

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RÉU(É)(S) : **MARCOS DA ROCHA MENDES**
ADV.(A/S) : **CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: O Min. Roberto Barroso traz, em questão de ordem, duas questões (i) a fixação de marco para a perpetuação de jurisdição em ações penais originárias e (ii) a interpretação restritiva da competência por prerrogativa de função.

Quanto ao marco processual para perpetuação da jurisdição, o Min. Roberto Barroso sustentou que a competência do Tribunal seria fixada com o encerramento da instrução, mesmo que sobreviesse a cessação do exercício da função pública. O Min. Dias Toffoli fez adendo, até o momento seguido pela unanimidade, no sentido de que o momento preciso deveria ser a prolação do despacho que abre ao Ministério Público o prazo para alegações finais, com base no art. 10 da Lei 8.038/90. Sob esse aspecto, acompanho integralmente o voto do Relator e do Min. Dias Toffoli.

O propósito principal da afetação do caso ao Pleno foi debater proposta de limitar a competência dos Tribunais “*aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo*”. O relator foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello.

O Min. Marco Aurélio acompanhou-o em parte, sustentando que deve ser observada a prerrogativa de foro no momento do delito, a qual não seria passível de modificação posterior.

O Min. Alexandre de Moraes também acompanhou o relator apenas em parte, entendendo que a prerrogativa de foro alcança todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício. Outrossim, propôs a revogação da Súmula 704 do STF, que permite a atração da

competência por prerrogativa de função em relação a delitos conexos ou continentes (*Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados*). Ressalvou, no entanto, que seria possível o *simultaneus processus* no foro mais graduado, mas apenas se “*o fato típico for único e indivisível*”. Essa corrente foi acompanhada pelos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

Peço vênia à maioria que se forma para apontar várias questões não respondidas pelos votos precedentes, seja quanto aos fundamentos da decisão, seja quanto a suas consequências. Pretendo demonstrar que a limitação proposta é incompatível com a Constituição e não traz a almejada perspectiva de uma melhora na persecução penal.

Quanto à compatibilidade da interpretação com a Constituição, o STF compreendia a prerrogativa de foro como uma forma de assegurar um julgamento justo e livre de influências políticas. É conhecida a afirmação de Victor Nunes Leal de que a prerrogativa de foro é uma “*garantia contra e a favor do acusado*”, sendo presumível que “*os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele*” (Rcl 473, RTJ 22/50).

A prerrogativa de foro era vista como matéria “*mais de natureza constitucional e política do que processual*”, consistindo em “*garantia política da função*” (HC 58.410, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 18.3.1981).

Mais recentemente, afirmou-se que a “*jurisdição especial*” tem como “*matriz o interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam*” certos cargos públicos “*possam exercê-los em sua plenitude, com alto grau de autonomia e independência, a partir da convicção de que seus atos, se eventualmente questionados, serão julgados de forma imparcial*” (ADI 2.587, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgada em 1º.12.2004).

Portanto, sempre se viu um aspecto dúplice na prerrogativa de foro. Por um lado, seria uma garantia do ocupante da função pública contra

AP 937 QO / RJ

persecuções penais frívolas. Por outro lado, uma garantia da própria jurisdição contra pressões externas.

Uma confluência de fatores redundou em desarrumação desse sistema, que tornou o foro privilegiado insustentável, do ponto de vista prático. A Emenda Constitucional 35/2001 modificou o art. 53 da Constituição, dispensando autorização para processo dos parlamentares, a grande clientela da prerrogativa de foro no STF. Paralelamente, as persecuções penais contra autoridades se multiplicaram, tendo em vista uma série de novos delitos e de novos meios de prova que permitiram revelar crimes praticados por membros das classes políticas.

Essa nova realidade assoberbou os tribunais. O julgamento do Mensalão paralisou o STF por meses. Somente o julgamento da ação penal tomou 53 (cinquenta e três) sessões, ao longo de quatro meses e meio. No total, foram 69 (sessenta e nove) sessões de julgamento.

O Tribunal fez o que pôde para adaptar-se à nova realidade, movendo julgamentos para as Turmas e convocando magistrados instrutores. Ainda assim, está claro que a prerrogativa de foro, com a amplitude dada pela Constituição Federal, tornou-se insustentável.

O desapareço pela prerrogativa de foro foi explicitado pelo voto do Min. Celso de Mello, que afirmou que o constituinte “se afastou do postulado da igualdade”, demonstrou “*visão aristocrática e seletiva de poder*”, e que o fruto de seu trabalho, a Constituição do Brasil, “mostrou-se estranhamente aristocrática”.

No entanto, tenho que não basta a percepção do STF quanto à inconveniência da prerrogativa de foro para autorizar a reinterpretação da norma constitucional.

Os juízes do Supremo Tribunal Federal são intitulados a ter opiniões sobre a Constituição Federal. A litúrgica reverência normalmente destinada à Carta pode muito bem ser substituída pela crítica. Mas todas as instituições da República devem respeito à Constituição, mesmo a suas normas menos apreciadas. Incumbe à Corte Suprema fazer com que as decisões políticas fundamentais que regem, guardam e governam a República sejam cumpridas, ainda que lhe saibam amargas.

É ao Poder Legislativo que cabe o papel de rever más escolhas do constituinte originário, reequilibrando as forças sociais.

Citei, como em diversas outras oportunidades, a doutrina de Victor Nunes Leal a propósito da delicadeza do afazer legislativo e dos inevitáveis riscos implicados na tarefa de legislar. A passagem a que me refiro – e que tantas vezes já citei – é a seguinte:

"Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis". (LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In: **Estudos de direito público**. Rio de Janeiro, 1960. p. 7-8)

Com efeito, nunca é demasiado enfatizar a delicadeza da tarefa confiada ao legislador. A generalidade, a abstração e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam não só a importância, mas também a problemática que marca a atividade legislativa.

Sob esse aspecto, destaco os riscos envolvidos no afazer legislativo que exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam do difícil processo de elaboração normativa. A análise não se limita aos aspectos ditos "estritamente jurídicos", colhe também variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada, no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial, e não pode nunca desconsiderar a repercussão econômica, social e política do ato legislativo.

As mesmas considerações valem para a jurisdição constitucional. Também não podemos deixar de lado os riscos das decisões judiciais dessa Corte Suprema, isto é, as consequências sociais, econômicas, financeiras e jurídicas dos nossos julgamentos. Devemos considerá-los com ainda mais razão em relação àquelas decisões cujos efeitos transcendem os limites subjetivos da causa.

Portanto, há que se ter muito cuidado ao estabelecer orientações que,

AP 937 QO / RJ

ainda sob o manto da interpretação constitucional, alteram substancialmente as normas que se extraem da Constituição.

Tenho que, neste caso, o STF não está verdadeiramente interpretando a Constituição Federal, mas a reescrevendo. Para disfarçar o exercício do poder constituinte, tenta dar-lhe o verniz da interpretação jurídica das normas constitucionais.

Lembro que a restrição à prerrogativa de foro já foi vista como estratégia para a impunidade. Em agosto de 2007, quando o STF se preparava para analisar a denúncia do Mensalão, foi proposta a PEC 130/07 na Câmara dos Deputados, que tinha por escopo justamente acabar com a prerrogativa de foro. Hoje mesmo, há diversas outras propostas em tramitação buscando ampliar ou restringir a prerrogativa de foro.

Desde sempre, as constituições brasileiras têm regras sobre prerrogativa de foro. O número de autoridades contempladas já foi menor, mas a estrutura dessas normas seguiu cadeia de continuidade até o texto atual. E, desde sempre, a interpretação estabelecida, pública e notória do Poder Judiciário, foi no sentido de que a prerrogativa de foro alcança todas as acusações criminais contra a autoridade, independentemente do tempo do crime ou de sua ligação ao cargo ou função pública.

A jurisprudência do STF sobre a prerrogativa de foro é abundante e deu origem a súmulas que, por décadas, orientaram o Poder Judiciário e a elaboração de textos constitucionais.

Em 3.4.1964, o STF adotou a Súmula 394, dispondo que a competência para julgar crimes cometidos durante o mandato permanecia após sua cessação:

"Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

Processos por delitos anteriores ao exercício do mandato eram

AP 937 QO / RJ

deslocados para o foro prevalente. No entanto, retornavam à instância de origem, com a cessação da investidura. Sob outro aspecto, se o crime fosse cometido por autoridade, mas posterior a sua aposentadoria ou final do mandato, não haveria competência do Tribunal, na forma da Súmula 451:

"A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional".

