

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de inquérito instaurado para apurar responsabilidade criminal por alegada prática dos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro, organização criminosa e crimes licitatórios, no âmbito da Companhia Docas do Espírito Santo, com suposta participação de ROSILDA DE FREITAS, então Senadora da República.

Na Pet 9.917, foram deferidas medidas assecuratórias de quebra de sigilo bancário, busca e apreensão, bem como indeferido pedido para que fossem afastados dos respectivos cargos a então Senadora ROSILDA DE FREITAS e o suplente LUIZ OSVALDO PASTORE.

Acolhendo manifestação da Procuradoria-Geral da República e considerada a perda do mandato da parlamentar (não foi reeleita no pleito de 2022), o Min. NUNES MARQUES, Relator, em 3/5/2023, determinou a remessa dos autos da Pet 9.917, do inquérito ora apreciado e dos demais apensos ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, para encaminhamento ao Ministério Público estadual, órgão incumbido de dar prosseguimento à apuração dos fatos narrados. Determinou, também, o arquivamento do processo em relação ao investigado LUIZ OSVALDO PASTORE, nos termos do art. 395, III, do CPP.

Contra essa decisão, a investigada opôs embargos de declaração, sustentando, em síntese: (a) ausência de fundamentação da decisão de quebra de sigilo bancário; (b) ausência de perícia oficial sobre os dados bancários colhidos; (c) nulidade da busca e apreensão realizada no apartamento funcional da ex-senadora; e (d) excesso de prazo na tramitação da investigação por mais de 6 (seis) anos.

Os embargos de declaração foram acolhidos sem efeitos infringentes.

Irresignada, a ex-Senadora interpôs agravo regimental, reiterando as alegações já apontadas nos embargos de declaração. Requereu, ao final, o conhecimento e provimento do agravo regimental para que o inquérito seja arquivado nesta CORTE.

A Procuradoria-Geral da República se manifestou pelo desprovimento do agravo regimental.

Na Sessão Virtual do Plenário de 17/11/2023 a 24/11/2023, o Min. NUNES MARQUES votou pelo desprovimento do agravo regimental, mantendo a decisão monocrática por seus próprios fundamentos, nos termos da seguinte ementa:

“PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PERDA. REMESSA AO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES. AGRAVO INTERNO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA.

1. O recurso é próprio e tempestivo, encontrando-se a alegação de incompetência desta Corte para apreciar as alegações suscitadas pela ora agravante indissociavelmente relacionadas ao mérito do presente recurso. Preliminar de não conhecimento do agravo rejeitada.

2. A agravante repete as teses apresentadas nos embargos de declaração, que foram examinadas de forma pormenorizada na decisão agravada e não se mostram aptas a infirmar seus fundamentos.

3. Na decisão impugnada, foram apontados fatos aptos a justificar o deferimento da quebra do sigilo bancário e indícios suficientes da prática dos crimes investigados, além de demonstradas a necessidade, a proporcionalidade e a adequação da medida.

4. A análise dos dados bancários não exige conhecimento especializado nas áreas das ciências contábeis ou econômicas, o que torna inteiramente desnecessária a realização de prova pericial, bastando, tão somente, a verificação das entradas e saídas para apurarem-se a origem e o destino dos valores depositados.

5. Não foram constatadas irregularidades no cumprimento dos mandados de busca e apreensão pela autoridade policial. Assim, não há falar em ilicitude das provas obtidas em consequência de medida regularmente deferida.

6. O Supremo Tribunal Federal firmou compreensão segundo a qual “ordens emanadas do Poder Judiciário são de cumprimento exclusivo da polícia judiciária, em cujo rol não se inserem as polícias legislativas. À minguada de determinação constitucional expressa, as medidas cautelares autorizadas judicialmente em face de detentores de cargo com prerrogativa de foro não se sujeitam à validação de outro Poder Republicano” (Inq 4.112, ministro Edson Fachin) – CF, art. 144.

7. O sistema acusatório previsto em nosso ordenamento jurídico-constitucional é marcado por profunda separação das funções de investigação e de julgamento. Precedentes.

8. O monopólio de atuação nos delitos objeto de ação penal pública incondicionada é de titularidade do Ministério Público, com a prerrogativa de arquivamento dos elementos de informação (CPP, art. 28), sendo essa uma de suas funções institucionais definidas no Texto Constitucional (art. 129, I), de acordo com a jurisprudência desta Corte. Precedentes.

9. É pacífica a jurisprudência do Supremo no sentido de só autorizar o trancamento das investigações criminais em hipóteses excepcionais – atipicidade da conduta, extinção da punibilidade ou ausência de justa causa –, admitindo-se, excepcionalmente, o arquivamento do inquérito pelo Relator, na forma do art. 231, § 4º, 'e', do Regimento Interno, mesmo em caso de possível declínio de competência, quando demonstrada a inexistência de elementos mínimos de materialidade e autoria delitiva.

