

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Trata-se de Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Roberto Barroso, Relator de Ação Penal proposta contra Marcos da Rocha, acusado de estar incurso no art. 299 do Código Eleitoral.

O Relator, desde logo, propôs uma Questão de Ordem resolvendo-a no sentido de fixar as seguintes teses:

“(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e

(ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

Sugeriu, ainda, o Relator que

“[...] Essa nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999)”.

Na sequência, determinou a remessa da ação penal ao Juízo Eleitoral de 1ª instância por ter o réu renunciado ao cargo de Deputado Federal, bem como porque a instrução processual já havia se encerrado naquele foro.

Pois bem. Antes de adentrar na matéria de fundo debatida na presente ação, penso ser necessário tecer algumas considerações genéricas acerca das denominadas “questões de ordem”, a exemplo desta suscitada pelo Relator.

As questões de ordem, como se sabe, constituem incidentes processuais cujo escopo é solucionar incidentes de natureza eminentemente procedimental, que têm o potencial de influir na marcha regular de um feito. Não se prestam, todavia, como parece curial, resolver aspectos de direito material que constituem o próprio objeto da controvérsia.

Tal entendimento decorre, diretamente, da leitura do art. 21, III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - RISTF, que dispõe, com todas as letras, o seguinte:

“Art. 21. São atribuições do Relator:

[...]

III - submeter ao Plenário, à Turma, ou aos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos processos”.

A ordem dos trabalhos judiciais encontra expressão nas leis processuais e em regras procedimentais e, de modo particular, nos regimentos internos dos tribunais. Longe de compreender apenas aspectos ritualísticos da atuação dos juízes, advogados, membros do Ministério Público e servidores, a boa ordem dos trâmites forenses garante a observância do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da paridade de armas, dentre outros princípios. O desrespeito a essa disciplina, estabelecida em normas específicas, pode ensejar, em tese, a nulidade de um ato processual ou até mesmo de todo o julgamento.

É, pois, do interesse das partes e dos próprios magistrados que o procedimento seja escrupulosamente respeitado, podendo, para tanto, qualquer dos atores processuais suscitar, na primeira oportunidade que se abra, a ocorrência de quebra ou inversão da ordem dos trabalhos. Aquele que o fizer pedirá a palavra “pela ordem” ao presidente da sessão, sendo-lhe lícito fazê-lo antes ou mesmo depois de iniciado o julgamento e, excepcionalmente, após este tenha findado, para corrigir possíveis equívocos quanto à proclamação do resultado.

Em outras palavras, cabe a intervenção verbal aos intervenientes em determinado ato processual para sanar, a qualquer tempo, eventual falha de procedimento, não apenas para assegurar a regular continuidade dos trabalhos, mas, sobretudo, para prevenir eventual nulidade.

Tema análogo, atinente ao alcance das questões de ordem, foi intensamente debatido durante o processo de *impeachment* da Presidenta Dilma Roussef, ocasião em que ficou assentado que o Regimento Interno do Senado Federal seria cumprido em sua literalidade, de maneira a impedir que, por meio desse expediente, fossem levados à discussão aspectos de mérito atinentes ao crime de responsabilidade imputado à então acusada. Veja-se o que consta das normas internas da Câmara Alta do Congresso Nacional a tal respeito:

“Art. 403. Constituirá questão de ordem, suscetível em qualquer fase da sessão, pelo prazo de cinco minutos, qualquer dúvida sobre interpretação ou aplicação deste Regimento.

[...]

Art. 404. A questão de ordem deve ser objetiva, indicar o dispositivo regimental em que se baseia, referir-se a caso concreto relacionado com a matéria tratada na ocasião, não podendo versar sobre tese de natureza doutrinária ou especulativa”.

Feita essa ponderação preambular, assento que, a meu sentir, com as

vênias de estilo, não se afigura lícito empregar uma questão de ordem - cujo escopo, por definição, possui uma abrangência limitadíssima - para viabilizar discussões acerca do *meritum causae* ou de matérias doutrinárias complexas como, no caso em apreço, concernentes ao controvertido fenômeno da mutação constitucional.