Esse era o entendimento que vigia durante a Assembleia Nacional Constituinte. O objetivo foi manter a estrutura normativa vigente, na medida em que o atual art. 102, I, "b", praticamente reproduz o art. 119, I, "a", da EC 1/69.

Mesmo assim, na sessão de 25.8.1999, o entendimento foi restringido – julgamento de Questões de Ordem no Inq 687 e na AP 315. O Tribunal cancelou a Súmula 394, passando a entender que o término do mandato encerrava a competência do Tribunal, ainda que o delito tenha sido cometido em seu curso.

Ficaram vencidos quatro ministros – Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira –, que propunham mudança mais moderada: em crimes ligados ao mandato, a prerrogativa de foro se manteria após seu final.

Convém recordar o quadro normativo vigente por ocasião da modificação da jurisprudência. Na forma da redação original do art. 53 da CF, era necessária autorização da Casa legislativa respectiva para processar parlamentares federais, estaduais e distritais. Na prática, o número de autorizações era ínfimo. O STF e os Tribunais de Justiça processavam ex-parlamentares por delitos cometidos entre a diplomação e o final da legislatura.

A Lei 10.628/02 buscou afirmar que a prerrogativa de foro se mantinha após a cessação do exercício da função pública, inserindo § 1º no art. 84 do CPP, com a seguinte redação:

“§ 1º A competência especial por prerrogativa de função,

relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”.

Regra semelhante foi incluída para a ação de improbidade administrativa, no § 2º:

“§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º”.

As alterações do CPP, no entanto, foram fulminadas por ação direta de inconstitucionalidade – ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 15.9.2005. Daquela feita, fiquei vencido, juntamente com os Ministros Eros Grau e Ellen Gracie. O entendimento do Tribunal foi de que o legislador tentou alterar, pela nova legislação, a interpretação por ele assentada das normas constitucionais.

Tudo isso mostra que a restrição da prerrogativa de foro em relação aos crimes cometidos no exercício do cargo, mais ainda se ligados ao ofício, desborda não apenas do texto constitucional, mas da interpretação a ele dada ao longo da história.

A corrente que defende a restrição interpretativa não se furtou a avaliar a questão da dificuldade de compatibilizar a nova leitura com a norma lida. O Min. Roberto Barroso afirmou tratar-se de “redução teleológica” (Larenz), ou do uso da técnica da “dissociação” (Guastini), que *“consiste em reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das situações de fato previstas por ela segundo uma interpretação literal”*, para adequá-la a sua finalidade. Nessa técnica, o aplicador *“identifica uma lacuna oculta”*, a qual é *“extraída de sua própria teleologia”* (§ 33).

Citou como exemplo da utilização da técnica a interpretação restritiva dada ao art. 102, I, “r”, da CF, que confere ao STF a competência

AP 937 QO / RJ

para julgar “*as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público*”.

É inquestionável que, pela via interpretativa, pode-se afastar a aplicação de normas aos casos concretos, identificando hipóteses que, por uma interpretação finalística, estariam fora do escopo da norma.

O detalhe é que, desde 1964, com a adoção da Súmula 394 do STF, resta estabelecida e publicizada a interpretação de que o foro por prerrogativa de função prevalece em relação a qualquer delito. Pode subsistir uma lacuna oculta, se ao menos três Constituições Federais reproduziram o texto normativo, com o conhecimento de sua interpretação estabelecida?

Não há semelhança com a exegese do art. 102, I, “r”, da CF, introduzido pela Emenda Constitucional 45/04. Esse dispositivo tem redação de duvidosa técnica jurídica – CNJ e CNMP não têm personalidade jurídica, é difícil sustentar que uma ação seja propriamente contra um desses conselhos. O STF definiu o escopo da norma, estabelecendo que sua competência limita-se às ações tipicamente constitucionais (AO-QO 1.814, Rel. Min. Marco Aurélio; AO-AgR 1.680, Rel. Min. Teori Zavascki, julgadas em 24.9.2014). Certa ou errada, foi a interpretação prevalente, estabelecida tendo em vista uma norma recente e dúbia. Uma hipotética nova Constituição terá de preocupar-se com ela, adequando a redação à exegese do STF, ou deixando claro o propósito de ter um escopo mais amplo.

O esforço para equiparar as situações soa artificial.

A referência à “teleologia da norma” para afirmar a existência de lacuna oculta parte do pressuposto de que a Constituição consagra o princípio da igualdade, pelo que seria inaceitável conceder prerrogativas processuais. Essa leitura tem o mérito de demonstrar a preocupação em dar efetividade ao princípio, mas esbarra na semântica das normas constitucionais de igual valor que instituem a prerrogativa de foro. Para chegar à conclusão pretendida, tem-se que colocar o princípio da igualdade, na concepção valorativa pretendida pela corrente vencedora, acima de regras constitucionais claras.

Reputo claras as regras sobre a prerrogativa de foro, porque é o próprio texto constitucional que descola, inclusive no tempo, o foro originário do efetivo exercício da função pública.

A melhor demonstração de que não há ligação umbilical da prerrogativa de foro com o efetivo exercício da função está no art. 53, § 1º, da CF. O foro dos parlamentares não inicia com a posse. Basta a expedição do diploma para que o parlamentar seja julgado perante o Tribunal.

Não nego que, em tese, é possível cometer crimes ligados à função antes da posse. Mas impensável afirmar que o objetivo da Constituição é contemplar essa hipótese remota. O objetivo da antecipação da prerrogativa é impedir que o futuro parlamentar seja fisicamente impedido de tomar posse, por uma prisão indevida, ou tenha sua independência ameaçada, por demandas frívolas. Em ambos os casos, a prerrogativa é prioritariamente voltada para delitos não ligados à função parlamentar, já que o diplomado ainda não a exerce.

De outro lado, nem todo o crime ligado à função enseja a prerrogativa de foro.

Veja-se, por exemplo, um cidadão que, logo após a proclamação do resultado das eleições, é flagrado solicitando vantagem indevida em razão do futuro cargo. Ele deverá ser apresentado ao juiz de primeira instância para audiência de custódia, visto que, neste momento, não goza de prerrogativa de foro. Apenas quando e se for diplomado (se eleito parlamentar) ou empossado (se eleito cargo executivo) o processo será transferido para o tribunal respectivo. A mesma ideia vale para todos os demais cargos que ensejam a prerrogativa de foro. Se um cidadão indicado a Ministro do STF agredir um Senador durante a sabatina, o caso será apresentado à Justiça Federal de primeira instância. Quando e se o sujeito for empossado Ministro, os autos serão remetidos ao STF.

De outro lado, nem toda a prerrogativa de foro decorre de delito ligado à função. A prerrogativa de foro é para “infrações penais comuns” (art. 102, I, “b” e “c”), “crimes comuns” (art. 96, III, art. 105, I, “a”, art. 108, I, “a”), ou simplesmente para “julgamento” (art. 29, X, todos da CF).

Desde sempre, entende-se que o adjetivo comuns marca a diferença dos crimes de responsabilidade. Se bem compreendo a corrente vencedora, de agora em diante são definidos como comuns apenas os crimes próprios de funcionário público.

Por tudo, tenho que não há lacuna oculta nas regras de foro.

Se é certo que a Constituição não foi alterada para restringir o foro e que a interpretação das regras da prerrogativa de foro já remontam ao tempo da assembleia constituinte, tenho que uma nova e restritiva interpretação não se justificaria como uma nova interpretação. Apenas como uma mutação constitucional, amparada em *“uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma”*, ou ainda na *“força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade”*, seria possível reconhecer uma mudança da regra.

A única mudança relevante no texto da Constituição foi promovida pela Emenda Constitucional 35/2001, que dispensou a autorização para processo dos parlamentares. A disposição não alterou competências. Pelo contrário: ao eliminar uma das inviolabilidades do parlamentar – necessidade de autorização da Casa para processo penal –, tornou a prerrogativa de foro muito mais relevante. Desde então, as denúncias contra os parlamentares são efetivamente processadas.