10. Tendo em vista que os fatos apresentados pela autoridade policial e pelo Ministério Público Federal são típicos e não se está diante da hipótese de extinção da punibilidade, tampouco de ausência de justa causa, porquanto existe linha investigativa idônea e consistente em andamento, capaz de legitimar a continuidade das apurações, não está configurado excesso de prazo.

11. Agravo interno desprovido..”

Na ocasião, pediu vista dos autos o Min. GILMAR MENDES, suscitando, agora, questão de ordem para que o Plenário revise a matéria relacionada ao foro por prerrogativa de função, a fim de definir que a saída do cargo *somente* altera a competência – do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ou de qualquer outro Tribunal – em casos de crimes praticados *antes da investidura no cargo* ou, ainda, dos que *não possuam relação com o seu exercício*.

Propõe o Min. GILMAR MENDES a seguinte tese: *a prerrogativa de foro para julgamento de crimes praticados no cargo e em razão das funções subsiste mesmo após o afastamento do cargo, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados depois de cessado seu exercício, com aplicação imediata da nova interpretação aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados pelo STF e pelos demais Juízos com base na jurisprudência anterior.*

No caso concreto, aplicando a tese proposta, o Min. GILMAR MENDES firma a competência originária desta SUPREMA CORTE para supervisão do inquérito policial, já que as condutas investigadas foram praticadas durante o exercício do mandato e em razão dele,

permanecendo neste Tribunal, sob a supervisão do eminente Ministro NUNES MARQUES, Relator.

É o relato do necessário.

Na discussão e debates do julgamento da AP 937 QO/RJ, em 1º de junho de 2017, antes de proferir meu voto em 23/11/2017, ressaltei a complexidade e importância da discussão sobre a amplitude da prerrogativa de foro prevista constitucionalmente, afirmando que:

“A importância do presente julgamento transcende a própria definição dada pela Tese de Repercussão Geral, que diretamente se refere às prerrogativas de foro tratadas **no artigo 102, I, “b”**, da CF (competência do STF, nas infrações penais comuns do Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os próprios Ministros do STF e o Procurador-Geral da República) e **“c”** (competência do STF nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, 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); **no artigo 105, I** (competência do STJ, nos crimes comuns de Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais) e, **finalmente, no artigo 29, X** (competência do TJ no julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça); uma vez que, **em seu voto, o ilustre Relator concluiu pela aplicação desse novo entendimento a todas as hipóteses de foro privilegiado**, pretendendo, certamente, que esse novo posicionamento, caso adotado por esta Corte, se aplique também aos artigos **108, I, “a”** (competência do TRF, ressalvada a eleitoral, os Juízes Federais, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade e aos membros do Ministério Público da União, desde que não atuem em Tribunais); **96, III** (Tribunal de Justiça, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência eleitoral, os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios e os membros do

Ministério Público Estadual); além das autoridades que, no âmbito estadual, têm previsão de prerrogativa de foro estipulada com base no **artigo 125, § 1º**, da Constituição Federal, **não citadas anteriormente na tese de repercussão geral analisada nesse momento, o que, certamente, acabará trazendo outra série de consequências”**.

Salientei, ainda, que:

“Concordo com o Ilustre Relator, quando afirma a existência de disfuncionalidade no sistema. A atual amplitude da aplicação das previsões constitucionais da denominada prerrogativa de foro em razão de função, instituto que é conhecido como “foro privilegiado”, é, **como venho defendendo há anos**, não resta dúvida, extremamente extensiva e generosa, para não se dizer exagerada, especialmente, a partir de **interpretações que ora possibilitaram a atração do foro privilegiado para coautores e partícipes, ora possibilitaram a cada uma das 26 Constituições estaduais e à Lei Orgânica do Distrito Federal ampliar o rol das autoridades a serem julgadas originariamente em segunda instância pelos Tribunais de Justiça**.

Porém, ousado, pedindo todas as vênias, discordar de uma das afirmações do Ilustre Relator, quando, ao propor a alteração aos crimes praticados *no cargo e em razão do cargo*, afirmou que “a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por *impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal*, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa”, para concluir em momento posterior que “**A experiência e as estatísticas** revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo”.

Parabenizo o brilhante voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, inclusive por trazer à colação a questão da “**experiência**” como importante fundamento jurídico de seu voto, no estilo do **realismo jurídico de um dos grandes nomes da Corte Suprema Norte-Americana, OLIVER HOLMES**, que, inclusive, chegou a afirmar: “**a vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência**” (OLIVER WENDELL HOLMES

JR. *The Common Law*. New York: Dover, 1991, p. 1); porém, preciso ressaltar que não consigo concordar com algumas de suas premissas, tampouco com as conclusões **de alguns trechos de seu voto**.

