

VOTO DIVERGENTE

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, rogo vênias para dissentir da conclusão alcançada por Sua Ex^a. Ministro Gilmar Mendes, na condição de Relator, para solução do caso em exame.

Haure-se dos autos que o paciente pretende ver prorrogada a competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento e julgamento de conduta supostamente criminosa praticada no exercício e em razão do mandato de Deputado Federal, ocupado anteriormente.

Em 5.2.2015, após a notícia de que havia renunciado ao mandato para assumir o cargo de Vice-Governador do Estado do Pará, observando o entendimento então em vigor (Inq. 687-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, DJe 9.11.2001), a competência foi declinada para o Tribunal Regional Federal da 1^a Região.

Após o recebimento da denúncia e a instrução ter início, aquele Tribunal Regional aplicou a tese fixada no julgamento da questão de ordem suscitada na AP 937, vindo a competência ser estabelecida no Juízo da 15^a Vara Federal do Distrito Federal

Os impetrantes aduzem neste *habeas corpus* que o paciente exerceu, ininterruptamente, os seguintes cargos eletivos: Deputado Federal (2007/2011 e 2011/2015), Vice-Governador (2015/2018) e, atualmente, Senador da República (2019/2027), razão pela qual compete ao Supremo Tribunal Federal julgar os fatos constante da denúncia, praticados ao tempo em que exercia o cargo de Deputado Federal.

1 O juiz natural e o direito processual constitucional.

É destacada a densidade normativa do conjunto de exigências constitucionais verticalizado no desenho processual penal brasileiro. O devido processo legal depende do quanto que as regras e princípios processuais sejam concretizadas de acordo com os direitos fundamentais daqueles que acessam o sistema de justiça em busca de provimento jurisdicional. Igualdade e liberdade são corolários do processo constitucional justo.

Nessa ordem de ideias, o art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal, prevê que não haverá juízo ou tribunal de exceção. O inciso LIII, do mesmo artigo estabelece que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Aos referidos textos

normativos, o único sentido atribuível é o de que não é possível criar tribunais para julgarem fatos passados, como também não se deve fixar ou deslocar a competência para o julgamento de causa de forma casuística ou arbitrária.

A hermenêutica adequada para os citados dispositivos não pode deixar de integrar o horizonte de sentidos plasmado na justiça transnacional, conforme rogam o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o art. 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O juiz natural, como garantia prescrita em documentos constitucionais de Estados diversos, desde os tempos imemoriais, percorrendo o constitucionalismo brasileiro desde o seu início, nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (*O princípio do juiz natural na CF/88 - Ordem e desordem*, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008, p. 168), para quem a matéria da competência tem aplicação no referido princípio, *juiz competente, diante do quadro constitucional de 88, é, sem sombra de dúvida, o Juiz Natural ou Juiz Legal, de modo a se poder dizer ser dele a competência exclusiva para os atos aos quais está preordenado*. Leciona ainda o processualista que, assim, pode-se definir o princípio do juiz natural como expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade.

Desse modo, com esteio na lição de Gustavo Henrique Badaró (*Juiz natural no processo penal*, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014), a irretroatividade das normas sobre competência, enquanto decorrência da garantia do juiz natural, é um mecanismo eficiente para assegurar a imparcialidade do julgador, na medida em que evita que, mesmo em virtude de leis, sejam alteradas as regras e, conseqüentemente, modifique-se o juiz que, originariamente, era competente, passando o julgamento do feito para outro magistrado, que inicialmente não tinha legitimidade para fazê-lo.

2. Os limites da competência por prerrogativa de foro.

A Constituição Federal, além de ordenar a competência material de juízos e tribunais, disciplinou a competência por prerrogativa de foro (art. 102, I, b e c, art. 105, I, a e o art. 108, I, a), de autoridades diversas. O Pleno desta Corte restringiu o alcance da prerrogativa de foro à apuração e julgamento de condutas delituosas cometidas no cargo e em razão do

cargo exercido por aquele a quem assegura a competência especial (AP 937 QO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgamento em 3.5.2018).

É dizer, com o término do mandato cessa a competência por prerrogativa de foro (INQ 687 QO, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, 11/11/2005), exceto se finalizada a instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, conforme demarcado pelo Pleno do STF por ocasião do julgamento da Questão de Ordem a AP 937, a partir da perspectiva do princípio da identidade física do juiz, como hipótese exclusiva e específica para a excepcionalíssima prorrogação da competência da Corte.

Esse tem sido o entendimento consolidado por este Supremo Tribunal, a exemplo dos seguintes julgamentos: AP 891 AgR-segundo, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19-12-2019, DJe-055 13-03-2020; AP 962 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 16-10-2018, DJe-019 01-02-2019; RE 1377947 ED-AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 29-08-2022, DJe-193 PUBLIC 27-09-2022; AP 964 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 16-10-2018, DJe-236 PUBLIC 07-11-2018; Pet 7990 AgR-segundo, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17-02-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 11-03-2021 PUBLIC 12-03-2021.