Com a devida vênia, no caso, não temos uma mutação constitucional, mas uma nova e inconstitucional interpretação da Constituição.

Dessa forma, tenho que a interpretação proposta conflita com a norma constitucional e deve ser rechaçada.

Além do verniz de técnica jurídica, a nova interpretação vem embalada em argumentos consequentialistas. É apresentada como a solução para desafogar os tribunais, acelerar a punição de poderosos, afastar influências políticas dos processos penais.

Tenho que a nova interpretação não traz a perspectiva de uma melhora no sistema judiciário em geral, ou na persecução penal em particular.

AP 937 QO / RJ

A preocupação com o andamento dos trabalhos do STF, supostamente assoberbado pelo número de investigações e processos contra parlamentares federais, é válida. Mas o diagnóstico de que o Supremo Tribunal falha no exercício da competência penal originária é construído sem a correta avaliação das bases empíricas.

O STF vem sendo atacado por suposta lentidão e inoperância em seus julgamentos criminais. Mas o fato é que a Corte se aparelhou para enfrentar também essa frente de trabalho. Por outro lado, se buscarmos os números dos casos sob a jurisdição ordinária, veremos que a resposta penal, como um todo, não tem sido eficaz.

Um estudo intitulado “O Supremo e o Foro Privilegiado”, ligado à FGV, é sempre mencionado para afirmar a inoperância do STF em matéria penal. O estudo, “vazado” ao jornal “O Globo” em 16.2.2017, um dia depois da decisão que afetou esta questão de ordem ao julgamento do Pleno, distorce informações, no intuito de demonstrar supostas inoperância e parcialidade do STF.

Permito-me, sobre o ponto, citar a análise feita por Lênio Streck sobre a pesquisa, a qual revela a distorção das estatísticas apenas para embasar o conceito prévio e errado dos autores da pesquisa (Foro privilegiado: Supremo em Números não pode ser "Números Supremos". Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-28/lenio-streck-supremo-numeros-nao-numeros-supremos>. Acesso em: 30.5.2017):

“Enfim, saiu o relatório da pesquisa realizada pelo projeto Supremo em Números da FGV! Em 23 de fevereiro de 2017 analisei na ConJur o perigo das conclusões tipo ‘os números falam por si’! Título do meu texto: STF paga o pato! Existem mentiras pequenas, grandes e... estatísticas. Na época, antes mesmo da divulgação efetiva da pesquisa, o coordenador do projeto veio a público em diversas entrevistas – só se falava disso naqueles dias (oiçam aqui) – com perigosas valorações que alimentavam a ideia de responsabilidade do STF pela impunidade em casos de inquéritos e processos que envolviam o foro especial. Foi, assim, dada a largada para propagar a ideia

de que a impunidade está associada à prerrogativa de função e que a rapidez e eficiência da Justiça ocorre somente na primeira instância. Por todos os cantos, concluía-se que o foro por prerrogativa de função era o culpado de tudo e o seu fim a salvação!

Recordo o que escrevi: que tudo o que o Supremo em Números, por seu coordenador, dizia podia estar correto, mas devia ser demonstrado. E sem as opiniões pessoais baseados em 'dados adiantados' à imprensa.

Mas vamos lá! Afinal, o que diz o relatório? Lembrando que, na época, o jornal O Globo publicou a seguinte manchete: Levantamento mostra que 68% de ações penais de quem tem foro privilegiado prescrevem. Folha de S.Paulo: Supremo não dá conta. Carta Capital lascou: A suruba do foro está com os dias contados! Manchetes bombásticas. No meu artigo analisei tudo isso. Mas agora, com o relatório, tem muito mais. E, já de pronto, exsurge o viés de confirmação. Explico: O ministro Gilmar Mendes e eu criticamos fortemente o vazamento de números da pesquisa da FGV não publicada sobre a matéria penal originária no STF. A reação do "Supremo em números" foi publicar a toque de caixa um relatório, procurando confirmar a suposta deficiência do STF.

O relatório continha erros de revisão – por exemplo, as tabelas não correspondiam ao texto. A versão que consta hoje no site não é a original. O grave, no entanto, é a forma como os números são trabalhados, com indisfarçado propósito de confirmar uma conclusão que precede a pesquisa. 'Decido depois fundamento'!

Na verdade, falta uma coisa básica à pesquisa. Parece que O Supremo em Números — ao menos nesta pesquisa — não conhece bem o Supremo. E nem o processo penal. Vamos aos dados (o espaço deste artigo não me permite discutir todos os números; aqui discuto os mais importantes, que geraram as manchetes em todos os jornais – mas posso voltar em outros textos). Assim:

1) Tempo até o trânsito em julgado

No título 1.1 da pesquisa, 'Tempo até o trânsito em julgado', afirma-se que o andamento das ações penais é cada vez mais lento – tempo entre autuação e trânsito em julgado cada vez maior. Todavia, essa variável só considera as decisões que transitaram em julgado. Ou seja, se o processo segue em andamento, não entra na estatística.

Ao que se entende da descrição da metodologia, a pesquisa pegou os processos transitados em julgado em cada ano, contou o tempo da distribuição ao trânsito, e lançou-se no gráfico 1.1.2. Ainda assim, o relatório não informa o número de trânsitos em julgado por período.

Montando ou manipulando os números dessa forma, chega-se a conclusões distorcidas. Por exemplo, quanto mais o STF se movimenta e julga processos antigos, colocando em dia seu acervo, maior é o gráfico de tempo de tramitação. Que coisa, não? Se o STF quer ser eficiente, complica-se nos números. Ou seja, os números são lidos de cabeça para baixo. Esclareço: Houve pelo menos dois gargalos superados no período contemplado pelos gráficos 1.1.2 e 1.1.3 (2002 em diante), que explicam a suposta tendência de aumento da demora das ações penais. Ei-los:

a) O tribunal tinha casos antigos em andamento, contra parlamentares federais, que ficavam suspensos, por falta de autorização da casa para o processo. A culpa não era do STF. A partir de 2001, com a EC 35/2001, esses processos passaram a ter andamento. Muitos processos antigos passaram a transitar em julgado, sem que a suspensão constitucional fosse abatida no tempo de tramitação. Claro que a pesquisa não levou isso em conta.

b) A Emenda Regimental 49/2014 transferiu a competência de julgamento de Inquéritos e Ações Penais do Pleno para as Turmas. Daí em diante, houve um aumento considerável no número de julgamentos de casos antigos, que aguardavam espaço na pauta do Pleno.

2) O Tempo de Terceiros

O Relatório faz algum esforço para apurar o tempo de

terceiros – especialmente o da PGR. Mas há mais. Vou ajudar a FGV. Faltou dizer que entre a autuação do inquérito e o oferecimento da denúncia, o papel do STF é de simples supervisão. A demora, nessa fase, costuma ter pouca ou nenhuma contribuição do tribunal. A Polícia conduz a investigação e o Ministério Público acusa.

Ainda assim, não foram levantados os dados relevantes: tempo da autuação do inquérito até o relatório policial e tempo da vista do relatório policial até o oferecimento da denúncia/pedido de arquivamento. Neste caso, o que o STF tem a ver?

3) Pendendo para defesa?

O item 3.1 critica o conteúdo das decisões, sugerindo que o STF é muito favorável às defesas, em inquéritos e ações penais: 'Enquanto que 40,3% das decisões são favoráveis à defesa (com a rejeição da denúncia ou arquivamento, por exemplo), somente 5,2% são de recebimento da denúncia. Isso é extremamente relevante pois influencia o universo de posteriores ações penais'. Não entendi. É ruim absolver? A pesquisa toma partido da acusação? Como assim, se, no final do relatório, consta que 'a missão institucional do Supremo não é condenar ou absolver'.

Vejamos a explicação do fenômeno 'absoluções':

3.1) Inquéritos

Tomadas as decisões definitivas em inquérito, o STF decidiria 43,34% das vezes pela defesa e só 5,56% das vezes pela acusação. Vejamos: Foram classificados como favoráveis à defesa os pedidos do próprio MP. Como os pesquisadores explicam isso? Vou ajudar a FGV: No Inquérito, o tribunal só pode decidir pela acusação se houver acusação. Muitos casos acabam em pedido de arquivamento, pelo PGR. Nada resta ao Tribunal além de atender. Falei disso no artigo anterior e parece que os pesquisadores não leram.