Em primeiro lugar, porque não há nenhuma, repito, nenhuma pesquisa estatística que compare o grau de efetividade de ações penais contra altas autoridades da República, antes e depois do aumento das hipóteses de “foro privilegiado”, inicialmente pela EC 1/1969 e, depois, confirmado e ampliado pela Constituição de 1988; tampouco há pesquisas comparativas sobre a efetividade penal do Supremo Tribunal Federal em relação à 1ª instância; e, conseqüentemente, não há fundamento técnico-científico para a afirmação de que uma instância jurisdicional é melhor ou pior no combate à corrupção que as demais.

Em segundo lugar, porque essas importantíssimas considerações do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO sobre a impunidade de agentes públicos corruptos e a justa indignação da sociedade **nos levam a uma essencial reflexão**: antes da ampliação do foro privilegiado aos parlamentares com a EC 1/1969 e essa enorme difusão de hipóteses de foro privilegiado no Brasil, com a Constituição de 1988, o histórico brasileiro era de responsabilizar criminalmente sua elite política? Tínhamos, no Brasil, efetivo combate à impunidade de agentes políticos corruptos? A ausência de efetividade da justiça penal anteriormente à Constituição de 1988, como é fato notório, era quase absoluta, tanto que vários ditados populares foram criados, tais como “rouba mas faz”, para agentes políticos, e a “justiça criminal só funciona para os 3 Ps”, em relação à impunidade das elites política e econômica, que sempre existiu no Brasil e se ampliou com a chegada da família real no Rio de Janeiro, em 1808.

Inclusive, concordemos ou não com o “foro privilegiado”, um dos históricos motivos para a previsão de prerrogativas de foro em razão da função foi a necessidade de se retirar a influência nas justiças locais, que desde o Império atuavam com certo compadrio com as lideranças políticas locais, nesses julgamentos. Lembremo-nos do que salientava o grande constitucionalista do Império, PIMENTA BUENO:

“A constituição do império, no art. 164, § 2, fiel ao princípio da igualdade da lei, proscreeu os foros

privilegiados; foi, porém, ela mesmo quem criou esta competência do supremo tribunal e **vistas não tanto destes altos funcionários, como de verdadeiro interesse público**. Era sem dúvida de mister atribuí-la a uma **corte ilustrada e independente para que se tivesse a garantia de um julgamento imparcial**” (*Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de documentação: 1958, p. 371 e ss).

No Brasil, como nos lembrou o Ministro CELSO DE MELLO, na sessão de ontem, em 31/5/2017, o foro privilegiado é menos um instituto monárquico e mais, lamentavelmente, um instituto que cresceu na República, por paradoxal que isso possa parecer.

Mas não é possível, seja do ponto de vista histórico, seja do ponto de vista sociológico, ou mesmo jurídico, estabelecer uma conexão entre impunidade no Brasil e ampliação do foro privilegiado pela Constituição de 1988. Da mesma maneira, entendo não ser possível estabelecer como consequência do aumento da corrupção no Brasil um eventual desprestígio deste Supremo Tribunal Federal. Infelizmente, ainda é ignorado por muitos críticos do Supremo Tribunal Federal que, até a promulgação da EC 35/2001, havia a necessidade de prévia licença das Casas Parlamentares para o recebimento de denúncia contra parlamentares, caracterizadora de obstáculo à atuação da Corte. Além disso, também se ignora que há maior complexidade de análise para recebimento de denúncias criminais de um órgão colegiado que atua em única e última instância – sem possibilidade de recurso para o réu, e, conseqüentemente, com necessidade de maior detalhamento no exame das hipóteses de justa causa para a ação penal.

Com todo o respeito às opiniões contrárias, entendo que as afirmações ligando o foro privilegiado existente nesta Corte à impunidade ofendem e acabam por tentar desonrar, injustificadamente, seus Ministros, de ontem e de hoje, o que é absolutamente inaceitável pelo histórico do Supremo Tribunal Federal.

Basta lembrar que, poucos anos atrás, a sociedade clamava ao Supremo Tribunal Federal que não desmembrasse a AP 470 (“Mensalão”) para a primeira instância, sob pena de impunidade.

Vamos recordar o sentimento da Nação brasileira em novembro de 2012 – **4 anos e meio atrás** –, por meio da opinião dos maiores meios de comunicação do Brasil.

Vejam, nesse sentido, EDITORIAL DO JORNAL “O GLOBO”, de 4 de outubro de 2012, com o título “Afronta ao Supremo e ao Estado de Direito”, em que, após criticar a iniciativa de alguns réus condenados no “mensalão” ajuizarem pedidos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), contra veredictos da mais alta instância da Justiça brasileira, afirma textualmente:

“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”**.

Da mesma maneira, em 13 de novembro de 2012, o jornal FOLHA DE S. PAULO, em EDITORIAL DE CAPA, sob o título “Julgamento para a história”, destaca que a atuação do Supremo Tribunal Federal representou um marco no combate à corrupção, afirmando “um país em que a indignação dava lugar para o conformismo e em que todo o escândalo estava destinado à impunidade e ao esquecimento - talvez esse país comece a ser outro, a partir de agora”, e concluindo, infelizmente de maneira profética, que “não será num dia que se banirá a impunidade da política brasileira, mas emergiram, como nunca, as condições para que isso ocorra”.

