



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Possível prevenção pela ADI 5824/RJ¹

“É preciso conferir plenitude de sentido ao princípio republicano de que todos são iguais perante a lei, o que implica estender a ideia de República aos campos de incidência das leis penais e eleitorais, tradicionais biombo dos moradores do andar de cima da sociedade brasileira. A interpretação dos institutos jurídicos [...] tem de se fazer na perspectiva do fortalecimento do princípio republicano e não do seu enfraquecimento. Se o princípio republicano não se estender à lei eleitoral e à lei penal não é República, mas um simulacro, uma República incipiente, ainda adolescente”.
(Ex-Ministro Ayres Britto)

A **REDE SUSTENTABILIDADE**, partido político com representação no Congresso Nacional, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 17.981.188/0001-07, com sede na SDS, Bl. A, CONIC, Ed. Boulevard Center, Salas 107/109, Asa Sul, Brasília – DF, CEP 70391-900, contato@redesustentabilidade.org.br, vem, por seus advogados abaixo-assinados, com fundamento no disposto no art. 102, I, a, da Constituição Federal, e nos preceitos da Lei 9.868/99, propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (com pedido de medida cautelar)

¹ Há possível prevenção do Ministro Edson Fachin, Relator da ADI 5824/RJ, que discute a constitucionalidade dos §§ 002º a 005º do art. 102 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (com a redação dada pela EC nº 053, de 26 de junho de 2012). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=constitu%E7%E3o%20rio%20de%20janeiro%20102&processo=5824>>. Acesso em 26.06.2020.

em face do § 1º do art. 102 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que dispõe acerca do foro por prerrogativa de função de deputados estaduais, conforme fatos e fundamentos jurídicos expostos a seguir.

I. BREVE SÍNTESE DOS FATOS

A Constituição Estadual do Rio de Janeiro dispõe que:

Art. 102. Os Deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Tribunal de Justiça.

O STF, em QO na AP 937, julgada em 3/5/18, interpretando as regras do “foro privilegiado” da Constituição Federal (art. 53, § 1º) decidiu que: (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 cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

É fato público e notório - apto a dispensar comprovações mais robustas, portanto - que, no âmbito do HC 0000744-92.2020.8.19.0000, a

3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu nesta quinta-feira (25/6), por 2 votos a 1, por acatar o pedido de Habeas Corpus da defesa do senador Flávio Bolsonaro (Republicanos-RJ).

Com a decisão, o processo sobre as "rachadinhas" na Assembleia Estadual do Rio sai da 1ª instância, das mãos do juiz Flávio Itabaiana, da 27ª Vara Criminal do TJ, e será avaliado pelo Órgão Especial, na 2ª instância.

Em outra votação, foi decidido que continuam valendo as decisões do juiz de 1ª instância, como a prisão de Fabrício Queiroz.

Primeira a se posicionar, a relatora, desembargadora Suimei Cavaleri, votou contra o HC, ou seja, por manter em 1ª instância. Mas os desembargadores Mônico Toledo e Paulo Rangel, na sequência, decidiram pela remessa do processo.

O juiz Flávio Itabaiana foi quem autorizou a quebra do sigilo fiscal e bancário do senador e a prisão de Fabrício Queiroz, detido na última quinta-feira (18/6).

Queiroz, investigado neste processo na Alerj quando trabalhava para o gabinete do então deputado estadual Flávio, é amigo de longa data de Jair Bolsonaro. Ambos se conhecem desde 1984. Queiroz foi recruta do agora presidente na Brigada de Infantaria Paraquedista, do Exército. Depois, Bolsonaro seguiu a carreira política, e Queiroz entrou para a Polícia Militar do Rio de Janeiro, de onde já se aposentou. [...]

Agora, em vez de ser julgado por um juiz de 1º grau, com direito a recurso, o caso agora será avaliado por um colegiado formado por 25 desembargadores, sem a possibilidade de um recurso de apelação para reavaliação das provas².

A decisão, justamente por ter rompido os paradigmas republicanos que vinham há muito sendo assentados pela jurisprudência desse Eg. Tribunal sobre o tema de foro por prerrogativa de função, causou certa estranheza entre juristas e, até mesmo, entre os Nobres Ministros dessa Corte. Veja-se:

O **ministro Marco Aurélio Mello**, do Supremo Tribunal Federal (STF), criticou a decisão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (TJ) do Rio de Janeiro, que nesta quinta-feira mandou retirar do juiz Flávio Itabaiana o julgamento do caso que apura a "rachadinha" no gabinete do então deputado estadual e atual senador Flávio Bolsonaro (Republicanos-RJ). Segundo Marco Aurélio, a decisão do TJ está em desacordo com o que foi definido pelo STF em 2018 a respeito das regras do foro privilegiado. Ele afirmou que há um "faz de conta" no Brasil.