Portanto, a racionalidade quanto à prorrogação da competência se estabeleceu para preservar a inteireza da instrução criminal levada a cabo no exercício da jurisdição penal originária, revelando-se prejudicial para a marcha processual o declínio da competência, além da incursão no desrespeito à observância da identidade física do juiz instruído para julgar a causa.

Essa compreensão encontra respaldo na orientação assente da Corte Suprema *“no sentido de que as normas constitucionais sobre prerrogativa de foro devem ser interpretadas restritivamente, o que determina o desmembramento do processo criminal sempre que possível, mantendo-se sob a jurisdição especial, em regra e segundo as circunstâncias de cada caso, apenas o que envolva autoridades indicadas na Constituição”* (AP 871 QO/PR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, Dje 30.10.2014).

3. A prorrogação da competência por prerrogativa de função na

hipótese da cessação do exercício de cargos e mandatos e o princípio do juiz natural.

A questão posta neste julgamento cinge-se à prorrogação da competência mesmo na hipótese de cessação da função cuja garantia de prerrogativa de foro lhe assiste, independentemente do momento em que a instrução criminal se encontrar, sendo que “*{a} jurisprudência dominante no STF é no sentido de que, cessado o mandato parlamentar por qualquer razão, não subsiste a competência do Tribunal para processar e julgar, originariamente, ação penal contra membro do Congresso Nacional*” (AP 536 QO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgamento em 27.3.2014).

Tal interpretação restritiva foi tecida no já citado julgamento da Questão de Ordem no INQ 687, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, 11/11/2005, cujo voto fez constar que além dos dispositivos da Constituição de 1946, que tratavam do foro por prerrogativa de função, inclusive, indicados como fundamento para edição da Súmula 394, dessa Corte, não terem versado sobre o foro de prerrogativa de função de parlamentar, *muito menos qualquer deles esclareceu que, mesmo depois de exercidos os cargos ou o mandato, subsistiria a prerrogativa de foro perante esta Corte, em qualquer das hipóteses em que ela foi indicada na Constituição.*

Esclareceu o Relator, que a Emenda Constitucional 1/69, ao cuidar da matéria também não atribuiu competência do Supremo Tribunal para o processo e julgamento de ex-ocupantes de cargos e mandatos. Argumentou, ainda, que a tese consubstanciada na Súmula 394 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 de julgar os “membros do Congresso Nacional”, nos crimes comuns.* No mais, o Relator ressaltou que *continua a norma constitucional não contemplando, ao menos expressamente, os ex-membros do Congresso Nacional.*

Questão constante do voto que merece destaque para as reflexões em torno da viabilidade da superação daquele precedente, se refere à argumentação tida como relevante pelo eminente Relator da citada QO, ao evocar que a prorrogação de competência protege *ao menos de forma indireta, o exercício do cargo ou mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce.* Rebate o Relator aduzindo que *a prerrogativa de foro visa garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo.*

Na esteira do que se poderia também chamar de proteção indireta, haveria aquela que visa garantir às autoridade ocupantes de cargos e

mandatos com foro por prerrogativa de função, o exercício de seus mandatos sem o temor de serem no futuro julgados e processados em juízos ordinários, ou mais concretamente, protegeria aqueles que deixaram seus cargos e mandatos, agora desprovidos da prerrogativa, de serem vítimas de julgamentos revanchistas ou eivados de outras iniquidades, hipóteses não encampadas pelo Relator e também rechaçadas com veemência pelo Ministro Moreira Alves, na ocasião do julgamento da mencionada QO.

Para conceber as referidas possibilidades seria necessário que nessa quadra da história, admitamos um Poder Judiciário arbitrário, sem qualquer compromisso com a Constituição e desprovido de todos os controles que hoje assistem à vocação jurisdicional pela imparcialidade na busca por um julgamento justo, condizente com uma sociedade de pessoas livres e iguais, que repudia todo e qualquer tipo de privilégio. Acrescento que pelo sistema recursal (criminal ainda mais amplo), esta Suprema Corte não se furtará em realizar o escrutínio necessário das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias.

Por isso, retomo ao voto do Ministro Sydney Sanches, que em arremate, clama que as prerrogativas de foro, *pelo privilégio que de certa forma conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os seus cidadãos comuns, como são também, ex-exercentes de tais cargos e mandatos*, compreensão essa então compartilhada pelos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio.

A interpretação restritiva quanto aos sentidos possíveis para definir o alcance da prerrogativa de foro foi invocada pelo Ministro Celso de Mello, ao votar no julgamento da ADI 2797, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15-09-2005, DJ 19-12-2006, ao consignar ante uma lei republicana nada pode autorizar tratamento desequilibrado entre os cidadãos e cidadãs, nem justificar tratamos seletivos que dispensem privilégios subjetivos e consubstanciados em fundamentos da lei privada a agente público que não mais se encontram investidos e no desempenho da função pública.