E, por fim, em EDITORIAL, de 14/11/2012, o jornal O ESTADO DE S. PAULO afirmou “ao fixar, anteontem, os termos dos seus merecidos castigos por corrupção ativa e formação de quadrilha, a Corte Suprema brasileira fez história não apenas quebrando o paradigma da impunidade dos poderosos, mas dissipando qualquer dúvida sobre a capacidade técnica e integridade moral do colegiado para levar a cabo uma ação

penal sem precedentes por sua complexidade, ramificações, número e calibre da grande maioria dos acusados”.

Em comum nos três maiores jornais do País a constatação da excelência da atuação do Supremo Tribunal Federal e a reversão à tradição de impunidade da política brasileira.

Será possível, hoje, utilizar esse mesmo argumento – reversão à tradição de impunidade da política brasileira –, só que em sentido inverso, para pleitear a extinção ou drástica redução do “foro privilegiado”, com remessa imediata de todas as investigações para a primeira instância, que seria mais eficiente e eficaz do que o Supremo Tribunal Federal?

Paradoxal analisar que, sem nenhuma alteração constitucional no tema em questão, e com meros 4 anos e meio a separar os maiores e mais lamentáveis casos de corrupção da vida política brasileira, duas interpretações diametralmente opostas são pretendidas, baseadas na mesma motivação, qual seja, evitar a impunidade. Afirmava-se que a primeira instância de ontem geraria a impunidade e, portanto, que seria vital ao Supremo Tribunal Federal concentrar todo o processo e julgamento do “mensalão”. Porém, hoje alguns afirmam que a impunidade estará consagrada se o “petrolão” permanecer no Supremo Tribunal Federal, pois somente a primeira instância é capaz de medidas eficazes e rápidas contra a corrupção. **Erros e exageros, ontem e hoje.** O Poder Judiciário brasileiro é competente e independente em todas as suas instâncias, que precisam de mais estrutura e instrumentos processuais mais modernos para garantir maior celeridade e efetividade na distribuição de Justiça, para todos, e não somente para os casos que terminam com “ão”: “Mensalão”, “Petrolão”.

Se o Poder Judiciário prosseguir sem estrutura, e amanhã? Qual a instância do Poder Judiciário que será a única capaz de exterminar eventual novo caso de corrupção? Cada momento uma livre opção interpretativa para a aplicação da Constituição? Como ficam a defesa do Juiz Natural, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas?

Mas, nesse momento, minha maior preocupação é com a análise sistemática dos reflexos de eventual alteração de posicionamento desta Corte em relação ao foro privilegiado, em virtude da existência de previsões constitucionais conexas relacionadas a prerrogativas institucionais.

No Brasil, concordemos ou não com a previsão ou com os

excessos de foro privilegiado, os atuais contornos definidores dessa prerrogativa – mesmo que tenha se ampliado excessivamente ao longo do tempo – estão presentes desde a nossa primeira Constituição do Império, de 1824, passando por todas as Constituições Republicanas, dentro, sempre, de um conjunto de garantias institucionais concedidas aos exercentes dos altos cargos e funções dos Poderes de Estado, Legislativo, Executivo, Judiciário e, mais recentemente, porém com igual incidência e importância, ao Ministério Público, sempre com a finalidade de assegurar a garantia de autonomia e independência de suas importantes atribuições constitucionais.

A Assembleia Nacional Constituinte, no intuito de preservar esse mecanismo recíproco de controle e a perpetuidade do Estado democrático, previu, para o bom exercício das funções estatais, pelos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e pela Instituição do Ministério Público, diversas prerrogativas, imunidades e garantias a seus agentes políticos, como, por exemplo, a opção política de ampliar as hipóteses de prerrogativa de foro se comparadas com os textos anteriores.

Como salientado pelo Ministro VICTOR NUNES (Rcl 473), *“a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse das pessoas, do ocupante do cargo, mas no interesse do 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”*.

A manutenção dessa previsão foi uma opção política da Assembleia Nacional Constituinte, consubstanciada no texto aprovado em 5 de outubro de 1988, pela manutenção do instituto da prerrogativa de foro, com ampliação das hipóteses, em virtude de questões políticas, jurídicas e culturais existentes à época e discutidas longamente em suas diversas comissões. Portanto, **uma opção consciente**. Como exemplo, vejamos o histórico de aprovação do atual art. 102, I, “b”, do texto constitucional, para não nos alongarmos muito na análise do processo legislativo das previsões de “foro privilegiado”.