— **Não há menor dúvida de que a decisão do Tribunal de Justiça é totalmente diversa da decisão de pronunciamentos reiterados do Supremo — disse Marco Aurélio, acrescentando: — Não há a menor dúvida de que não observaram a doutrina do Supremo. É o Brasil. É o faz de conta. Faz de conta que o Supremo decidiu isso, mas eu entendo de outra forma e aí se toca. Cada cabeça uma sentença.**

Por dois votos a um, a 3ª Câmara Criminal do TJ acolheu o argumento da defesa de Flávio. Seus advogados alegaram que ele tinha foro especial no Órgão Especial do TJ porque era deputado estadual na época dos fatos. A maioria dos desembargadores entendeu que, por

² CONJUR. TJ-RJ acata HC de Flávio Bolsonaro e remete processo para Órgão Especial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-25/tj-rj-acata-hc-flavio-joga-processo-orgao-especial>>. Acesso em 26.06.2020.

ter emendado os mandatos de deputado estadual (que foi até 31 de janeiro de 2019) e de senador (que começou em 1º de fevereiro), ele nunca deixou de ser parlamentar, justificando o foro privilegiado no TJ. **Marco Aurélio tem outro entendimento. Segundo ele, uma vez terminado o mandato que dava foro, o processo vai a primeira instância.**

— Em 2018, nós batemos o martelo. Cessado o mandato ou deixando o cargo que gerava a prerrogativa [de foro], vai para a primeira instância. Foi o que decidimos — afirmou Marco Aurélio.

3

Para o **advogado Alberto Zacharias Toron**, defensor de Aécio, a decisão da Justiça do Rio sobre Flávio Bolsonaro causa 'estranheza'. **“É um despautério entender que o Tribunal de Justiça seja competente para o exame da matéria”**, disse.

Integrantes do STF que pediram reserva também apontam que a jurisprudência da Corte é clara no sentido de que, quando se deixa uma determinada função pública, também acaba o foro garantido por aquele cargo.⁴

Ministros do Supremo do Tribunal Federal (STF) e integrantes do Ministério Público criticaram a decisão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio (TJ-RJ) de conceder ao senador Flávio Bolsonaro (Republicanos-RJ) foro especial. Para eles, essa nova definição vai de encontro com o que decidiu o Supremo, que restringiu o alcance do foro privilegiado.

Com a decisão, o processo que investiga a prática de "rachadinha" no gabinete de Flávio na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (Alerj) sairá da primeira instância e irá para o Órgão Especial do TJ, formado por 25 desembargadores.

Em maio de 2018, o plenário do Supremo decidiu que a prerrogativa de foro seria aplicada apenas aos crimes cometidos durante o exercício do mandato e relacionados às funções desempenhadas.

Um ministro da Corte ouvido pelo Valor lembra que o próprio STF tem enviado a outras instâncias casos que tramitavam no Supremo, devido a essa nova interpretação.

Um outro integrante do STF afirma que caberá ao Ministério Público estadual do Rio recorrer da decisão dos desembargadores. Segundo ele, o caminho natural é entrar com um recurso no Superior Tribunal de Justiça (STJ), mas o caso deve chegar ao Supremo.

Pelo Twitter, houve reação também de membros do Ministério Público. A **procuradora Jerusa Viecili, ex-integrante da força-tarefa da Operação Lava Jato em Curitiba**, também afirmou que a decisão contraria a determinação mais recente do STF. “É difícil consolidar jurisprudência no Brasil. Tudo sempre vira uma bagunça”, lamentou.

³ GLOBO. Marco Aurélio critica decisão do TJ no caso Flávio: 'É o Brasil. É o faz de conta'. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/marco-aurelio-critica-decisao-do-tj-no-caso-flavio-o-brasil-o-faz-de-conta-24500153>>. Acesso em 26.06.2020.

⁴ ESTADÃO. Decisão da Justiça do Rio sobre Flávio contraria entendimento do STF. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/decisao-da-justica-do-rio-sobre-flavio-contraria-entendimento-do-stf/>>. Acesso em 26.06.2020.

A postagem dela foi republicada pelo **ex-procurador-geral da República Rodrigo Janot**, que afirmou que a jurisprudência no país depende “de quem esteja nos polos da demanda”.

Nas redes sociais, procuradores também lembraram que, **em 1999, foi suspensa a súmula 394 do STF, para estabelecer que a prerrogativa de foro termina no momento em que o agente deixa o cargo.**

Ou seja, isso impediria que ex-deputados estaduais, como é o caso de Flávio, fossem julgados pelos Tribunais de Justiça depois de o mandato ter terminado.⁵

Em 2018, o plenário do STF decidiu restringir o foro privilegiado a crimes relacionados ao mandato, e apenas durante o exercício do cargo. Para **Ricardo Prado**, presidente do Movimento do Ministério Público Democrático e mestre em Direito Processual Penal, a jurisprudência da Corte tem sinalizado nos últimos anos que, cessado o mandato, cessa também o foro por prerrogativa de função.

— Flávio não era senador, portanto, a competência originária não é do STF. Como o mandato de deputado estadual dele já está extinto, isso também extingue a competência do órgão especial do TJ — opina Prado.

O STF já criou jurisprudência com este entendimento. No início de 2019, por exemplo, o Ministro Marco Aurélio Mello enviou à primeira instância um inquérito por corrupção e lavagem de dinheiro contra Aécio Neves (PSDB-MG), eleito deputado federal no ano anterior. Mesmo que o cargo de deputado conferisse foro privilegiado no Supremo, o entendimento de Marco Aurélio é que o inquérito dizia respeito a ações relacionadas ao mandato de Aécio como senador, que havia se encerrado no fim de 2018.

— Pela jurisprudência do STF, ele (Flávio) perde o foro quando deixa de ser deputado. Pela decisão do Supremo de maio de 2018, o caso ficaria na primeira instância — afirmou o professor da FGV Thiago Bottino. [...]