Assim, revisitando detidamente o precedente estabelecido na QO no Inq 687, não encontro no horizonte histórico percorrido até aqui elementos que revelem ter sido alterado o sentido atribuído ao texto do art. 102, I, b, da Constituição Federal, cuja literalidade já delimita, em excelente medida, o alcance da sua densidade normativa, ao contemplar o foro por prerrogativa de função aos membros do Congresso Nacional, sem especificar qualquer condição diferenciada. Aliás, desde o início do

debate jurisprudencial em torno da competência por prerrogativa de função, há exatos sessenta anos, mesmo diante de duas oportunidades para realização de afazeres constituintes, o legislador originário não contemplou aqueles que deixassem de exercer seus mandatos ou cargos com a mencionada garantia, em particular a Constituição de 1988, sabidamente, a mais generosa em termos da extensão do desenho do foro por prerrogativa de função.

O que se verifica desde o cancelamento da Súmula 394 é vigorosa jurisprudência na direção de reafirmar a tese naquele precedente fixada, seja em controle de constitucionalidade concentrado (ADI 2797, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15-09-2005, DJ 19-12-2006), ou difuso, conforme conclusão exarada nos seguintes julgamentos: AP 945 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 11-09-2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-221 PUBLIC 17-10-2018; AP 536 QO, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27-03-2014, DJe-154 PUBLIC 12-08-2014; Rcl 3302 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30-04-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 16-05-2014 PUBLIC 19-05-2014; Inq 2335 AgR, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 08-08-2007, DJe-087 24-08-2007; Inq 1376 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 15-02-2007, DJ 16-03-2007; HC 87656, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14-03-2006, DJ 31-03-2006; AP 315 QO, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25-08-1999, DJ 31-10-2001 PP-00016, entre outros.

Além daqueles que exerciam mandatos, a competência para julgar as condutas de outras autoridades que deixaram de exercer seus cargos em razão de aposentadoria, por exemplo, também foi declinada: RE 295217, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 08-04-2002, DJ 26-04-2002 PP-00090; RE 549560, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 22-03-2012, DJe-104, PUBLIC 30-05-2014.

Não há, para romper com a continuidade jurisprudencial, estado de desconexão da tese firmada com as demandas constitucionais, particularmente com a tarefa de proteger os direitos fundamentais e o princípio republicano, à luz do desenvolvimento da complexidade social, o qual exige diuturna atenção com a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

Na presente hipótese, o precedente segue consentâneo com a

exigência de que o processo justo se desenvolve com a observância, entre outros requisitos, do juiz natural ou legalmente competente, o que não se concretizaria caso esta Suprema Corte fosse demandada a julgar conduta não compreendida entre aquelas previstas para o exercício de sua competência, fato que ainda compromete a imprescindível missão de garantir aos cidadãos e cidadãs brasileiras o igual tratamento perante as instituições públicas e privadas.

Ao encontro do entendimento jurisprudencial que reputo deva ser mantido destacam-se as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao tratar da garantia do juiz natural no Caso *Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*, sentença de 30.05.1999, § 133, no Caso *Baruch Ichver vs. Peru*, sentença de 06.02.2001, § 114, e por último, o Caso *Cesti Hurtado Vs. Perú*, de 29 de setembro de 1999. Neste, a Corte apreciou denúncia envolvendo espécie de prorrogação de competência para julgar réu que deixou de ostentar a condição de militar, impedindo que ele fosse submetido à jurisdição de corte especializada.

Consta que Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, cidadão peruano, ex-capitão do Exército do Peru, mesmo tendo se aposentado, foi processado pela Justiça Militar, acusado de crimes de fraude, desobediência e atos atentatórios ao dever e dignidade da função militar. Concluiu a Corte que o julgamento constituiu violação do direito de ser ouvido por um tribunal competente, em conformidade com o artigo 8.1 da Convenção.

Por fim, é necessário explicitar que o paciente não ostenta a condição de ter exercido mandatos que conferem a prerrogativa de foro nesta Suprema Corte, sem solução de continuidade, para que a competência fosse nesta Corte mantida. Ainda que seja possível reconhecer a manutenção da competência do Supremo na hipótese de mandatos cruzados, sem descontinuidade no âmbito do Congresso Nacional, entre o período que ocupou o cargo de Deputado Federal e o atual mandato de Senador, o paciente exerceu a função de Vice-Governador, havendo patente descontinuidade dos mandatos cruzados.

Assim, com força em todas essas razões, concluo que não há na ambiência normativa constitucional, exigências para a promoção da superação das teses fixadas na Questão de Ordem no INQ 687 e na Questão de Ordem na AP 937, motivo pelo qual divirjo do Relator para denegar a ordem de *habeas corpus*.

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/09/2024