No substitutivo I, apresentado na Comissão de Sistematização em 26/8/1987, o artigo 148, I, previa a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, o Presidente da República, o Primeiro-Ministro e os Ministros de Estado, os

seus próprios Ministros, os Deputados e Senadores, o Defensor do Povo e o Procurador-Geral da República. No Substitutivo II, apresentado perante a mesma Comissão de Sistematização, em 19/9/1987, o renumerado artigo 121, I, “b”, acrescentou os membros do Conselho Nacional de Justiça, retirou o Defensor do Povo, substituiu “deputados e senadores” por membros do Congresso Nacional e o termo “crimes comuns” por “infrações penais comuns”. Essa redação foi mantida em 24/11/1987, como Projeto A, perante o Plenário, no início da votação em primeiro turno, porém como artigo 126, I, “b”. Sofreu diversas emendas e chegou para o início de votação em 2º turno, em 5/7/1988, como artigo 108, I, b”, do Projeto B, com a seguinte redação: “nas infrações penais comuns, o Presidente da República e os Ministros de Estado, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República”.

Em 13/9/1988, após outras emendas e já renumerado como artigo 102, I, “b”, do Projeto C, chegou ao Plenário para votação em 2º turno com nova redação, na qual foram retirados os “Ministros de Estado” (que passaram para a alínea “c” do artigo 102, I) e **incluído o “Vice-Presidente da República” (nosso Decano Ministro CELSO DE MELLO ressaltou, em Sessão anterior, a tradicional inexistência de foro privilegiado para o Vice-Presidente)**. Essa redação foi aprovada em 2º turno, posteriormente, pela Comissão de Redação Final, em 21/9/1988, e promulgada em 5/10/1988. Após meses de discussão, portanto, foi apresentado o Substitutivo I da Comissão de Sistematização, que até sua aprovação consumiu outros 14 meses de debates, obviamente, de todo o atual texto constitucional.

Essa opção consciente do legislador constituinte originário na **definição de prerrogativas de foro poderia ter sido rediscutida na Revisão Constitucional de 1993/1994**. Nesse sentido, diversas emendas foram apresentadas em relação ao artigo 102 da Constituição Federal. Porém, em relação à alteração da previsão da prerrogativa de foro, somente se pretendia incluir o Advogado-Geral da União na redação do artigo 102, I, “b”, e ampliar a competência do STF para “processar e julgar as ações populares contra as autoridades cujos atos estejam submetidos à jurisdição” da Corte. Ressalte-se que ambas as propostas receberam parecer favorável do relator da Revisão Constitucional (Parecer 27, em 16/3/1994), porém não foram votadas, e o texto original foi mantido.

Da mesma maneira, em que pese a apresentação de 143 propostas revisionais em relação ao artigo 53, que prevê o conjunto de garantias e prerrogativas parlamentares, entre elas a prerrogativa de foro, como destacado pelo então relator da Revisão Constitucional e, posteriormente, Ministro desta Casa, NELSON JOBIM, “de um modo geral, tais propostas tendem a manter o foro privilegiado no STF”, pois “a grande maioria das propostas revisionais, referentes ao art. 53, tem como escopo manter o instituto da imunidade parlamentar apenas no tocante às inviolabilidades (imunidade material)”. O Parecer 12 foi apresentado pelo Relator em 17/1/1994, porém não foi apreciado, e o texto do artigo 53 foi mantido integralmente. A única alteração proposta foi a substituição da então necessária “licença prévia” para iniciar os processos contra parlamentares pela possibilidade posterior de sustação da ação penal por maioria absoluta da Casa respectiva (CONGRESSO REVISOR – Relatoria da Revisão Constitucional. Pareceres produzidos. Histórico. Tomo I, Brasília, 1994).

Em 2001, as garantias dos congressistas foram rediscutidas pelo Congresso Nacional, resultando na aprovação da EC 35, de 20/12/2001, que alterou substancialmente a redação do artigo 53, acrescentando expressamente a “inviolabilidade civil e penal” para a imunidade material e substituindo a imunidade processual em relação ao processo, nos termos anteriormente sugeridos pela Revisão Constitucional, ou seja, revogando a necessidade de licença-prévia para o processo de parlamentares e possibilitando, somente para os crimes praticados após a diplomação, a sustação da ação penal por maioria absoluta dos membros da casa, desde que devidamente provocada por iniciativa de partido político nela representado.

Novamente, a prerrogativa de foro foi reafirmada, inclusive com alteração tópica e de redação, passando do § 4º para o § 1º e fixando como termo inicial para o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal a expedição do diploma.

E, posteriormente, no já citado julgamento da AP 470 (“mensalão”), em questão de ordem (**2/8/2012**), o instituto do “foro privilegiado”, como disciplinado na Constituição de 1988 foi novamente amplamente discutido e mantido”.