Já para o ex-procurador da República Daniel Sarmiento, especialista em Direito Constitucional e professor da Uerj, a investigação da “rachadinha” teria que descer à primeira instância mesmo se tivesse começado durante o mandato de Flávio Bolsonaro como deputado estadual. O inquérito, aberto no fim de 2018, após a eleição de Flávio para o Senado, só incluiu o senador oficialmente como alvo em maio de 2019, quando ele teve seu sigilo fiscal e bancário quebrado por decisão da Justiça.

— A decisão do TJ é totalmente incompatível com o que disse o Supremo. Quando a pessoa deixa de exercer a função pública, ela perde este foro por prerrogativa de função. Não tem como substituir a prerrogativa. Isso, inclusive, atrapalha e pode ter um efeito muito ruim para investigações — avaliou.

⁵ VALOR. Para ministros, decisão sobre Flávio contraria definição do STF sobre foro. Disponível em: <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/06/25/para-ministros-deciso-sobre-flvio-contraria-definio-do-stf-sobre-foro.ghtml>>. Acesso em 26.06.2020.

Especializado na área criminal, o advogado Gustavo Badaró lembra que, segundo o STF, o foro privilegiado só se mantém caso a fase de instrução processual já tivesse terminado antes da perda de cargo, o que não é o caso de Flávio. Segundo Badaró, um entendimento como o adotado pela defesa de Flávio, de que o foro de deputado estadual se mantém mesmo após o fim do mandato, poderia ter levado à anulação da condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva no caso do sítio de Atibaia, relacionado ao exercício do mandato. Lula foi julgado e condenado em primeira instância, pelo juiz Sérgio Moro, em decisão mantida neste ano pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4).⁶

[A decisão de hoje] é absolutamente o oposto do que decidiu o Supremo sobre manter o foro após cessado o mandato", disse o advogado Antonio Carlos de Almeida Castro, o Kakay, lembrando o julgamento do STF.⁷

Ademais, vale lembrar que, em uma das muitas tentativas do Senador Flávio Bolsonaro de suspender ou atrasar o trâmite das investigações, o Ministro Marco Aurélio assim decidiu na RCL 32.989:

O Pleno do Supremo, na sessão do dia 3 de maio de 2018, ao apreciar a questão de ordem na ação penal nº 937, relator ministro Luís Roberto Barroso, procedeu à reinterpretação da Constituição Federal, considerada a prerrogativa de foro, afirmando que o instituto pressupõe delito cometido no exercício do mandato e a este, de alguma forma, ligado. Excepcionou o entendimento conforme o estágio no qual o processo se encontre, afirmando ter a fase de alegações finais o efeito de prorrogar a competência. Acompanhei o Relator em parte, por entender pertinente a interpretação conferida ao preceito constitucional, tendo formado na corrente vencida tão somente quanto à ressalva, ante a premissa segundo a qual é improrrogável competência absoluta.

Reitero o que sempre sustentei: a competência do Tribunal é de Direito estrito, está delimitada, de forma exaustiva, na Constituição Federal. As regras respectivas não podem merecer interpretação ampliativa. A Lei Maior, ao prever cumprir ao Supremo julgar Deputados e Senadores, há de ter abrangência definida pela conduta criminosa: no exercício do mandato e relacionada, de algum modo, a este último.

⁶ GLOBO. Mudança de juiz no caso Flávio Bolsonaro não seguiu jurisprudência do STF sobre foro privilegiado, dizem especialistas. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/mudanca-de-juiz-no-caso-flavio-bolsonaro-nao-seguiu-jurisprudencia-do-stf-so-bre-foro-privilegiado-dizem-especialistas-1-24500090>>. Acesso em 26.06.2020.

⁷ UOL NOTÍCIAS. Foro especial: TJ entendeu que F. Bolsonaro não deixou de ser parlamentar. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/06/25/foro-especial-tj-entendeu-que-f-bolsonaro-nao-deixou-de-ser-parlamentar-htm>>. Acesso em 26.06.2020.



Neste processo, a leitura da inicial revela que o reclamante desempenhava, à época dos fatos narrados, o cargo de Deputado Estadual na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, tendo sido diplomado Senador da República no último dia 18 de dezembro. A situação jurídica não se enquadra na Constituição Federal em termos de competência do Supremo. Frise-se que o fato de alcançar-se mandato diverso daquele no curso do qual supostamente praticado delito não enseja o chamado elevador processual, deslocando-se autos de inquérito, procedimento de investigação penal ou processo-crime em tramitação.

Essa, portanto, é a breve síntese fática relevante da presente ADI, que denota claramente a total dissonância entre o § 1º do art. 102 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, na forma interpretada pelo TJRJ, com a Constituição Federal, na forma interpretada pelo STF, o que acaba por permitir a aplicação diversa da norma processual penal para caso semelhantes e até mesmo idênticos.

II. DA LEGITIMIDADE ATIVA

A grei arguente é partido político com representação no Congresso Nacional. Sua bancada, como é público e notório e, nessa condição, dispensa prova, na forma do art. 374, I, do CPC, é composta pelos seguintes parlamentares: Joênia Wapichana (REDE-RR), Randolfe Rodrigues (REDE-AP), Fabiano Contarato (REDE-ES) e Flávio Arns (REDE-PR).