Com muito maior razão, penso eu, tal via não se presta para fixar interpretação restritiva de normas que estabelecem o foro especial pelo exercício de determinadas funções públicas, instituído pelo constituinte, não como privilégio dos ocupantes de certos cargos públicos, mas como garantia dos próprios cidadãos, que têm a legítima expectativa de vê-los exercidos com independência e sem quaisquer constrangimentos, sobretudo porque tal expectativa está fundada na letra expressa da Constituição da República e na - até agora - pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por tais razões, comungo da preocupação externada pelo Ministro Alexandre de Moraes no sentido de que se afigura, no mínimo, heterodoxo transcender a problemática debatida no caso sob exame de maneira a estabelecer precedente com eficácia vinculante, apto a afetar, de imediato, inúmeras ações que tramitam em todas as instâncias do Poder Judiciário, muitas delas contemplando hipóteses totalmente diversas das tratadas neste caso, podendo acarretar consequências imprevisíveis ao desfecho das distintas lides *sub judice*.

Transcrevo, nesse particular, ilustrativo trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes, referente ao impacto que se pretende conferir à decisão a ser tomada no presente julgamento:

“Esse alcance é próprio dos ritos da repercussão geral, da edição de súmulas vinculantes e do julgamento das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Para cada modalidade/técnica de edição de precedentes normativos, a Constituição Federal e a legislação processual

estabeleceram procedimentos para escolha, instrução e debate do caso paradigma e da tese a que se atribuirá eficácia *erga omnes*, como, por exemplo: a prévia manifestação quanto à repercussão geral, no Plenário Virtual; contraditório especialmente qualificado pela participação das partes, de autoridades (AGU e PGR) e outros representantes da sociedade (*amici curiae* e realização de audiências públicas); o quórum qualificado para a edição de súmulas vinculantes; etc. Essas cautelas servem como relevantes fatores de legitimação democrática da Jurisdição Constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Veja-se que, a respeito do tema prerrogativa de foro, quanto a hipóteses não tratadas na presente Questão de Ordem, existem precedentes do Plenário desta CORTE (Rcl. 2138 e Questão de Ordem em petição 3.211-0), que estabeleceram no âmbito do Poder Judiciário no dizer do Ministro AYRES BRITTO *a impossibilidade de subverter a lógica de jurisdições superpostas*, ou seja, a impossibilidade de aplicação de sanção de perda do cargo por magistrados de instâncias inferiores a instâncias superiores. O mesmo se aplicaria em relação aos membros do Ministério Público. Além disso, existem proposições em trâmite nessas vias normais de edição de precedentes normativos, como a própria PSV 115, também afetada a este julgamento, mas com características discursivas próprias (a orientação do enunciado proposto, inclusive, diverge da proposição apresentada nesta QO), e o RE 642.553 (Rel. Min. GILMAR MENDES), no qual reconhecida a repercussão geral para discussão da amplitude de foro para magistrados aposentados.

Seria inapropriado que a Corte prescindisse desses ritos para enunciar uma tese de tão amplo alcance, em uma radical virada de entendimento, em sede processual tão limitada”.

Nessa esteira, também eu, com o devido respeito aos votos divergentes já enunciados, entendo que a simples resolução de questão de ordem em ação penal não tem – e nem poderia ter - o condão de

AP 937 QO / RJ

promover a discussão de teses jurídicas de tamanho impacto, as quais resultarão, se aprovadas, na consolidação de um novo entendimento acerca do alcance da prerrogativa de foro relativamente a parlamentares e outras autoridades, aliás, em sentido diametralmente oposto ao que se encontra estampado, de forma taxativa, no art. 53, § 1º, combinado com o art. 102, I, **b** e **c**, de nossa Lei Maior.

Em síntese, creio que uma reviravolta jurisprudencial de tal envergadura, que reescreve texto de redação absolutamente unívoca da Constituição da República, levando à alteração da vontade manifesta dos constituintes de 1988, jamais poderia ser realizada por meio de uma questão de ordem, de modestíssimo alcance, como pretendi demonstrar.

Feitas essas considerações de caráter procedimental, acaso vencidas, permito-me lembrar que, por ocasião do julgamento do RE 549.560/CE e, depois, da AP 470, tive a oportunidade de ressaltar que o foro por prerrogativa de função não pode ser confundido com um privilégio de seus detentores, mas deve ser havido como uma salvaguarda dos próprios cidadãos, tal como ocorre com os predicamentos da magistratura, instituídos não em favor dos juízes, mas em prol dos jurisdicionados, por assegurar a estes que a prestação jurisdicional será sempre exercida de forma independente e imparcial.