Outros tantos casos terminam em extinção da punibilidade, pelas mais diversas razões: homologação de transação penal, cumprimento da suspensão condicional do

processo, falecimento etc. Isso não foi levado em conta na pesquisa. E fica mais um gap na pesquisa.

Apenas alguns inquéritos geram denúncia, que é apreciada pelo tribunal. Onde está o furo? Simples. A estatística que importa – número de denúncias recebidas vs. número de denúncias rejeitadas – não foi feita.

Há uma ‘concessão’ a ser feita, decorrente da observação empírica: o STF é mais rigoroso que o juiz de primeira instância para receber denúncias. Isso decorre de pelo menos dois fatores, que os pesquisadores deveriam explorar e que lanço como contribuição:

(i) a apreciação da denúncia no STF é colegiada e fundamentada, na forma da Lei 8.038/90. Só que no primeiro grau isso é diferente: sabe-se que, de acordo com a jurisprudência, o juiz pode receber denúncias sem maiores considerações. Baita diferença, não?

(ii) o STF é a última instância, por isso pode dar a última palavra desde logo, sem aplicar ‘in dubio pro accusatione’ – o STF não tem dúvidas. A pesquisa ignora que os arts. 395 e 397 do CPP só permitem ao juiz de primeira instância barrar a ação penal por causa ‘manifesta’ ou ‘evidente’. No primeiro grau, na dúvida, a denúncia é recebida e a instrução segue. O momento reservado ao juiz para aprofundar a análise é a sentença. Com isso, se houver recurso, entrega-se a causa pronta ao Tribunal em julgamento de apelação. Já no STF, não há porque esperar, porque não há para quem recorrer. Na análise da denúncia, afere-se a viabilidade da ação de forma mais profunda.

3.2) Ações Penais

O problema da metodologia se repete nas Ações Penais. Teríamos 0,74% de condenações e 17,57% de decisões favoráveis à defesa. Problema: Em decisões favoráveis à defesa, a pesquisa junta um universo que engloba não só absolvições a pedido da acusação, mas também extinção da punibilidade ou da ação penal pelas mais diversas razões. De novo os números não podem falar por si. A estatística que importa – número de pedidos de condenação pelo PGR vs. número de condenações –

não foi feita. E isso é mais um ponto que fragiliza a pesquisa.

4) Prescrição

Fala-se muito sobre a prescrição da pretensão punitiva por culpa do STF. Esquece-se que várias razões podem levar à prescrição. O STF, assim como qualquer Juízo, tem muito pouco controle da prescrição contada até o recebimento da denúncia. Não depende dele. São terceiros que lidam com os 'autos'.

A fase de investigação pode demorar, especialmente em crimes de complexidade, como corrupção e crimes de licitações. Quando esses crimes são praticados na gestão pública, normalmente as investigações só se iniciam ao final do mandato do investigado. Até então, os fatos ficam encobertos. Vários países contam a prescrição apenas após o agente público deixar o mandato. No Brasil, não temos regra semelhante.

Para crimes ocorridos até 2010, ainda se aplicava a prescrição retroativa, entre o fato e o recebimento da denúncia. Ou seja, se um prefeito cometia um crime de licitações no primeiro mandato e se reelegia, era muito comum que, mesmo que viesse a ser condenado, não chegasse a cumprir pena, em razão da prescrição.

Vou ajudar de novo: Essa prescrição retroativa valia para qualquer processo, do STF à primeira instância. Apenas a Lei 12.234/10 mudou o artigo 110 do CP, acabando com essa prescrição retroativa. Ou seja, vários processos prescreviam no STF, por conta da demora da investigação, como ocorre em todas as instâncias. Então: Não houve, na pesquisa, separação da prescrição por culpa do STF ou por demora na investigação.

5) Instância Única

O STF julga casos em instância única. Ou seja, suas decisões equivalem não apenas à tramitação da ação penal em primeira instância, mas também a toda cadeia recursal. A comparação a ser feita – e que a pesquisa ignorou - deveria ser: tempo de denúncia a trânsito em julgado CPP vs. tempo denúncia a trânsito em julgado STF. Simples assim. Para não dar xabu nos números.

Há que se acrescentar que, embora o STF julgue ações

penais relativas a qualquer delito de nossa legislação, dificilmente se depara com casos de prova simples, como ações que decorram da prisão em flagrante. Normalmente, a corte julga casos de considerável complexidade. Sem falar das defesas, que são competentes e especializadas.

Se a pesquisa fizesse uma análise global (levando em conta os demais tribunais e primeira instância), teria concluído que, para os parâmetros brasileiros, a jurisdição do STF não é morosa. Pelo contrário.

Para mostrar isso, vou auxiliar mais uma vez: Segundo dados do Justiça em Números do CNJ, relativos ao ano de 2016, 71% dos casos criminais não são julgados nem sequer em primeira instância em um ano de tramitação. Fala-se muito da velocidade de tramitação dos casos da 'lava jato' em Curitiba. De fato, eles vêm se desenvolvendo com celeridade notável na instância de origem. Mas, após a sentença, sobrevém a fase recursal, sem nenhuma previsão de encerramento. Só de prisão preventiva tem gente presa há mais de ano.

É preciso saber que a estrutura atual de enfrentamento da matéria criminal originária no STF se consolidou mesmo em 2015, após uma série de mudanças, que incluíram: a) o fim da autorização para processo de parlamentares; b) a convocação de magistrados instrutores; c) a transferência da maior parte da competência criminal para as turmas.

Como mostra o levantamento das ações penais mais recentes, as ações penais iniciadas após essa estruturação foram, em sua maioria, julgadas em cerca de dois anos. Nem na minha cidade de Agudo os processos andam tão rápido. O tempo atual de tramitação no STF é consideravelmente mais breve do que aquele das instâncias ordinárias. Vejam, pois, como nem tudo que parece, é.

6) Estudo da estrutura atual

Aqui vai mais uma colher de chá: o primeiro semestre de 2015 é a fatia com melhor potencial para representar a configuração atual do STF para julgamento das ações penais originárias. Já havia o deslocamento da matéria penal para as

Turmas, determinado pela Emenda Regimental 49/2014, e a estruturação da corte, com magistrados instrutores.

De lá para cá, o período não foi de calma para o STF. A cadeira deixada pelo ministro Joaquim Barbosa esteve vaga do final de 2014 até junho de 2015, quando foi empossado o ministro Edson Fachin. O tribunal enfrentou ações relativas ao momento político turbulento que o país viveu (e vive). Sem contar que, no final de 2017, mais uma cadeira restou vaga. São elementos objetivos que devem ser levados em conta.

E, atenção: ainda assim, a amostra de 2015 para cá é representativa. Processos autuados no primeiro semestre de 2015 já contam com algo entre 1 ano e 9 meses a 2 anos e 3 meses de tramitação. As ações penais distribuídas ao STF no 1º Semestre de 2015 estão, em sua maioria, julgadas, ou em vias de ser. Foram autuadas 42 ações penais nesse intervalo de tempo (são 46 números de atuação, números 903 a 948, mas tiveram atuação cancelada os números 909, 910, 934 e 948). Dezoito dessas ações penais foram julgadas. Duas foram suspensas, para negociação da suspensão condicional do processo, o que representa a tramitação regular para o tipo de crime envolvido. Das 22 ações ainda não julgadas, temos os seguintes andamentos atuais:

Análise-resposta: 1 (AP 927); Instrução: 7 (ações 914, 915, 930, 936, 938, 944, 945); Fase diligências: 2 (911, 923); Alegações finais: 2 (924, 940); Conclusas ao relator para voto: 4 (928, 935, 941, 939); Conclusas ao Revisor: 3 (921, 931, 943); Pautadas: 3 (907, 937, 942). Veja-se que apenas 8 das ações penais ainda dependem de instrução. As demais se encaminham para julgamento. Isso em um período de cerca de dois anos. Viram como é que é? Isso não conta a favor do STF? Isso não deveria aparecer na pesquisa? Esses dados estão no STF, disponíveis para pesquisa.