Desse modo, na forma do artigo 2º, VIII, da Lei nº 9.868, de 1999, c/c artigo 103, VIII, da Constituição, é parte legítima para propor a presente ação.

Ademais, nos termos da jurisprudência do STF, o partido político com representação no Congresso Nacional possui legitimidade universal para o ajuizamento de ações do controle concentrado de constitucionalidade, não havendo necessidade de se avaliar a pertinência temática:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PARTIDO POLÍTICO - PERTINÊNCIA TEMÁTICA - INEXIGIBILIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA AMPLA DAS AGREMIações PARTIDÁRIAS NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE - A



POSIÇÃO INSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO SISTEMA NORMATIVO DA CONSTITUIÇÃO - REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS NAS AÇÕES DIRETAS -SERVIDOR PÚBLICO E EQUIPARAÇÃO REMUNERATÓRIA - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL - LEI ESTADUAL QUE CONTÉM MATÉRIA ESTRANHA ÀQUELA ENUNCIADA EM SUA EMENTA - SUPOSTA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA MORALIDADE - INOCORRÊNCIA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO E PERTINÊNCIA TEMÁTICA NAS AÇÕES DIRETAS: **Os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional acham-se incluídos, para efeito de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, no rol daqueles que possuem legitimação ativa universal, gozando, em consequência, da ampla prerrogativa de impugnarem qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material.** A posição institucional dos Partidos Políticos no sistema consagrado pela Constituição do Brasil confere-lhes o poder-dever de, mediante instauração do controle abstrato de constitucionalidade perante o STF, zelarem tanto pela preservação da supremacia normativa da Carta Política quanto pela defesa da integridade jurídica do ordenamento consubstanciado na Lei Fundamental da República. A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu a sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. O reconhecimento da legitimidade ativa das agremiações partidárias para a instauração do controle normativo abstrato, sem as restrições decorrentes do vínculo de pertinência temática, constitui natural derivação da própria natureza e dos fins institucionais que justificam a existência, em nosso sistema normativo, dos Partidos Políticos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal erigiu o vínculo de pertinência temática a condição objetiva de requisito qualificador da própria legitimidade ativa ad causam do Autor, somente naquelas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembleias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e, finalmente, por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal. Precedentes. [...]

(ADI 1096 MC, Relator(a):Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/1995, DJ 22-09-1995 PP-30589 EMENTA VOL-01801-01 PP-00085)

III. DO CABIMENTO DA ADI

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal⁸, e regulamentada pela Lei 9.868/99, terá por objeto lei ou ato normativo federal ou estadual. No caso em apreço, estamos diante da análise de norma da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que estipula ser de competência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o julgamento dos deputados estaduais, desde a expedição do diploma (§ 1º do art. 102 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro).

Nesse viés, não obstante a norma em apreço decorrer da expressão magna do Poder Constituinte Derivado Decorrente, não está livre do chamado *judicial review* pela Suprema Corte Brasileira.

A rigor, tal dispositivo, sendo aplicado de forma literal ou extensiva, é inconstitucional por evidente afronta ao art. 53, § 1º, conforme interpretação constitucional já assentada pelo STF, e ao art. 27, §1º, ambos da Constituição Federal, bem como afronta material e direta ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII), ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV) e ao princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI), dentre tantos outros que servem a justificar a inexistência de privilégios descabidos e desproporcionais.

Não somente, a presente ADI também tem o objetivo de fixar teses quanto à interpretação a respeito do alcance do dito foro privilegiado, na medida em que é uma oportunidade para que se fixe entendimento com eficácia vinculante apto a ser seguido indiscutivelmente por todos os

⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Tribunais do País, evitando o que os juristas que se manifestaram sobre o tema chamaram de *bagunça jurisprudencial*.

Não há dúvida de que o ato questionado se qualifica como “ato normativo estadual”, apto, portanto, a ser impugnado por Ação Direta de Inconstitucionalidade.

IV. DO MÉRITO

A Constituição de 1988 traz, logo em seu artigo 1º, a instituição do primado republicano, para o qual nenhuma autoridade pública - de qualquer estatura que seja - será imune a responsabilizações, em qualquer esfera. Trata-se de uma guinada legal contra o sombrio passado brasileiro de não perseguir - penal, civil ou administrativamente - aqueles gestores públicos que cometeram atos contrários ao ordenamento jurídico. Todos bem sabemos do nosso triste passado - ainda presente - de impunidade para quem é *amigo do rei* ou afins.

E, como também é sabido, a leitura que se deve fazer do princípio republicano é expansiva, no sentido de que só se admite a não responsabilização de agentes públicos em situações excepcionais e devidamente justificadas. Por uma questão de hierarquia e de lógica do próprio sistema constitucional, as exceções são apenas aquelas constitucionalmente previstas, não sendo dado nem mesmo ao poder constituinte derivado decorrente o estabelecimento de novas situações excepcionais que criem blindagens *a priori* à responsabilização de agentes.

É claro, portanto, que a Constituição não referenda a concessão de qualquer espécie de “superpoder” a qualquer pessoa. A ninguém é dado cometer atos ilícitos sem a conseqüente responsabilização, salvo nos casos previstos, em regime de absoluta exceção - e interpretação rigidamente restritiva -, no próprio texto constitucional. Não se pode dar esse tipo de poder a qualquer pessoa, muito menos a quem esteja no trato da *res publica*, que deve velar, de modo ainda mais estreito, pelo princípio republicano.