Destaco, a propósito, o quanto decidido no Recurso Extraordinário 291.485/RJ (DJ 23/4/2003) - que explicita o entendimento desta Suprema Corte acerca da matéria, de resto, amparado em parecer do Procurador-Geral da República - no qual se decidiu, pela pena do Ministro Néri da Silveira, que "o foro especial por prerrogativa de função, como a própria expressão bem define, busca resguardar a função pública e está fundado na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação".

E para comprovar que não existe qualquer privilégio que beneficie os detentores de foro especial, trago à colação as observações veiculadas

recentemente pelo Ministro Celso de Mello, Relator do MS 34.609/DF, que, ao indeferir liminar requerida pelo impetrante, assinalou o que segue:

“[...] o Ministro de Estado eventualmente sujeito a atos de persecução penal perante o Supremo Tribunal Federal estará sujeito, como qualquer outro cidadão da República, às seguintes medidas, sem prejuízo de outras que sejam aplicáveis ao caso: (a) [...] à prática de atos pré-processuais de persecução penal, como o inquérito policial e/ou o procedimento de investigação penal instaurado pelo Ministério Público; (b) [...] poderá ser submetido, pela Polícia Judiciária, ao ato de indiciamento; (c) [...] em qualquer fase da investigação criminal ou da persecução penal em juízo, poderá sofrer a decretação de sua prisão cautelar, como a prisão preventiva [...] ;(d) [...] a diligências de caráter probatório, podendo recair sobre ele medidas de busca e apreensão domiciliar ou medidas de busca e apreensão nas dependências do próprio Ministério que dirige; (e) [...] está igualmente sujeito à medida de condução coercitiva, caso ocorra a hipótese prevista no art. 218 do CPP, embora, como qualquer outro cidadão sem prerrogativa de foro, possa exercer o direito ao silêncio, se e quando figurar como indiciado ou réu; (f) [...] também está sujeito ao procedimento da acareação, tanto perante a autoridade policial ou o Ministério Público (CPP, art. 6º, VI), quanto em juízo (CPP, art. 229); (g) [...] quando preso em razão de prisão em flagrante ou de prisão preventiva, embora recolhido a local distinto da prisão comum (CPP, art. 295, I e seu § 1º), estará sujeito, no entanto, sem qualquer discriminação, aos deveres que se impõem ao preso comum (CPP, art. 295, § 5º); (h) [...] quando ostentar a condição de indiciado ou de réu, não terá a prerrogativa prevista no art. 221 do CPP, recebendo, em consequência, o mesmo tratamento legal dispensado a quem não dispõe de prerrogativa de foro, a significar que deverá comparecer aos atos do inquérito policial ou do processo criminal, inclusive para interrogatório, sem a faculdade de poder ajustar com a autoridade policial ou

judiciária competente dia, hora e local para a prática dos atos pertinentes à persecução penal [...]; (i) [...] poderá sofrer, por decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito de procedimento penal contra ele instaurado, o afastamento cautelar ou a suspensão provisória do exercício de sua função pública, quando houver justo receio da utilização abusiva do cargo ministerial para o cometimento de infrações penais, especialmente nos casos em que a sua conduta incidir na prática de improbidade administrativa (CPP, art. 319, VI)”.

Também para repelir a inverídica afirmação de que haveria diferença de tratamento em razão da referida prerrogativa de foro relativamente aos demais cidadãos, o Ministro Decano foi enfático ao explicitar que:

“Vê-se desse rol de medidas que o Ministro de Estado, além de estar sujeito a todas elas, também não dispõe de quaisquer benefícios adicionais ou vantagens processuais em razão da prerrogativa de foro de que é titular, sendo-lhe dispensada, nessa matéria, igualdade de tratamento aplicável a qualquer outro cidadão da República, como sucede, p. ex., em relação aos direitos e garantias individuais a todos assegurados, indistintamente, pela própria Constituição, com especial destaque, ante o seu caráter de essencialidade, para o direito fundamental de sempre ser presumido inocente até o trânsito em julgado de eventual condenação criminal [...], valendo acentuar, ainda, que esse postulado constitucional comum tanto ao Ministro de Estado quanto aos cidadãos em geral mostra-se igualmente extensível à esfera eleitoral [...]e ao plano administrativo, inclusive em matéria de investidura em cargos públicos [...]”.