Permito-me dizer: Bingo. Há vários modos de contar as coisas. Uma ilha pode ser um pedaço de terra cercado por água ou um pedaço de terra que luta bravamente contra o assédio das águas. Ou, como o caso — que aqui já contei — da

entrevista do presidente Lincoln de um pretendente a emprego, cujo pai havia sido morto enforcado por ser ladrão de cavalos. Claro que o candidato ao emprego não poderia contar sua origem nesses termos. E escreveu: meu pai estava em uma cerimônia pública e a plataforma cedeu.

Finalmente, leio que o jornal O Globo abriu novo espaço para que os responsáveis pela pesquisa voltassem à carga insistindo em suas suposições e ‘turbinando-as’ com os números apresentados, os quais, como demonstrei acima, não se prestam para tanto. A principal suposição, a qual serve de subtítulo ao artigo dos pesquisadores (O atual sistema provoca paralisia do Supremo Tribunal Federal e pode ser conivente para dezenas de congressistas investigados na ‘lava jato’), é que o foro privilegiado provoca paralisia do STF e ‘poder ser’ conivente com os congressistas investigados na ‘lava jato’. Vejam os leitores que, quando os pesquisadores da FGV falam em paralisia referem-se aos prazos. Mas a ‘paralisia’ existe apenas nestes expedientes que envolvem o foro especial? Acima demonstrei que não. Aliás, depois de 2015, ao contrário.

E como assim, ‘pode ser’ conivente? A grande questão aqui é: seria diferente no primeiro grau? A Justiça seria, de fato, ‘eficaz e rápida na responsabilização de autoridades públicas quando cometem qualquer tipo de crime’? A pesquisa é expressa em afirmar que essa comparação sequer foi feita, mas nas manifestações de seus pesquisadores ela é pressuposta como certa! Ou seja, embora não tenham examinado esse detalhe, eles apostam que no primeiro grau tudo será/seria diferente. Mas não é! Talvez seja pior! Isso sem falar no segundo grau e no STJ. A propósito: A ação penal envolvendo a Boate Kiss é de janeiro de 2013... O caso Bruno é de 2010.

Há que se cuidar para que os números não se transformem em uma coisa que aqui no RS se chama de “tosa de porco”: muito grito e pouca lã. Ou se proceda lançando mão daquilo que no meu novo livro *Hermenêutica e Jurisdição* chamei de ‘Fator Target’ (efeito alvo): atiramos a flecha e depois pintamos sobre ela o alvo. Resultado: nunca erramos.

Pesquisas são importantes. Despiciendo falar da importância delas e da FGV. Também é óbvio que temos de repensar o foro. Deixei isso claro no artigo de 17F. Mas o foro existe não por culpa do STF. Devemos parar de querer alterar a CF toda hora em que existir uma tensão. Já demonstrei que os números não “batem”. E, como também demonstrei, a coisa não é como foi pintada pela FGV. Números podem distorcer a realidade. Por isso, no mínimo os dados devem ser trazidos de forma imparcial. Para dar ao leitor a oportunidade de tirar as suas próprias conclusões. Não parece ter sido o caso desta pesquisa Supremo em Números. Temo que outras pesquisas anteriores possam conter o mesmo vício. Esperamos que não.

Na mitologia, hermenêutica vem de Hermes, que ficou famoso porque transmitia aos mortais a palavra dos deuses. Só que nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse que os deuses disseram. Por isso, o cuidado que temos que ter para com o que Hermes nos diz. *Mutatis, mutandis*: os números não falam por si. Eles sempre dizem algo. Mas não dizem qualquer coisa...!”

Como bem nota o articulista, a jurisdição prestada pelo STF não é pior do que aquela pelas instâncias ordinárias. Convém fazer um paralelo entre a ação penal originária e outra causa penal de competência originária do STF, a extradição. A extradição é um procedimento que não é afeta à competência de nenhuma outra Suprema Corte no mundo. No Brasil, a principal explicação para manter a competência do STF para seu processo e julgamento é a celeridade. O julgamento em instância única, não sujeito a recursos, tem garantido que o Brasil seja bem visto pela comunidade internacional, como um país disposto e apto a prestar assistência judiciária internacional. O recente fiasco ao qual o país se submeteu não decorreu da inoperância do STF, mas da escolha da Presidência da República de conferir abrigo, sem embasamento no ordenamento jurídico interno, a um terrorista condenado.

A velocidade de julgamentos do STF costuma ser criticada, com base

AP 937 QO / RJ

em comparações com Varas judiciárias que estão muito longe de ser a norma. É o caso da 13ª Vara Federal de Curitiba, a qual, além da especialização de matéria, recebe da Corregedoria do Tribunal Regional Federal da Quarta Região o apoio necessário ao desenvolvimento dos trabalhos, com suspensão da distribuição de outros feitos, quando necessário. Também a força policial e o Ministério Público atuam nos feitos afetos àquele Juízo com prioridade.

Para fazer um comparativo entre a efetividade das instâncias, podemos recorrer ao exemplo do Mensalão. Na Ação Penal 470, esta Corte julgou e condenou vários acusados. Vários deles já cumpriram suas penas. Desdobramentos da investigação original e demandas semelhantes coetâneas, enviadas a instâncias ordinárias, até hoje pendem na justiça.

Notório é o caso do Mensalão Tucano, originalmente denunciado perante esta Corte. A denúncia, oferecida em 2007, foi recebida, tendo sido instaurada a Ação Penal 536. Houve declinação da competência para a primeira instância, com o processo instruído, em 2014. Apenas na semana passada, a causa teve embargos infringentes julgados no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ainda cabem embargos de declaração e recursos extraordinário e especial.

O Mensalão do Dem, investigado em 2009, até o momento, não gerou notícia de solução de ações penais.

Não temos sequer estatísticas confiáveis da atuação da justiça criminal no Brasil. Os poucos dados existentes não são reconfortantes. A primeira instância do Poder Judiciário é notória por sua disfuncionalidade.

Como todos sabem, o Brasil tem níveis alarmantes de violência. Vivemos no país com o maior número de homicídios no mundo: 29 homicídios para cada 100 mil habitantes. Mais de 10% dos homicídios do mundo ocorrem aqui. Menos de 10% deles são desvendados e punidos.

A quantidade de inquéritos arquivados sem identificação de autoria é monstruosa. Isso sem falar em condenações injustas, baseadas em provas colhidas sem maior cuidado.

Em grande parte, as mesmas mazelas se reproduzem na jurisdição

AP 937 QO / RJ

penal originária dos Tribunais.

O Justiça em Números, do CNJ, em sua última edição, fez algumas tentativas de avaliar o tempo de tramitação de processos de conhecimento. Não houve separação entre demandas cíveis e criminais, mas se chegou a números como 3 anos e 2 meses de pendência em primeira instância e 1 ano e 10 meses em Tribunais de Justiça. Ou seja, algo em torno de 5 anos de tempo médio de tramitação, só nas duas primeiras instâncias. No Superior Tribunal de Justiça, o tempo seria de mais 1 ano e meio. Uma causa criminal, com recurso especial manejado, demoraria algo como 6 anos e 6 meses. Isso sem contar com o possível recurso extraordinário.

O Relatório Especial de Jurisdição Choque de Justiça 2017 do CNJ informa que cerca de 40% (quarenta por cento) dos presos são provisórios. Dentre os presos provisórios, 76% (setenta e seis por cento) não foram sequer sentenciados.

De acordo com dados do processômetro do CNJ, relativos à Meta de Persecução Penal de Ações Penais em Tramitação de 2015, 70,9% (setenta vírgula nove por cento) das ações penais por crimes dolosos contra a vida pendentes em 1º de agosto de 2013 seguem em tramitação. Ou seja, em quase cinco anos, nem 30% (trinta por cento) das ações penais foram resolvidas. O número desce para 79,7% (setenta e nove vírgula sete por cento), se consideradas as ações pendentes na virada de 2014 para 2015, e para 84% (oitenta e quatro por cento), se adotado como marco 1º.11.2016.

As últimas correições realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça revelam casos aterrorizantes.

A 1ª Vara Criminal de Petrolina/PE tem ações penais aguardando marcação de audiência de instrução desde 2009. Nos últimos seis meses, foram julgados 789 processos. Dessas sentenças, 692 pronunciaram a prescrição.

A Vara Criminal e Juizado da Infância e Juventude de Ouro Preto/MG tem um acervo de 7.591 processos. Destes, 440 estão parados há mais de 100 dias. Nos últimos seis meses, a Vara recebeu 1.856 processos e julgou 675. Das sentenças, 229 foram extinções da punibilidade por

AP 937 QO / RJ

prescrição.