Em virtude desse histórico normativo e jurisprudencial, aponte a dificuldade de definição – em uma única tese – de todas as hipóteses relacionadas à prerrogativa de foro no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

bem como seus reflexos em relação aos demais tribunais com previsão de competência originária penal, afirmando que:

“A proposta do ilustre Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, como bem salientado em seu brilhante voto, pretende alterar “essa linha de entendimento” por não estar realizando adequadamente “princípios constitucionais estruturantes”, estabelecendo, por interpretação restritiva, dois critérios específicos para a definição da prerrogativa de foro em razão da função: (i) a atualidade no exercício do cargo ou mandato e (ii) a infração penal ter sido praticada “*propter officium*”, e não mais “*intuitu funcionae*”.

Sua Excelência trouxe profundos argumentos fáticos e jurídicos sobre a possibilidade de uma interpretação restritiva das competências constitucionais, citando inclusive precedentes relacionados ao controle abstrato de constitucionalidade e do CNJ, bem como, em sua manifestação oral, salientou a ocorrência de mutação constitucional.

Trata-se, portanto, de significativa alteração na maneira de aplicação histórica do foro privilegiado, que, caso aprovada por esta Corte, conseqüentemente, terá graves e importantes reflexos na própria instrumentalização do regime de garantias, imunidades e prerrogativas de seus detentores, em especial, os parlamentares, membros dos Poderes Executivo, Judiciário e integrantes do Ministério Público.

Para análise e eventual adoção desse novo entendimento pelo Plenário desta Corte, entendo absolutamente necessária a análise das conseqüências dessa alteração, pois as prerrogativas institucionais concedidas aos integrantes dos três Poderes e aos membros do Ministério Público foram instituídas dentro de um sistema orgânico, e não isolado, com a finalidade constitucional de garantir o bom exercício de suas funções e permitir suas responsabilizações nos casos de desvios.

Parece-me, portanto, imprescindível que esta Corte analise os principais reflexos de determinadas situações intrinsecamente relacionadas ao “foro privilegiado”, que atualmente estão pacificadas no entendimento da Corte, mas que poderiam sofrer alterações interpretativas, que gerariam incerteza e insegurança jurídica, o que acabaria por acarretar inúmeros recursos, em cada um dos casos em que houvesse declinação de competência, e, conseqüentemente, atraso nas investigações e nos processos, com risco de prescrição e

impunidade. Relembrando o JUIZ HOLMES, o “Direito é experiência”, e, no caso brasileiro, a experiência demonstra que alterações substanciais, principalmente de competência, acabam gerando inúmeros recursos”.

Na sequência dos debates, na sessão do dia 1º de junho de 2017, indiquei que inúmeros pontos interpretativos precisariam ser analisados separadamente, para cumprir a determinação constitucional e evitar eventuais retrocessos processuais, tais como “A) Como se fará proceduralmente a aplicação da imunidade formal processual por crimes **praticados após a diplomação, porém sem nexos com a atividade parlamentar, ou seja, não propter officium?** B) Adotando interpretação extremamente restritiva em relação às **previsões constitucionais expressas** sobre hipóteses de foro privilegiado, a Corte manterá a possibilidade de ampliação ilimitada de foros privilegiados estaduais e distrital, com base na **previsão constitucional implícita** do artigo 125, § 1º, da CF? Ou, reduzindo o alcance de normas constitucionais expressas, não seria essencial também reduzir a amplitude das normas implícitas? C) Da mesma maneira, adotando interpretação extremamente restritiva em relação às **previsões constitucionais expressas**, esta Corte estaria afastando seu entendimento de, mesmo que excepcionalmente, utilizar as hipóteses de **conexão e continência** para que investigados ou réus sem previsão de foro sejam atraídos? D) A análise, também, da perpetuidade da competência do STF por fatos praticados em razão do ofício, em mandato anterior de parlamentar, seria possível ou não? E) No caso da Magistratura e Ministério Público, “a impossibilidade de subverter a lógica de jurisdições subsuperpostas” – 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. F) A necessidade de modulação dos efeitos de eventual mudança de entendimento na aplicação de todas essas regras de foro privilegiado, sob pena de reflexos negativos em casos ainda em tramitação, principalmente em relação às grandes operações em andamento. Seria eficaz transferir todas as delações e diligências de mais de centena de investigados com foro privilegiado, já realizadas de maneira concentrada por uma equipe na PGR, para, de maneira difusa, a primeira instância recomeçar tudo, novamente? Seria eficiente do ponto de vista do titular da ação penal? Da Justiça Criminal? Seria eficiente do

ponto de vista da sociedade?”.