De fato, a ação penal de competência do Supremo Tribunal Federal não difere, em linhas gerais, das demais ações penais em curso em todo o território nacional, sobretudo quanto ao rigor com são levadas a efeito. A única diferença é que a competência originária da Suprema Corte, em

certos casos, é fixada por expressa disposição constitucional.

Precisamente por força de disposição da Lei Maior é que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nas infrações penais comuns, sejam elas de ação penal pública, sejam públicas condicionadas à representação ou puramente privadas.

Igualmente é da Suprema Corte a competência para julgar os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente pela prática de infrações penais comuns ou crimes de responsabilidade.

Ora, entender que se faz necessário, agora, modificar todo um sistema articulado de prerrogativa de foro - instituído pelos constituintes, em uma quadra histórica particularmente difícil, na qual se ensaiavam os primeiros passos da redemocratização do País - sob o fundamento de que teria ocorrido uma suposta mutação constitucional provocada por alegada “disfuncionalidade do sistema decorrente do sobe e desce processual”, identificada em pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, *concessa venia*, não se afigura nem razoável e nem mesmo desejável nesse delicado momento de redefinição de rumos por que passa o Brasil.

Ao exercer a Presidência do STF, logo que foram divulgados os dados da mencionada Fundação, solicitei à nossa Assessoria de Gestão Estratégica que fizesse um estudo para verificar se eram, ou não, válidos os números por ela divulgados, os quais concluía pela morosidade dos trabalhos desta Suprema Corte relativamente às demais instâncias jurisdicionais. E à época chegamos a conclusões diametralmente opostas. Esses estudos da AGE - que são públicos - podem ser facilmente obtidos

por aqueles que se interessem pelo tema.

E para reforçar a impropriedade das imputações que foram feitas ao Supremo Tribunal Federal quanto à morosidade dos julgamentos nele realizados, não é possível deixar de levar em conta que as dificuldades maiores encontram-se precisamente no rito bizantino imposto pela Lei 8.038/1990 para o julgamento das ações originárias nas Cortes Superiores, totalmente ultrapassado e claramente incompatível com a celeridade que hoje requer o processo penal contemporâneo.

Trata-se de um procedimento sabidamente inadequado, sobretudo quanto ao trâmite das inúmeras ações penais que passam pela Suprema Corte, bem assim por outros Tribunais Superiores. De fato, contássemos nós, naquela Lei, com um dispositivo assemelhado ao art. 400 do Código de Processo Penal, talvez não estivéssemos hoje debruçados sobre esta especiosa querela.

Com efeito, o referido dispositivo da legislação processual penal ordinária permite a concentração de atos processuais nos termos abaixo:

"Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado [...]"

Como se percebe, até com relação ao Código de Processo Penal, a Lei 8.038/1990 está defasada no tocante ao modo como se deve proceder a uma instrução criminal minimamente condizente com os tempos que correm.

Convém repelir, portanto, com veemência, as acusações assacadas contra o Supremo Tribunal Federal na linha de que este é moroso ou até mesmo desidioso na administração dos feitos criminais sob sua jurisdição. Se há um limitador para o ritmo da tramitação das ações penais nesta Suprema Corte, não há dúvida de que ele é inequivocamente ditado por razões de natureza processual e não de ordem material ou pessoal atribuível a qualquer de seus membros e, muito menos, ao foro especial por prerrogativa de função.

Nesse passo, a indagação que não quer calar é a seguinte: “Por que o Supremo não faz nada a respeito?” A resposta que emerge é de uma extrema singeleza: “É porque a Corte não tem iniciativa legislativa em matéria processual, da qual deveria ser indubitavelmente dotada.”

E, como não temos iniciativa legislativa para alterar a lei processual que nos rege e muito menos para propor emendas à Constituição, não me parece ser lícito à Corte – numa tentativa de desbordar essa limitação institucional - conferir interpretação limitadora à prerrogativa de foro, para diminuir o acervo de processos originários em estoque, a partir de uma mera questão de ordem, ainda mais sob o pretexto de que teria havido uma mutação constitucional. Isso, ademais, sem que tenha ocorrido qualquer mudança substancial no plano fático que justifique uma ablação extrema dessa tradicional garantia, quiçá, até mesmo, em afronta ao princípio da separação dos poderes, erigido em cláusula pétrea pelos elaboradores de nossa Lei Maior.

