerentes ao cargo, o que, com base no recente entendimento da Suprema Corte, não configura a nulidade por incompetência do Juízo de primeiro grau.

De mais a mais, *não se mostra razoável que, a partir da decisão do STF que restringiu a interpretação e o alcance das regras relativas ao foro por prerrogativa de função para parlamentares, não obstante faça menção expressa ao conceito de cargo efetivo, deixe de ser aplicado o mesmo entendimento aos demais agentes com igual foro previsto constitucionalmente* (HC n. 482.536/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe de 30/4/2019).

Em arremate, e destacando as contribuições do eminente Ministro Ribeiro Dantas na sessão de julgamento deste recurso, enfatizo que a alegação de impossibilidade de aplicação retroativa de entendimento jurisprudencial não merecem acolhida.

Em primeiro lugar, a Constituição de 1988 veda, expressamente, a aplicação retroativa da lei penal mais gravosa. Ademais, não há que se falar em atribuição de eficácia prospectiva ao entendimento consolidado pela Corte Suprema no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ, pois a redução das hipóteses de cabimento do foro privilegiado vem sendo discutida, pelo menos, desde 2012, como já mencionado, no julgamento da Apn 470/MG, também conhecida como *Mensalão*, tendo o STF, em outras oportunidades, apontado na direção de limitar as hipóteses de incidência do privilégio de foro, nos termos já mencionados no corpo desse voto.

Além disso, como bem observou o eminente Ministro Ribeiro Dantas em sua manifestação durante o julgamento deste feito, não há que se falar em prejudicialidade quanto ao afastamento do foro por prerrogativa de função. pois, o julgamento por Tribunal de Justiça ou por Corte Superior não necessariamente traduz benefício ao acusado, que passa a contar com menos possibilidades de reexame da decisão judicial proferida em seu desfavor.

Por conseguinte, estando o acórdão ora impugnado em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado pelos Tribunais Superiores, não há que se falar em constrangimento ilegal.

Diante do exposto, **nego provimento** a este recurso ordinário.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0232245-9

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 168.508 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00059332920184020000 00059535220184025001 00060358320184025001
00089094120184025001 00089406120184025001 00192133620174025001
05003183320184025001 192133620174025001 201800000059336
5003183320184025001 50059780620224020000
500597806202240200000059535220184025001 50175815020184025001
59332920184020000 59535220184025001 60358320184025001
89094120184025001 89406120184025001

EM MESA

JULGADO: 23/05/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARCO CESAR DE PAIVA AGA
ADVOGADOS : IGOR SANT'ANNA TAMASAUSKAS - SP173163
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI - SP163657
DAVI LAFER SZUVARCFUTER - SP337079
TIAGO SOUSA ROCHA - SP344131
THIAGO WENDER SILVA FERREIRA - SP452529

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : JAIR DEMUNER

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Peculato

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. THIAGO WENDER SILVA FERREIRA (PRECTE)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.