Como derivação do primado republicano, esse Eg. Tribunal confere interpretação bastante restritiva inclusive ao foro por prerrogativa de função. No âmbito da AP 937/RJ, essa Corte fixou duas teses paradigmáticas: **(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 cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

Essa foi a interpretação dada pela Corte ao analisar os entendimentos dissonantes de Tribunais brasileiros - e, sobretudo, apartados do espírito republicano do constituinte originário - acerca do seguinte dispositivo constitucional:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Em aproximação ao caso concreto, sabe-se que a própria Constituição Federal estabelece um regime de extensão das imunidades dos parlamentares federais aos estaduais - e, aqui, o foro por prerrogativa de função deve ser encarado como uma imunidade formal. Veja-se o seguinte dispositivo constitucional:

Art. 27. [...] § 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando- **sê-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades**, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

Partindo desse comando constitucional, o poder constituinte derivado decorrente pôde e pode estabelecer critérios de foro especial para determinadas autoridades, inclusive deputados estaduais. Com tal *autorização constitucional*, a

Constituição do Estado do Rio de Janeiro estabeleceu que os parlamentares estaduais devem ser julgados pelo TJRJ. Veja-se o trecho da norma⁹:

Art. 102 Os Deputados são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º **Os Deputados, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Tribunal de Justiça.**

Em leitura ainda inicial, o dispositivo da constituição estadual parece aderente à prática constitucional federal. Contudo, e como se viu no dia de ontem, a interpretação dada pelo Eg. TJRJ ao dispositivo da constituição estadual não se coaduna com as balizas constitucionais estabelecidas por esse Eg. Tribunal ao longo da história. Com efeito, fala-se aqui principalmente da AP 937/RJ, brilhantemente relatada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, e que constituiu um verdadeiro divisor de águas no tema do foro por prerrogativa de função.

Quando daquele julgamento, Sua Excelência bem explicitou o panorama do *foro privilegiado* no Brasil. Veja-se:

A atual conformação do foro por prerrogativa de função constitui uma violação aos princípios da igualdade e da república, conferindo um privilégio a um número enorme de autoridades, sem fundamento razoável. A igualdade formal veda as discriminações arbitrárias e todos os tipos de privilégios. Trata-se de fundamento central da noção de república. Nas Repúblicas, todos os cidadãos são iguais e devem estar sujeitos às mesmas normas. O princípio republicano, consagrado no art. 1º, caput, traduz também a ideia fundamental de responsabilização político-jurídica de todos os agentes estatais, sem exceção, pelos atos que praticarem.

Na origem, a prerrogativa de foro tinha como fundamento a necessidade de assegurar a independência de órgãos e o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes. Entendia-se que a atribuição da competência originária para o julgamento dos ocupantes de tais cargos a tribunais de maior hierarquia evitaria ou reduziria a utilização política do processo penal contra titulares de mandato eletivo ou altas autoridades, em prejuízo do desempenho

⁹ Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Constituição Estadual. Disponível em: <<http://alerj.ln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>>. Acesso em 26.06.2020. Ou, ainda: Senado Federal. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70450/CE_RJ_EC_075-2019.pdf?sequence=24&isAllowed=y>. Acesso em 26.06.2020.

de suas funções. Se, em nossa história constitucional, os magistrados de primeira instância tinham suas garantias muitas vezes limitadas, de direito ou de fato, a verdade, porém, é que hoje todos os juízes, independentemente do grau de jurisdição, desfrutam das mesmas garantias destinadas a assegurar independência e imparcialidade. Cabe lembrar, a propósito, que foi a Carta de 1969, outorgada pelos Ministros militares, que estendeu a prerrogativa de foro nos crimes comuns aos membros do Congresso, providência que, até então, jamais fora considerada como necessária para o bom e livre desempenho parlamentar.

Assim, parece claro que se o foro privilegiado pretende ser, de fato, um instrumento para garantir o livre exercício de certas funções públicas, e não para acobertar a pessoa ocupante do cargo, não faz sentido estendê-lo aos crimes cometidos antes da investidura nesse cargo e aos que, cometidos após a investidura, sejam estranhos ao exercício de suas funções. Fosse assim, o foro representaria reprovável privilégio pessoal. Trata-se, ainda, de aplicação da clássica diretriz hermenêutica – interpretação restritiva das exceções –, extraída do postulado da unidade da Constituição e do reconhecimento de uma hierarquia material ou axiológica entre as normas constitucionais. Não há dúvida de que direitos e princípios fundamentais da Constituição, como o são a igualdade e a república, ostentam uma preferência axiológica em relação às demais disposições constitucionais. Daí a necessidade de que normas constitucionais que excepcionem esses princípios – como aquelas que introduzem o foro por prerrogativa de função – sejam interpretadas sempre de forma restritiva, de modo a garantir que possam se harmonizar ao sistema da Constituição de 1988.