Nessa direção, o Ministro Alexandre de Moraes lembrou, a meu ver corretamente, que inexistente qualquer base empírica, sociológica ou jurídica confiável para que o intérprete da Constituição avance sobre o consagrado mecanismo de freios e contrapesos, concebido por Montesquieu no século XVIII. O que parece haver, em verdade, é apenas um certo clamor popular, que está a demandar uma punição sumária das autoridades acusadas de cometer delitos contra o erário, ruído esse

AP 937 QO / RJ

captado por alguns ouvidos mais sensíveis.

Aqui, permito-me trazer à baila editorial do jornal *O Globo*, de 4 de outubro de 2012, escrito à época do julgamento da AP 470, com o título *Afronta ao Supremo e ao Estado de Direito*, lembrado pelo Ministro Alexandre de Moraes, que corrobora as reflexões acima desfiadas, com o seguinte teor:

“O pedido de desmembramento do processo foi encaminhado diversas vezes ao STF, inclusive na primeira sessão do julgamento, reivindicação sempre rejeitada pelos ministros. E com razão, pois fragmentar o processo inviabilizaria o julgamento de forma organizada de crimes cometidos. Só numa avaliação do conjunto da denúncia do Ministério Público Federal seria possível cada juiz votar com o máximo conhecimento dos fatos, para concluir sem considerar que **transferir a maioria dos réus para a primeira instância significaria inocentá-los, a priori, dada a conhecida lerdeza dos tribunais. Não seria feita justiça, ao contrário (grifei)**”.

Interessantemente, ainda ontem, dia 1º de maio de 2018, também a convalidar essa visão pessimista, o jornal *O Estado de São Paulo*, em editorial cujo título é *O escândalo pelo escândalo*, consigna o quanto segue:

“Há 1 ano e 3 meses, a ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), homologou o acordo de colaboração premiada firmado entre a Procuradoria-Geral da República (PGR) e 78 executivos do Grupo Odebrecht. O acordo levou à Corte Suprema 83 inquéritos abertos pela PGR contra 108 autoridades com foro especial por prerrogativa de função, o chamado foro privilegiado.

De lá para cá, a dita ‘delação do fim do mundo, chamada assim pelo número de delatados e pelo quilate das posições que ocupam (ou ocupavam) nos Poderes Executivo e Legislativo, andou pouco para fazer jus à alcunha hiperbólica. Só um dos

investigados se tornou réu, o senador Romero Jucá (MDB-RR). Ele responde por corrupção e lavagem de dinheiro por supostamente ter pedido e recebido R\$ 150 mil em troca de favorecimento da Odebrecht na tramitação de duas medidas provisórias em 2014.

O caso da delação premiada da Odebrecht é paradigmático do momento por que passa o País. Importa mais o holofote lançado sobre determinados membros do Ministério Público Federal, da Polícia Federal e até do Poder Judiciário do que os resultados que as investigações e eventuais denúncias possam produzir para o avanço institucional do Brasil. É a era do escândalo por si só, um pernicioso método de atuação de alguns agentes públicos que, ao fim e ao cabo, buscam lançar suspeitas contra toda a chamada classe política para, desta forma, apresentarem-se à Nação como uma classe distinta de servidores, os únicos moralmente capazes de sanear o País.

Imbuídos por este espírito purificador da vida nacional, que flerta com o messianismo, não importa a consistência de indícios e provas, bastam as “boas intenções” de determinados policiais, procuradores e juízes. As eventuais ofensas à honra e à reputação dos acusados sem elementos que sustentem as acusações entram para a conta dos danos colaterais aceitos em nome da batalha pela moralidade pública. Resta saber a quem serve tal método de atuação. Ao Brasil não é.