A 1ª Vara da Comarca de Tabatinga recebeu, nos últimos seis meses, 309 feitos criminais. Apenas 33 foram julgados, sendo que, destes, 12 receberam sentenças de extinção da punibilidade por prescrição ou cumprimento de pena. 185 processos estão paralisados há mais de 100 dias.

A 2ª Vara de Tabatinga tem um acervo de 2.647 processos. 1.130 estão conclusos. Nos últimos seis meses, foram distribuídos 350 feitos criminais. Apenas 128 processos foram julgados – destas sentenças, só 42 foram de mérito.

Em grande parte, a disfuncionalidade da justiça criminal decorre de privilégios concedidos aos seus atores.

É impossível administrar um sistema criminal em que juízes e promotores contam com 60 dias de férias ao ano, mais recesso e feriados diversos.

Membros do Ministério Público ainda são a única casta que mantém a licença-prêmio por tempo de serviço. A cada cinco anos trabalhados, o membro ganha direito a três de licença, conversíveis em pecúnia, em caso de aposentadoria (art. 222, III, § 3º, da Lei Orgânica do Ministério Público da União). Até mesmo o nome do privilégio é jocoso. Como se o subsídio, as férias e os feriados não fossem prêmio o suficiente, os membros do Ministério Público ainda gozam de dias extras, conversíveis em pecúnia. A condição é que o membro não sofra a sanção de suspensão.

Há também os feriados específicos do Poder Judiciário. No âmbito do Poder Judiciário da União, são onze dias de recesso de final de ano, quarta e quinta-feira da Semana Santa, segunda-feira de Carnaval, 11 de agosto, 1º e 2 de novembro e 8 dezembro (art. 62 da Lei 5.010/66). Descontando que alguns dias caem em finais de semana e a sobreposição de feriados, temos por volta de 15 feriados anuais além do calendário normal.

Um ano tem 365 dias no total. Juízes folgam, além do calendário dos trabalhadores em geral, cerca de 22 dias em férias e 15 em feriados. Para os membros do Ministério Público, podemos adicionar à conta 13 dias de

AP 937 QO / RJ

licença-prêmio.

Em teoria, todas essas ausências são supridas por outros membros da carreira, os quais são remunerados para tanto. As diversas leis de regência das carreiras jurídicas preveem adicionais para aqueles que substituem os ausentes. Para a magistratura federal e membros do Ministério Público da União, a gratificação chega a 1/3 do subsídio (Leis 13.093/14, art. 4º, e 13.024/14, art. 3º).

A despeito do gasto extra, nos dias não trabalhados, audiências e sessões do Tribunal do Júri não são marcadas, processos não são despachados, sentenças não são prolatadas.

Não há como administrar um sistema de justiça com tantas ausências.

Não é exagero afirmar que teríamos um aumento de mais de 10% da nossa força de trabalho judicial, apenas adequando e igualando o calendário de juízes e promotores ao dos demais trabalhadores.

Tenho que todas essas vantagens – licença-prêmio, segundo período de férias, feriados – são flagrantemente inconstitucionais, seja por representarem contagem de tempo de serviço ficto (art. 40, § 11, da CF), seja por violarem os princípios regentes da administração pública (art. 37 da CF).

Por tudo, quero ressaltar que o STF, a despeito de todas as dificuldades, vem enfrentando os feitos criminais de sua competência originária, sem pender para nenhuma das partes, ou servir de porta para a impunidade. Os feitos aqui chegam e são julgados, em tempo que, para os padrões da justiça brasileira, não foge aos limites do razoável.

Reitero que a crença em uma melhor justiça em decorrência da reinterpretção das regras de foro por prerrogativa de função não está baseada em qualquer dado empírico. Pelo contrário. Os indicativos existentes são de que, infelizmente, ainda precisaremos aperfeiçoar muito nossa justiça criminal para que ela chegue ao nível do ruim. Há serventias judiciais de primeira instância que são um modelo de organização e eficiência, mas que infelizmente não correspondem à generalidade das

congêneres.

A promessa de incremento na aplicação da lei via restrição da prerrogativa de foro me faz recordar a frase de Roberto Campos: "*Não é proibido iludir o povo. É apenas cruel*".

Acrescento que as regras sobre a prerrogativa de foro representam o equilíbrio de forças que o constituinte entendeu possível. Se não são as mais desejáveis, são as possíveis, diante das mazelas de nosso sistema.

Esse precário balanço é rompido quando forças políticas ganham interesse direto em ações judiciais. Da nova e restritiva interpretação da prerrogativa de foro resultará uma aproximação entre a política estadual e municipal e os tribunais de justiça.

As ações de improbidade administrativa são laboratório de experiências dessa realidade. Os resultados são desanimadores: a persecução da improbidade administrativa virou moeda de troca por privilégios. No início da década de 2010, a então Corregedora Nacional de Justiça Eliana Calmon chegou a ponto de afirmar que "*O Rio de Janeiro não pune ninguém. As ações de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público são arquivadas no nascedouro*". Essa declaração veio na esteira do número irrisório de atenção às metas do Conselho Nacional de Justiça sobre o julgamento de ações de improbidade administrativa e de crimes contra a administração pública.

Também a Lei da Ficha Limpa vem aumentando a pressão sobre os órgãos locais, tendo em vista a intersecção da política com o papel punitivo da jurisdição. A pressão de órgãos políticos ocorre tanto para protelar o julgamento de ações que podem levar à inelegibilidade, como para assegurar o julgamento de adversários, em tempo hábil para excluí-los do pleito.

Se estamos nesse pé com as ações já existentes, o prognóstico do incremento da competência dos Tribunais de Justiça para fiscalizar a política local é sombrio.

Não é a primeira vez que alerto para os perigos do voluntarismo

desta Corte. Relembro três ensejos: as ações de inconstitucionalidade dos precatórios e do financiamento empresarial de campanha e a homologação da delação premiada dos irmãos Batista.

O julgamento da inconstitucionalidade do sistema de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional 62, de 2009, foi, com certeza, um dos casos mais desastrosos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, como apontei durante as discussões travadas nas ADIs 4357 e 4425, era evidente que a emenda em questão estabelecera de certo modo um plano para a efetiva quitação das dívidas públicas que vinha, dentro do possível, sendo observado.

O Supremo Tribunal Federal declarou parcialmente inconstitucionais diversos dispositivos da Emenda Constitucional 62/2009, entre os quais a dilação do prazo de parcelamento para quitação dos débitos, em até 15 anos.

O desfecho do caso deixou evidente a necessidade de se considerar alguma técnica de decisão capaz de evitar o agravamento do estado de inconstitucionalidade que fundamentou a decisão da Corte. **Sim, porque, se de um lado afirmava-se que a concessão da moratória prevista na emenda constitucional estaria a prejudicar o direito dos credores, em razão de mais uma dilação no prazo de pagamento, de outro, estava fora de questão que, entre 2010 e 2013, a sistemática declarada inconstitucional nessas ações diretas de inconstitucionalidade esteve em vigor e chegou a ser aplicada de forma exitosa por diversas unidades federativas.**

Nas discussões, durante o julgamento, informações apresentadas estavam a indicar que o modelo instituído pela EC 62/2009, apesar dos alegados vícios de inconstitucionalidade, acabou, na verdade, contribuindo para a efetiva redução do estoque dos precatórios em vários Estados, em contraste com a situação anterior.

No caso da Emenda Constitucional 62/2009, foi deduzido pedido de modulação de efeitos por um dos requerentes que postulavam sua inconstitucionalidade, a Ordem dos Advogados do Brasil. Diante da

suspensão de pagamento dos precatórios por parte de vários Tribunais de Justiça do País, determinada após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425, a entidade requereu ao relator *“a continuidade dos pagamentos até que o e. Plenário module os efeitos da v. decisão, com a consequente expedição de ofícios a todos os Tribunais de Justiça”*. Em outras palavras, postulou que mantivesse temporariamente o regime de pagamento até então vigente e, por conseguinte, a aplicação das disposições declaradas inconstitucionais pelo Plenário da Corte.