Esse postulado foi adotado pelo STF em inúmeros casos. Especificamente em relação à prerrogativa de foro, na ADI 2587, esta Corte declarou a inconstitucionalidade da norma de Constituição estadual que conferia o foro especial aos delegados de polícia. No julgamento, assentou-se que **os Estados não têm “carta em branco” para assegurar o privilégio a quem bem entendam, pois não se trata de “simples opção política”, mas “um sistema rígido de jurisdição excepcional, que por diferir dos postulados basilares do Estado de Direito Democrático exige uma interpretação restritiva e expressa”** (Red. p/ acórdão Min. Carlos Britto, j. 01.12.2004). Essa lógica já foi também aplicada pelo Tribunal no julgamento de questão de ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), quando houve o cancelamento da Súmula 39433 e se passou a entender que, após a cessação do exercício do cargo que conferia ao seu ocupante foro privilegiado, cessa igualmente a competência do STF para o julgamento. Na ocasião, esta Corte assentou que “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”.

O Ministro Barroso ainda bem assentou que não há qualquer impedimento para que o Supremo Tribunal Federal interprete de forma restritiva as normas constitucionais que instituem o foro privilegiado. No caso, tais competências constitucionais são sobreinclusivas, já que, ao abrangerem a possibilidade de que autoridades sejam processadas originariamente perante tribunais por ilícitos inteiramente desvinculados de suas funções, distanciam-se da finalidade que justificou a criação da prerrogativa. Por isso, é possível fazer uma “redução teleológica” das mesmas para que sejam interpretadas como aplicáveis somente quanto aos crimes praticados no cargo e em razão dele.

Ora, se a interpretação restritiva é a tônica do discurso encabeçado por esse Eg. Tribunal, é necessário que, por paralelismo, também seja a mesma modulação do conteúdo decisional de outros tribunais pátrios acerca do foro privilegiado. E nunca o contrário, como fez o Eg. TJRJ ao interpretar o dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Como já salientado pelo Ministro Barroso, é possível e desejável - afinal, é isto que a sociedade espera dos poderes constituídos: menos impunidade - atribuir ao texto normativo aceção mais restritiva, com base na teleologia do instituto e nos demais elementos de interpretação constitucional. Trata-se da chamada “redução teleológica” ou, de forma mais geral, da aplicação da técnica da “dissociação”, que consiste em reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das situações de fato.

Partindo desse panorama, é inegável que a interpretação conferida pelo Eg. TJRJ destoa da dinâmica constitucional de responsabilização criminal dos agentes públicos. E isso por um conjunto robusto de razões que se passa a sucintamente demonstrar.

Em primeiro lugar, não é crível que o pretenso esquema de “rachadinhas” seja considerado um labor relacionado às funções de um deputado estadual

fluminense. Com efeito, o art. 98 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro estabelece as atribuições precípua daquela Assembleia Legislativa:

Art. 98. Cabe à Assembleia Legislativa com a sanção do Governador do Estado, não exigida esta para o especificado nos artigos 99 e 100, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, entre as quais:

- I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;
- II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito e dívida pública;
- III - planos e programas estaduais de desenvolvimento, em conformidade com os planos e programas nacionais;
- IV - normas gerais sobre exploração ou concessão dos serviços públicos, bem como encampação e reversão destes, ou a expropriação dos bens de concessionárias ou permissionárias e autorizar cada um dos atos de retomada ou intervenção;
- V - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 145, caput, VI, da Constituição;
- VI - normas gerais sobre alienação, cessão, permuta, arrendamento ou aquisição de bens públicos;
- VII - transferência temporária da sede do Governo;
- VIII - organização e fixação dos efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, observadas as diretrizes fixadas na legislação federal;
- IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público, da Procuradoria Geral do Estado, da Defensoria Pública e do Tribunal de Contas do Estado; Inciso IX com redação dada pelo artigo 3º da Emenda Constitucional nº 4, de 20.08.1991.
- X - criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios;
- XI - exploração direta ou mediante concessão a empresa estatal em que o Poder Público estadual detenha a maioria do capital com direito a voto, com exclusividade de distribuição de serviços de gás canalizado;
- XII - instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;
- XIII - criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado e entidades da administração pública indireta.
- XIV - fixar, por lei de sua iniciativa, os subsídios dos Deputados Estaduais, consoante § 2º do artigo 27 da Constituição Federal;
- XV - fixar, por lei de sua iniciativa, os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado, consoante § 2º do artigo 28 da Constituição Federal. Incisos XIV e XV acrescidos pela Emenda Constitucional nº 49, de 19.10.2011, em vigor na data da sua publicação.
- XVI - tombamentos para fins de proteção de áreas ambientais e ecossistemas e conservação de patrimônio histórico e cultural

Com a devida vênia, nada há, dentre as atribuições principais do Poder Legislativo fluminense, que se relacione com a pretensa captação ilícita de recursos de funcionários do próprio gabinete. O único inciso que utiliza o núcleo verbal “arrecadar” versa sobre a organização do sistema tributário estadual, sendo, com todas as vênias naturalmente merecidas, incoerente associá-lo ao pretense esquema de desvio de dinheiro público investigado pelas autoridades policiais.

Portanto, mesmo que se possa cogitar de um crime cometido durante o exercício do cargo de deputado estadual, não há que se falar que estivesse relacionado à função desempenhada. É claro que o pretense esquema da “rachadinha” apenas existiu em razão de o Sr. Flávio Bolsonaro ser uma autoridade estadual; do contrário, não teria assessores públicos para pretensamente dividirem o salário mensal. Contudo, tal constatação não leva a crer que os supostos crimes se deram em relação com as funções desempenhadas, pois nada havia de ligação entre desvio de dinheiro e o exercício do mandato estadual.