Os debates realizados no Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, na AP 937 QO/RJ, na sessão de 1º de junho de 2017, e, posteriormente na sessão de julgamento, continuam extremamente atuais, pois, após quase 7 (sete) anos, a alteração das regras da prerrogativa de foro não demonstraram o resultado prático pretendido, não se verificando uma maior celeridade nos processos e julgamentos dos feitos declinados pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL às outras instâncias, nem tampouco foi possível expurgar a possibilidade do que sempre salientado pelo grande constitucionalista do Império, PIMENTA BUENO, ao apontar como uma das históricas razões para a previsão de prerrogativas de foro em razão da função a necessidade de se retirar o caso das justiças locais, que, desde o Império, atuavam com certo compadrio com as lideranças políticas locais:

“A constituição do império, no art. 164§ 2, fiel ao princípio da igualdade da lei, proscreeu os foros privilegiados; foi, porém, ela mesmo quem criou esta competência do supremo tribunal e **vistas não tanto destes altos funcionários, como de verdadeiro interesse público**. Era sem dúvida de mister atribuí-la a uma **corte ilustrada e independente para que se tivesse a garantia de um julgamento imparcial**. (*Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de documentação: 1958, p. 371 e ss.)”.

Além de atual, o debate sobre a interpretação mais constitucionalmente razoável e eficiente da previsão de “prerrogativa de foro” mostra-se necessário e imprescindível para cessar o que, em seu voto, após detalhar o histórico normativo e jurisprudência do instituto, o Ministro relator, GILMAR MENDES, denominou de “*subversão da finalidade do foro por prerrogativa de função*”:

“Esse amálgama indica que a superação da jurisprudência ocorreu pela metade. O Plenário passou a definir a prerrogativa de foro por um *critério material*, em função da fisionomia do delito (regra da contemporaneidade), mas, paradoxalmente, manteve a principal consequência da regra da atualidade – declínio da competência com o término do exercício funcional. Com esse arranjo, o precedente firmado na AP 937-QO reúne o

que há de mais restritivo nas duas regras examinadas – uma interpretação que, a meu ver, desborda dos limites do texto constitucional.

O resultado disso é a subversão da finalidade do foro por prerrogativa de função. Basta que o parlamentar não seja reeleito ou que o agente público se aposente para que atos por ele praticados *no exercício do cargo* sejam julgados não pelo órgão designado pelo legislador constituinte, mas em outra instância jurisdicional.

É necessário eliminar essa contradição, reconstruindo o foro especial em torno das suas próprias razões. Surge, então, uma oportunidade para que o Tribunal aprimore a orientação em vigor, a partir do raciocínio e dos critérios utilizados pela corrente vencedora na AP 937-QO: a interpretação de que o foro especial deve ser concebido e aplicado em vista da *natureza do crime* praticado pelo agente, e não de critérios temporais relacionados ao exercício atual do mandato”.

Uma dessas questões, a título exemplificativo, que não foi analisada no julgamento da AP 937 QO/RJ, foi a hipótese dos “mandatos cruzados”, cuja definição em relação à prerrogativa de foro foi decidida na PET 9189 (PLENÁRIO, Rel. Min. ROSA WEBER, Red. p/Acórdão Min. EDSON FACHIN, julgado em 12-05-2021), onde essa CORTE definiu a aplicação da prerrogativa de foro quando houvesse a manutenção do mandato do Congressista, mesmo que em Casa Legislativa diversa daquela ocupada no momento da prática da infração penal. Na época, me manifestei no seguinte sentido:

“Conforme, ainda, anotei no julgamento da AP 937/QO, a sede processual na qual submetida a matéria à apreciação da CORTE não permitiu a discussão de tese jurídica tão ampla referente a todas as hipóteses de prerrogativa de foro, independentemente de a discussão trazida naquele caso concreto ser referente a situações específicas de detentores de mandatos eletivos e cargos em comissão de investidura provisória. Entre as hipóteses não analisadas na AP 937 QO temos, exatamente, a dos presentes autos, que versa sobre a manutenção ou não da competência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nas hipóteses de “mandatos cruzados”, assim classificados aqueles nos quais haja mudança de assento

funcional nas Casas Parlamentares, sem solução de continuidade na atividade parlamentar exercida no Congresso Nacional, ou seja, quando houver sucessivos mandatos, porém em cargos diversos: Deputado Federal – Senador da República ou Senador da República – Deputado Federal. Não obstante a restritiva interpretação conferida à extensão do foro por prerrogativa de função, compreendo que o investimento imediato em novo mandato parlamentar federal, seja pela reeleição para o mesmo cargo, ou por nova eleição para Casa legislativa diversa, impõe a manutenção da competência desta SUPREMA CORTE, para o processo e julgamento dos “membros do Congresso Nacional”, pois, nessas hipóteses as sucessivas diplomações não alteram o foro competente – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –, não acarretando qualquer prejuízo à efetividade da aplicação da Justiça criminal, inexistindo a “manifesta disfuncionalidade do sistema”, o “sobe e desce processual” ou o “elevador processual”, que justificaram a conclusão emanada na AP 937 QO. Entendo, portanto, necessária a aplicação integral dos termos do artigo 102, I, b, da Constituição Federal, que prevê competência ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para julgar, originariamente, nas infrações penais comuns os membros do Congresso Nacional, sem qualquer distinção entre a Casa de origem – Câmara dos Deputados ou Senado Federal”.