O pedido foi deferido monocraticamente pelo relator, Min. Luiz Fux, em 11 de abril de 2013. Ao ser referendada a cautelar por este Plenário, o relator votou no sentido da modulação de efeitos ressaltando a importância de sua adoção no caso, uma vez que, a despeito dos vícios reconhecidos pela Corte, a norma impugnada fora aplicada durante quase quatro anos, ao longo dos exercícios financeiros de 2010 a 2013. Haveria, assim, situações concretas e, de certo modo, consolidadas no tempo, que à Corte não seria dado ignorar, inclusive em termos de programação financeiro-orçamentária dos entes federados.

A complexidade dos debates estava a indicar a gravidade do tema e a encruzilhada com que se deparou este Supremo Tribunal Federal ao modular os efeitos do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425.

De fato, considerando que a EC 62/2009 estabeleceu regime especial pelo prazo de até 15 anos para que as fazendas estaduais, municipais e do Distrito Federal quitem seus débitos – prazo em boa parte já transcorrido até o julgamento –, decerto a postergação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade acabaria por confirmar que, afinal de contas, o modelo instituído pela emenda revelou-se sim uma solução legislativa eficiente para o enfrentamento da difícil questão dos precatórios judiciais.

Foi somente em março de 2015 que o Plenário do STF concluiu o julgamento da modulação de efeitos nas ADIs 4.357 e 4.425, atribuindo sobrevida ao regime especial de precatórios previsto pela EC 62/09 por mais cinco exercícios financeiros, a contar de 1º de janeiro de 2016. Nesse período, mantiveram-se inclusive as regras de vinculação de percentuais

AP 937 QO / RJ

mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios e a previsão de sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios, ambos previstos no art. 97, §10, do ADCT.

Além disso, continuaram válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na EC 62/09, desde que realizados até 25.3.2015, bem como a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado.

Posteriormente, em 9 de dezembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os embargos de declaração opostos, considerou com seriedade a hipótese de rever, ao menos em parte, a própria decisão, quando se observassem impactos imprevistos e indesejáveis, provenientes da decisão embargada. Nessa ocasião, o STF reconheceu, seguindo a linha do que foi afirmado pelo Min. Celso de Mello, que *“a superveniência de circunstâncias de fato relevantes autoriza a Corte a reapreciar a pretensão que foi deduzida nesses embargos de declaração”*.

Em 15 de dezembro de 2016, foi promulgada a Emenda Constitucional 94, que mais uma vez alterou o regime de pagamento de débitos públicos decorrentes de condenações judiciais e instituiu um novo regime especial para o pagamento de precatórios em atraso. As alterações realizadas pelo constituinte derivado consideraram os fundamentos invocados pelo STF na declaração de inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional 62/2009.

Quando esta Corte proibiu o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, ocasião em que ficamos vencidos eu e os eminentes Ministros Teori Zavascki e Celso de Mello, abriu-se um cenário nefasto de burla à regra das doações de campanhas feitas exclusivamente por pessoas físicas.

Vejam-se dados da Justiça Eleitoral relativamente às eleições de 2016, em que se identificaram:

AP 937 QO / RJ

- 45.278 doações de pessoas inscritas no programa Bolsa Família, totalizando um montante de R\$ 117.175.883,11;
- 23.269 casos em que as rendas dos doadores mostraram-se incompatíveis com os valores doados, totalizando um montante de R\$ 311.977.068,50;
- 89.723 doações feitas por pessoas desempregadas, totalizando R\$139.579.152,41; e
- 290 doações de pessoas já falecidas, totalizando R\$448.427,63.

Na prática, o dinheiro continuou sendo injetado e iniciou-se uma “caça aos CPFs”, uma verdadeira “lavagem” das doações. Tudo isso em virtude de um avanço ativista do STF, somado a um sistema de financiamento incompatível com os custos da nossa democracia.

Outro aspecto eleitoral decorrente da nossa decisão foi o “troca-troca” de partidos em busca de maior acesso aos fundos partidário e eleitoral: mais de 10% do Congresso Nacional trocou de legenda, em um claro comércio por recursos públicos para as campanhas e por mais tempo de televisão.

Foi assim na delação dos executivos da JBS. Manifestei-me quanto à ilegalidade aritmética da concessão de perdão ao chefe da organização criminosa, que sequer era o primeiro a delatar, tendo em vista o disposto no art. 4º, § 4º, da Lei 12.850/13. Alertei quanto à impossibilidade de conferir eficácia preclusiva absoluta à homologação do acordo de colaboração e quanto à primazia da função jurisdicional na aplicação da sanção premial, na forma do art. 4º, § 11, da Lei 12.850/13 (Pet 7.074, Rel. Min. Edson Fachin, julgada em 29.6.2017; Inq-QO 4.483, Rel. Min. Edson Fachin, julgada 21.9.2017). Meses depois, a própria Procuradoria-Geral da República buscou rever os acordos firmados.

Este caso também não tende a bom final.

Acrescento que a nova interpretação não está suficientemente acabada e pode adicionar litigância aos feitos em andamento. Como

entender o que vem a ser “*crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo*”? Seriam enquadrados em crimes praticados antes do exercício da função, buscando a ascensão ao cargo, como os delitos eleitorais? Ou a corrupção, anterior à função, mas em razão dela? Apenas delitos praticados por funcionário público contra a administração pública estariam enquadrados, ou qualquer delito ligado à função? O assassinato de um inimigo político seria enquadrado? O tráfico de drogas usando o gabinete funcional? Uma investigação de lavagem de dinheiro, iniciada pela constatação de movimentação de patrimônio incompatível com a renda pelo agente público, seria conduzida em qual instância?

Como ficariam as medidas investigatórias e cautelares? Poderia um juiz de primeira instância quebrar o sigilo, sequestrar patrimônio ou impor medida cautelar pessoal a qualquer autoridade? Dado que a jurisprudência do STF tem admitido a investigação do Presidente da República, poderia qualquer dos mais de 18.000 (dezoito mil) juízes do país determinar busca e apreensão no Palácio do Planalto?

Tampouco resta claro como ficará o entendimento em relação à sucessão de cargos públicos. Como ficam os processos em caso de reeleição? E em caso de assunção de outro cargo? Se um Deputado Federal respondendo a ação penal é eleito Prefeito, o STF enviará os autos à primeira instância ou ao Tribunal de Justiça? Uma acusação por atos de Governador, posteriormente eleito Senador, é remetida a qual instância?

Por fim, não resta claro como ficará a situação dos processos em andamento. Haverá perpetuação de jurisdição, ainda que para delitos não ligados ao cargo?

Caso a Corte acolha a questão de ordem, deve manter a coerência e pronunciar a inconstitucionalidade de todas as prerrogativas processuais, inviolabilidades e imunidades em geral deferidas a ocupantes de cargos públicos, não oriundas diretamente da Constituição Federal.

No ponto, ressalto que não vislumbro nenhum sentido em limitar o debate à prerrogativa de foro decorrente de cargos eletivos. Não razão

AP 937 QO / RJ

para diferenciar cargos eletivos ou decorrentes de concurso público ou outra forma de nomeação, ou mesmo cargos vitalícios e temporários. A solução deve ser uniforme para todos. Se um Ministro do Supremo se envolver em um delito de trânsito, será julgado pelo juiz de primeira instância – este último, se o Estado estrangeiro renunciar à imunidade.

Tenho que a ampliação do debate, para alcançar outras normas é adequada à competência do STF.

O Supremo Tribunal Federal – ao contrário do que se verifica nas demais instâncias, que só poderão declarar a inconstitucionalidade de norma que deva ser aplicada à causa – pode emitir juízo quanto à validade de norma, ainda que esta se mostre dispensável à solução da controvérsia sob sua análise.

No julgamento do MS 20.505, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 8.11.1991, alegou-se direito líquido e certo em face de ato do Presidente da República que designou prefeito *pro tempore*. A autoridade coatora fundamentou o ato com base na descaracterização do Município de Osório/RS enquanto “Município de interesse da segurança nacional”, nos termos do Decreto-Lei 2.183/84. O Ministro Néri da Silveira votou no sentido de que, tendo em vista a ilegalidade do ato presidencial, não haveria necessidade de examinar-se sua inconstitucionalidade, por ser a questão irrelevante para a resolução do caso concreto. Na espécie, porém, o Tribunal abandonou o entendimento clássico da teoria estadunidense do controle difuso (conforme sustentava o relator), ao interpretar que, uma vez suscitada a inconstitucionalidade de “lei federal” (em sentido amplo), a questão deveria ser apreciada, em razão da tarefa institucional de guardião da Constituição. A demanda foi resolvida, portanto, no sentido de reconhecer-se o direito líquido e certo do impetrante, sob duplo fundamento: o da ilegalidade e o da inconstitucionalidade.