Isso conduz, inequivocamente, à percepção de que as investigações criminais e o posterior julgamento nunca teriam sido de atribuição do Eg. TJRJ, mas sempre do 1º grau da jurisdição fluminense, mesmo quando o Sr. Flávio ocupou o cargo de deputado estadual do Rio de Janeiro.

Em segundo lugar, caso não se considere o fundamento anterior - o que se admite apenas por argumentar, mas sem conceder -, é inviável que essa Eg. Corte ratifique a espécie de “foro privilegiado retroativo” criado pelo TJRJ. Com efeito, a partir do emblemático julgamento da AP 937/RJ, essa Corte bem assentou a tese de que, “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”.

Como bem analisou o Ministro Barroso, os frequentes deslocamentos (o “sobe-e-desce” processual) são um dos maiores problemas da prerrogativa, capazes de embaraçar e retardar o processamento dos inquéritos e ações penais, com evidente prejuízo para a eficácia, a racionalidade e a credibilidade do sistema penal. Isso alimenta, ademais, a tentação permanente de manipulação da jurisdição pelos réus. Há os que procuram se eleger para mudar o órgão jurisdicional competente, passando do primeiro grau para o STF; há os que deixam de se candidatar à reeleição, com o mesmo propósito, só que invertido: passar a competência do STF para o órgão de primeiro grau. E há os que renunciam para produzir o efeito de baixa do processo, no momento que mais lhes convém.

O Ministro bem salientou ser certo que, como regra, não se admite a prorrogação de competências constitucionais, por se encontrarem submetidas a regime de direito estrito (Pet 1.738 AgR). No entanto, a jurisprudência da Corte (e também do STJ) admite a possibilidade excepcional de prorrogação justamente nos casos em que seja necessária para preservar a efetividade e racionalidade da prestação jurisdicional.

Pois bem. **No presente caso, se se considerar que o eventualmente poderia ter sido submetido ao Eg. TJRJ no passado - durante o exercício do mandato de deputado estadual -, fato é que essa competência do Tribunal não poderia ser prorrogada na hipótese, na medida em que ainda se fala de mero inquérito policial, sequer havendo denúncia ou processo penal devidamente firmado e conformado.**

Então, não se está diante da situação excepcional que esse Eg. Tribunal admitiu para a prorrogação de competência como forma de evitar fraudes à jurisdição. A presente hipótese é diametralmente oposta, aliás, na medida em que não há qualquer estabilização da lide, já que sequer lide há. O que existe, em verdade, é uma pretensa probabilidade de oferecimento de denúncia, a partir da qual o processo penal naturalmente iniciará seu rumo. E, na medida em que não há mais que se falar na subsistência da prerrogativa de foro no

âmbito do tribunal estadual - porque a autoridade deixou de ser estadual e passou a ser federal -, o processo deve ser instaurado e conduzido pelo 1º grau da nobre Justiça fluminense.

Tais considerações levam, inequivocamente, à conclusão de que não há motivo para a pretensa prorrogação de competência aventada pelo Eg. TJRJ quando da interpretação do §1º do art. 102 da Constituição fluminense no julgamento mencionado de ontem.

Por fim, e **em terceiro lugar**, também não impressiona o argumento utilizado pelos Doutos Desembargadores no sentido de que teria havido uma “sucessão” de cargos com autoridade apta a justificar *foros privilegiados sucessivos*. Sabe-se que o Sr. Flávio Bolsonaro foi deputado estadual do Rio de Janeiro entre 1º/fev/2003 e 31/1/2019, tendo assumido o cargo de senador pelo Rio de Janeiro em 1º/fev/2019.

Durante os 16 anos iniciais, fazia jus à imunidade formal de apenas ser julgado e investigado, por aqueles atos conexos ao seu exercício parlamentar estadual, no âmbito do TJRJ (2º grau). A partir do ano passado, quando cessou seu vínculo de autoridade parlamentar fluminense, automaticamente cessou também a imunidade formal retro quanto àqueles atos praticados enquanto deputado estadual - tal qual o pretense esquema das “rachadinhas”. E, a partir da diplomação enquanto senador, sua imunidade formal para aqueles atos conexos ao exercício do cargo passou a possibilitar-lhe investigação e julgamento apenas perante esse Eg. STF.

Portanto, mesmo que se perceba a sucessão de cargos públicos no caso concreto, interpretá-la em benefício do Sr. Flávio Bolsonaro contraria a dinâmica constitucional do princípio republicano e inverte a lógica do foro por prerrogativa de função: a imunidade formal deve ser encarada como uma proteção à função pública (deputado estadual), e não à pessoa física nela investida (Sr. Flávio); não havendo mais função pública a ser protegida (a partir da cessação de seu vínculo de parlamentar estadual), não há mais fato jurídico que justifique a imunidade formal do *foro privilegiado*, o que

naturalmente justifica o deslocamento da competência para o 1º grau da jurisdição fluminense. No caso concreto, em verdade, isso justifica a manutenção da competência do 1º grau, sem o deslocamento “para cima”, tal qual decidido pelo Eg. TJRJ ontem.