Outra importante questão é exatamente a tratada nos presentes autos, ou seja, a necessidade de manutenção da prerrogativa de foro nas hipóteses da infração penal ter sido praticada no exercício do mandato e em razão de suas funções, mesmo após o término dos mandatos.

Trata-se da aplicação mitigada da regra da contemporaneidade “fato/mandato”, pois somente em relação aos crimes comuns relacionados ao exercício das funções do mandato.

Essa mitigação na aplicação da regra da contemporaneidade “fato/mandato”, tanto atende a *ratio* interpretativa do julgamento da AP 937 QO, pois mantém sob a jurisdição do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL somente aquelas infrações penais relacionadas ao exercício do mandato, quanto a razoabilidade e eficiência na interpretação do artigo 102, inciso I, “b” e “c” da Constituição Federal, impedindo alterações sucessivas de foro – dependentes única e exclusivamente da situação pessoal superveniente do investigado/réu – e mantendo o absoluto

respeito ao Princípio do Juiz Natural – como também destacado no voto do Ministro FLÁVIO DINO –, pois no momento da prática da infração penal, o autor era detentor de mandato com previsão constitucional de prerrogativa de foro.

Nesse sentido, razão assiste ao eminente Ministro relator, GILMAR MENDES, quando afirma ser:

“necessário avançar no tema, para estabelecer um critério geral mais abrangente, focado na natureza do fato criminoso, e não em elementos que podem ser manobrados pelo acusado (permanência no cargo). A proposta apresentada atende a essa finalidade. Preservando os aspectos centrais do entendimento firmado na AP 937-QO, ela estabiliza o foro para julgamento de crimes praticados no exercício do cargo e em razão dele, ao mesmo tempo que depura a instabilidade do sistema e inibe deslocamentos que produzem atrasos, ineficiência e, no limite, prescrição”.

O retorno mitigado à aplicação da regra da contemporaneidade “fato/mandato”, somente em relação às infrações penais praticadas no exercício da função, atende ao *princípio da razoabilidade*, uma vez que observadas, integralmente, a proporcionalidade, justiça e adequação na interpretação do artigo 102, inciso I, “b” e “c” da Constituição Federal, em absoluto respeito ao Princípio do Juiz Natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII), de maneira a possibilitar, nessas hipóteses de persecução penal, a atuação legítima órgão constitucionalmente competente do Poder Judiciário – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – dada a causalidade do fato com o exercício do mandato.

Dessa forma, acompanho o Min. GILMAR MENDES no sentido de estabelecer um critério *focado na natureza do fato criminoso, e não em elementos que podem ser manobrados pelo acusado (permanência no cargo)*. E a proposta apresentada atende a essa finalidade (*a prerrogativa de foro para julgamento de crimes praticados no cargo e em razão das funções subsiste mesmo após o afastamento do cargo, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados depois de cessado seu exercício*), não acarretando qualquer prejuízo à efetividade da aplicação da Justiça criminal, inexistindo a “*manifesta disfuncionalidade do sistema*”, o “*sobe e desce processual*” ou o “*elevador processual*”, que justificaram a conclusão emanada na AP 937 QO, pois esse entendimento afasta eventuais contradições entre princípios, preceitos e regras estabelecidos no texto constitucional (**Método da Unidade da Constituição**), pois, como salienta CANOTILHO, o

intérprete deve

“considerar a Constituição na sua **globalidade** e procurar **harmonizar os espaços** de tensão existentes entre as normas constitucionais a **concretizar**” (*Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998).

Essa CORTE SUPREMA deverá, portanto, aplicar a interdependência e complementaridade das normas constitucionais, que não deverão, como nos lembra GARCIA DE ENTERRIA, ser interpretadas isoladamente, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte (*Reflexiones sobre la ley e los principios generales del derecho*. Madri: Civitas, 1996, p. 30), sendo impositivo e primordial a análise semântica do texto Magno, garantindo a plena eficácia da previsão constitucional expressa da competência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para o processo e julgamento das autoridades com prerrogativa de foro por infrações penais praticadas no exercício das funções, como na presente hipótese.

Diante de todo o exposto, ACOMPANHO integralmente o Ministro relator, GILMAR MENDES na presente QO, com a fixação de tese apontada por Sua Excelência: “a seguinte tese: *a prerrogativa de foro para julgamento de crimes praticados no cargo e em razão das funções subsiste mesmo após o afastamento do cargo, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados depois de cessado seu exercício, com aplicação imediata da nova interpretação aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados pelo STF e pelos demais Juízos com base na jurisprudência anterior*”.

Observo, ainda, a importância e relevância do item II da tese trazida pelo Ministro FLÁVIO DINO, que deverá ser analisada oportunamente pelo PLENÁRIO desse SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, uma vez que na presente QO o eminente Ministro relator, GILMAR MENDES, não se posicionou a respeito.

É o VOTO.