Nessa mesma linha, no julgamento do RE 102.553, rel. Min. Francisco Rezek, *DJ* 13.2.1987, o Tribunal assumiu a condição de titular da guarda da Constituição, para examinar a constitucionalidade de outras normas, ainda que não interessasse ao recorrente. Tratava-se da apreciação de uma resolução do Senado Federal que versava matéria de

AP 937 QO / RJ

alíquota de ICMS. No caso, na terminologia adotada à época, o Tribunal conheceu do recurso extraordinário do contribuinte e negou-lhe provimento, declarando, porém, a inconstitucionalidade da resolução questionada.

Outro precedente interessante foi a decisão na SE-AgR 5.206, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 30.4.2004, originária do Reino da Espanha. No caso concreto, apesar de a Corte, por unanimidade, ter homologado a referida sentença, entendeu-se que se impunha o exame, pelo Tribunal, da constitucionalidade de disposições da Lei de Arbitragem.

Mencione-se, ainda, o julgamento da Ação Originária 499, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 1º.8.2003. Tratava-se, na espécie, de mandado de segurança impetrado por Ministro do STM, que, fundado no princípio da isonomia, pleiteava a concessão do auxílio-alimentação que lhe fora negado pelo Conselho de Administração daquele Tribunal. Tendo em vista que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN (Lei Complementar 35/79) não inclui o direito ao auxílio-alimentação entre aqueles direitos e vantagens dos magistrados, enumerados, de forma exhaustiva, na referida lei, o Tribunal declarou, de ofício, a inconstitucionalidade do Ato 274 do STM, que concedera aos Juízes Auditores da Justiça Militar da União o direito ao auxílio. O Tribunal, considerando que os juízes auditores foram contemplados indevidamente com o auxílio-alimentação, entendeu que não seria possível, a título de isonomia, invocar tal situação ilegítima para justificar nova ilegalidade.

Não se pode olvidar também o RE 298.695, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 24.10.2003, no julgamento do qual a Corte concluiu pela possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recuso extraordinário.

No presente caso, o STF está fixando interpretação que servirá, não apenas a este caso, mas também orientará a própria jurisprudência e a dos demais tribunais com competência penal originária. Cabível a realização de controle de normas que são aplicáveis a demandas desse jaez.

AP 937 QO / RJ

Há uma série de normas que não podem ser conciliadas com a nova proposição.

Para começar, o Tribunal precisa rever sua jurisprudência histórica que admite a ampliação da prerrogativa de foro pelas Constituições Estaduais, mesmo para cargos sem similar contemplado na Constituição Federal (ADI-MC 541, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 25.10.1991; ADI 469, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 5.4.2001; ADI 2.587, Rel. Min. Maurício Correa, julgada em 1º.12.2004; ADI 541, Rel. Min. Carlos Velloso, na qual fui designado redator para acórdão, julgada em 10.5.2007). Considerando que praticamente todas as Constituições Estaduais estendem a prerrogativa de foro, algumas em normas já julgadas constitucionais via controle concentrado de constitucionalidade, seria o caso de adotar Súmula Vinculante, afirmando a invalidade dessas normas. Pode-se pensar em uma redação como “É inconstitucional o dispositivo de Constituição Estadual que disponha sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal”.

O STF já reconheceu a constitucionalidade da ampliação da prerrogativa de foro por lei, no caso do *status* de Ministro de Estado (ADIs 3.289 e 3.290, de minha relatoria, julgadas em 5.5.2005). Atualmente, os incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17 definem como Ministros de Estado pessoas que não são titulares dos Ministérios. Adotado o entendimento proposto, essas disposições são inconstitucionais.

Por fim, há privilégios processuais que são específicos das carreiras jurídicas e que não sobrevivem à onda da igualdade formal.

A Lei Orgânica da Magistratura confere várias prerrogativas na investigação e no processo penal. Os magistrados (i) são investigados não pela polícia, mas pelo Tribunal competente para o processo (art. 33, parágrafo único, Lei Complementar 35/79); (ii) só podem ser presos em flagrante de crime inafiançável ou por ordem do Tribunal (art. 33, II); e (iii) são recolhidos a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente,

AP 937 QO / RJ

quando sujeitos a prisão antes do julgamento final (art. 33, III).

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei Orgânica do Ministério Público da União são ainda mais generosas. A legislação prevê que, surgindo indícios contra membro do Ministério Público, o inquérito será remetido ao Procurador-Geral do respectivo ramo ministerial, que o conduzirá (art. 41, parágrafo único, Lei Orgânica Nacional), ou designará membro para fazê-lo (art. 18, parágrafo único, da Lei Orgânica do MPU). O membro do Ministério Público não pode ser indiciado (art. 41, II, da Lei Orgânica Nacional; art. 18, II, “f”, da Lei Orgânica do MPU). A prisão em flagrante só pode ocorrer em crime inafiançável, devendo ser comunicada ao Procurador-Geral do respectivo ramo (art. 40, III, Lei Orgânica Nacional, art. 18, “f”, Lei Orgânica do MPU). A prisão preventiva pode ser decretada por ordem escrita do Tribunal competente para a ação penal. Em qualquer caso de prisão processual, o membro é recolhido em “prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior” (art. 40, V, da Lei Orgânica Nacional) ou “prisão especial ou à sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade” (art. 18, II, “e”, da Lei Orgânica Nacional).

Dessa forma, caso acolhida a questão de ordem, proponho a pronúncia da inconstitucionalidade de todas essas prerrogativas e inviolabilidades.

Por fim, embora mantenha a convicção quanto ao caráter indevido da revisão da Constituição que a Corte está realizando, alinha-me à conclusão do voto do Min. Alexandre de Moraes, como fizeram os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski. O faço considerando a maioria que se forma, como tentativa de chegar a alguma aproximação entre as posições antagônicas. Ressalto que vislumbro várias questões não respondidas pela corrente se forma como vencedora, seja quanto aos fundamentos, seja quanto às consequências da decisão que o Tribunal está tomando.

Ante o exposto:

AP 937 QO / RJ

a) acompanho em parte o Min. Roberto Barroso, fixando o momento da prolação do despacho que abre ao Ministério Público o prazo para alegações finais, com base no art. 10 da Lei 8.038/90, como marco processual após o qual a extinção do cargo mantém a competência do Tribunal.

b) acompanho o Min. Alexandre de Moraes, para assentar que a prerrogativa de foro alcança todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício.

Outrossim, proponho seja dado início a procedimento para a adoção de Súmula Vinculante, assentando a inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais que disponham sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal.

Por fim, voto pela declaração incidental da inconstitucionalidade dos seguintes atos normativos:

(i) incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17, que definem como Ministros de Estado autoridades diversas dos titulares dos Ministérios;

(ii) art. 33, II e III e parágrafo único, da Lei Complementar 35/79, que definem como prerrogativa dos magistrados só ser preso em flagrante de crime inafiançável ou por ordem do Tribunal; ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final; e não ser investigado não pela polícia, mas pelo Tribunal competente para o processo;

(iii) arts. 40, III, V, 41, II, parágrafo único, da Lei 8.625/93, que definem como prerrogativa dos membros do Ministério Público ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça; ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do

AP 937 QO / RJ

juízo final; não ser indiciado em inquérito policial; e não ser investigado não pela polícia, mas pelo próprio Ministério Público;

(iv) arts. 18, II, “d”, “e”, “f”, parágrafo único, da Lei Complementar 75/93, que definem como prerrogativa dos membros do Ministério Público da União ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação àquele tribunal e ao Procurador-Geral da República, sob pena de responsabilidade; ser recolhido à prisão especial ou à sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade e à disposição do tribunal competente para o julgamento, quando sujeito a prisão antes da decisão final; e a dependência separada no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena; não ser indiciado em inquérito policial; e não ser investigado não pela polícia, mas pelo próprio Ministério Público.

É como voto.