O caso da delação do Grupo Odebrecht é o mais emblemático, mas não é o único. Com base na Lei de Acesso à Informação, o Estado obteve os dados de 3.018 inquéritos abertos entre 2013 e 2017 para apurar os crimes de concussão e corrupção ativa e passiva no âmbito da Polícia Federal. Do total, 1.729 inquéritos foram concluídos (57%). Destes, apenas 473 (27%) levaram ao indiciamento de pelo menos um dos investigados. Prisões temporárias ou preventivas só ocorreram no curso de 282 inquéritos (16%). No entanto, todos os acusados, indistintamente, tiveram suas vidas devassadas e, muitas vezes, arruinadas, e suas reputações, enxovalhadas.

O dado mais revelador dessa sanha punitiva que move

uma parte da Polícia Federal e do MPF é o número de inquéritos que foram concluídos sem indiciamento: 1.256 dos 1.729. Ou seja, 73% das investigações da PF sobre corrupção entre 2013 e 2017 resultaram em nada. Um inquérito é encerrado sem indiciamento quando a polícia não reúne provas suficientes para indicar a materialidade de um crime, vale dizer, a sua ocorrência, e a autoria.

A subprocuradora-geral da República Mônica Galdino, coordenadora da Câmara de Combate à Corrupção do MPF, disse ao Estado que em muitos casos as denúncias 'chegam sem dados que permitam confirmá-las ou a suspeita é infundada ou irrelevante'.

A incúria de alguns procuradores, que fazem denúncias apressadas e sem fundamentos plausíveis, em nada contribui para a efetiva melhora da qualidade da representação política no Brasil.

A História recente é pródiga em exemplos de cruzadas antipolítica, como se a atividade político-partidária fosse um mal em si mesma, e não o pilar da democracia representativa. Os resultados dessa campanha não são alvissareiros.

Parte-se da premissa de que a política será regenerada por meio da ação de uns poucos servidores públicos corajosos e abnegados, e não pelo voto dos cidadãos. É fundamental que haja servidores assim, mas quando driblam a lei em nome de uma causa, seja ela qual for, todos perdemos (grifei)".

Ora, é justamente essa a consequência daquilo que ora se propõe, sem aguardar-se a necessária e desejável deliberação do Parlamento - o qual, como é público, já iniciou o processo legislativo para rediscutir o assunto - e sem considerar que o foro especial por prerrogativa de função, no fundo, agasalha um sistema de garantias para os integrantes dos três poderes do Estado - leia-se, para os administrados em geral - e não apenas dos membros do Legislativo.

Nesse diapasão, recorde importante julgado relatado pelo Ministro

AP 937 QO / RJ

Victor Nunes Leal, levado a efeito em 31/1/1962, na Rcl 473/GB, no qual se lê o seguinte:

“A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, e, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público de seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador 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. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado.

Essa correção, sinceridade e independência moral com que a lei quer que sejam exercidos os cargos públicos ficaria comprometida, se o titular pudesse recear que, cessada a função, seria julgado, não pelo Tribunal que a lei considerou mais isento, a ponto de o investir de jurisdição especial para julgá-lo no exercício do cargo, e sim, por outros que, presumidamente, poderiam não ter o mesmo grau de isenção.”

Com efeito, isso é assim porque o julgamento desses agentes públicos por juízos singulares ou por órgãos colegiados de instâncias inferiores, mais vulneráveis, teoricamente, a pressões populares, políticas ou midiáticas, poderia resultar em decisões que, no limite, comprometeriam a própria ordem democrática.

Seja como for, trata-se de uma competência excepcional e, como tal, só pode ser admitida em situações igualmente excepcionais. Nessas hipóteses aplica-se o antigo brocardo jurídico de acordo com o qual *excepciones sunt strictissimae interpretationis*, ou seja, “as exceções interpretam-se de modo estrito”. Em outras palavras, a competência por

AP 937 QO / RJ

prerrogativa de função só pode ser reconhecida nos casos taxativamente enumerados na Constituição, cujo rol não permite uma exegese ampliativa.

Em contrapartida, penso, *data maxima venia*, que também a hermenêutica proposta pelo Relator desta ação não pode deixar de submeter-se, de modo estrito, ao que textualmente dispõe o art. 102, I, **b** e **c**, de nossa Carta Magna.

Nessa linha, há de se acolher aquilo que o Ministro Marco Aurélio denominou de “autocontenção”, na AP 536-QO/MG, ao assentar que a competência constitucional desta Suprema Corte somente pode ser alterada mediante a submissão de eventual alteração ao crivo do Poder Legislativo, que atuará, se for o caso, por meio da aprovação de competente emenda constitucional.

Já no tocante ao segundo tema da questão de ordem submetida ao Plenário, ouse pontuar que a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal é no sentido de declinar sua competência, assim que cessar o mandato parlamentar, conforme revelam, respectivamente, o Inq 687 QO/SP, de relatoria do Ministro Sydney Sanches e o Inq 2268-AgR/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, de cuja ementa transcrevo o trecho abaixo:

“1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, ‘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’. 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, ‘b’, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal

Federal, para processar e julgar 'os membros do Congresso Nacional', nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, 'b' e 'c'). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou”.

Essa regra, contudo, foi alterada no julgamento da AP 396/RO, que

envolvia o deputado Natan Donadon, no qual esta Suprema Corte considerou abusiva a renúncia do mandato parlamentar após a inclusão em pauta para julgamento da referida ação penal com o nítido subterfúgio de tumultuar o processo, bem como fazer expirar o prazo prescricional. Nesse sentido, transcrevo parte da ementa da AP 396/RO, Relatora a Ministra Cármen Lúcia e Revisor o Ministro Dias Toffoli:

“1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. 2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal. 3. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbre suposta prática de ilícitos penais. Precedentes. 4. O processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritas no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõem de prerrogativa de foro. 5. O inquérito civil instaurado pelo Ministério Público estadual não se volta à investigação de crime político, sendo inviável a caracterização de qualquer dos fatos investigados como crime político. 6. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à

existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. 7. A pluralidade de réus e a necessidade de tramitação mais célere do processo justificam o desmembramento do processo. 8. As provas documentais e testemunhais revelam que o réu, no cargo de diretor financeiro da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, praticou os crimes de peculato, na forma continuada, e de quadrilha narrados na denúncia, o que impõe a sua condenação. 9. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento. 10. Preliminares rejeitadas. 11. Ação penal julgada procedente”.

Assim, entendo, da mesma forma, que esta Suprema Corte não perde a competência para processar e julgar as ações previstas no art. 102, I, **b** e **c**, da Constituição da República, quando a renúncia ao mandato for posterior ao fim da instrução processual, conforme revela também a AP 568/SP, de relatoria do Ministro Roberto Barroso:

“1. A Turma, por maioria de votos, já decidiu que a renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Precedente: AP 606-QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (Sessão de 07.10.2014). 2. No Inq 3734, a Turma entendeu, por ocasião do recebimento da denúncia, que na hipótese de não reeleição não se aplica o mesmo critério de fixação de competência. 3. O caso presente, que envolve julgamento de ação penal, é análogo a este último. No entanto, a instrução foi concluída e o voto do relator preparado quando o denunciado ainda era titular de mandato. 4. Diante disso, o relator propôs a concessão de habeas corpus de ofício, já que seu voto era pela absolvição. A Turma concordou que vulneraria o mandamento da celeridade processual deixar-se de formalizar a extinção do processo com base no art. 386, III do CPP quando relator e revisor já haviam formado tal convicção. 5. Ordem concedida de ofício”.

AP 937 QO / RJ

No caso em apreço, todavia, a instrução processual encerrou-se na 1ª instância, anteriormente ao deslocamento da competência para esta Suprema Corte, ou seja, no dia 18 de junho de 2015, tendo o Relator pedido pauta para julgamento até 13 de dezembro de 2016. Considerados esses fatores e os precedentes desta Casa entendo que o Supremo Tribunal Federal não é competente para julgar o parlamentar em apreço.

Para finalizar, considerado todo o acima exposto, resolvo a questão de ordem - ressalvada a minha posição quanto a sua inadmissibilidade para os fins propostos - de maneira a assentar a impossibilidade de interpretação restritiva do art. 102, I, **b** e **c**, da Constituição da República, admitindo, contudo, que não cabe o processamento da ação penal perante a Suprema Corte, quando o delito tiver sido praticado antes do exercício do cargo que enseja prerrogativa de foro, bem assim para determinar a baixa desta ação penal ao juízo da 256ª Zona Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista que a instrução processual encerrou-se antes do deslocamento da competência para o Supremo Tribunal Federal.

É como voto.