Casos semelhantes já foram enfrentados por esse Eg. Tribunal, que encontrou soluções diametralmente opostas àquela dada pelo TJRJ. Especificamente no âmbito da AP 937/RJ, a Corte não analisou especificamente o ponto - embora a *ratio decidendi* do julgamento seja suficientemente clara para levar à conclusão de que a solução fluminense não está alinhada à dinâmica constitucional -, mas houve discussão interessante sobre tema correlato, em que o Ministro Barroso e o Ministro Marco Aurélio passaram a tônica sob a qual a discussão deve se dar:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO –
O que penso é que a fixação do foro é definitiva, considerado o mandato em curso. Cessado este, responde junto, no que costume apontar como a pedra da magistratura, à primeira instância. E, por acaso, eleito para um outro cargo, o fenômeno não atrai, tendo em vista o crime pretérito, praticado no e em razão do exercício do mandato, uma nova prerrogativa.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exatamente isso. Aí, Vossa Excelência faz a referência ao elevador, para se evitar o elevador.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO –

Exato.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Então, Vossa Excelência vai nesse sentido. Aí, eu queria fazer uma pergunta ao eminente Relator: vamos supor que aqui haja um caso de um prefeito que se elegeu deputado federal e o ato pelo qual houve a persecução foi em razão de ele ser prefeito...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -

Ele não era prefeito, era candidato.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ele não era?

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) -

Era candidato a prefeito, mas a denúncia foi recebida, quando era prefeito, pelo Tribunal Regional Eleitoral.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pelo Tribunal Regional. Mas, então, vamos figurar uma outra hipótese: um governador de Estado pratica um ato, é investigado por esse ato...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX -



Ato de governança?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Um ato ilícito penal. Nesse processo, ação penal ou inquérito, quando há a diplomação, o que ocorre? Pela tese de Vossa Excelência, o parlamentar responderá no Supremo se ele praticar, durante o mandato de parlamentar, ato em função do seu cargo, de seu mandato. Isso para mim está claro. A pergunta que faço ao Ministro Relator é: **no caso de alguém que era governador e hoje é senador da República - é muito comum ex-governadores virarem senadores -, o inquérito, ou a ação penal, decorrente de ato praticado enquanto governador fica em qual instância? Porque o caso seria anterior ao mandato de senador, não teria se dado em função ao mandato de senador.** Então, eu tenho dúvidas. São várias as hipóteses resultantes de nossa decisão. Eu gostaria de ouvi-lo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) -

Eu não fiz uma teoria geral do foro privilegiado. Eu decidi um caso concreto. Quer dizer, trouxe uma questão de ordem para um caso concreto, portanto, é muito difícil, in abstracto, nós prevermos todas as situações da vida que podem acontecer.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, mas existem casos hoje aqui, é que eu não quis citar nomes de partes. O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR) - **Mas o meu sentimento é o de que a regra geral em Direito, pelo princípio republicano, é que as pessoas devem estar sujeitas à jurisdição de primeiro grau como todo mundo, salvo as situações expressamente contempladas na Constituição. Portanto, sem me comprometer, porque não tratei especificamente dessa questão, se o fato foi praticado quando era governador, a competência, em nenhuma hipótese, passará para o Supremo se ele vier a ser Deputado Federal. Isto está claro no meu voto. E, se ele não é mais o governador, a competência deixou de ser do Superior Tribunal de Justiça. Assim, em linha de princípio, eu mandaria para o primeiro grau. Mas devo dizer que não enfrentei essa questão e também não quero me comprometer com a tese, porque todos sabemos que julgar in abstracto é sempre um risco. Por isso que procurei demarcar uma tese tão próxima do caso concreto quanto possível, mas, filosoficamente, sou de entendimento de que a regra geral deve ser a jurisdição de primeiro grau.**

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Agradeço enormemente as explicações do Ministro Relator, porque isso me faz refletir. A partir dessa decisão que venhamos a tomar no sentido em que vai se formando a maioria, nós teremos, como consequência - e eu sempre procuro olhar as consequências - outras discussões que continuarão a vir a este Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, o ato tido como ilícito penal foi praticado em razão da função ou não? "Ah, isso vai lá para primeira instância". As discussões continuarão. Por meio de uma análise abstrata dessa questão - embora Vossa Excelência não adiante o posicionamento, mas diz qual é a premissa com a qual trabalha, a principiológica -



além de estar vinculado à Constituição e às leis, eu também tenho a questão da análise da consequência de como as nossas decisões repercutem numa República Federativa, com 26 Estados, Distrito Federal, em um país que é um continente, e fico a imaginar várias questões que poderão surgir e que teremos de responder posteriormente.

Mesmo sem a fixação de uma tese vinculante concreta, a discussão ocorreu já em 2018, sendo que a Corte caminhou no sentido de impedir a prorrogação da competência, mesmo se houver assunção de uma função pública diversa. Os Ministros Barroso e Marco Aurélio, em casos absolutamente análogos ao do Sr. Flávio Bolsonaro, deram a entender que o correto seria o envio dos autos ao 1º grau de jurisdição, e não sua manutenção no 2º.

Tal entendimento já foi refletido no âmbito das duas Turmas, à unanimidade, dessa Eg. Corte Suprema. Veja-se:

Ementa

DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. AGRAVO REGIMENTAL. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CRIME PRATICADO FORA DO CARGO E SEM VINCULAÇÃO COM O CARGO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO.

1. Tal como consta da decisão monocrática recorrida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o foro especial por prerrogativa de função, de que cuida o § 1º do art. 53 da CF (Deputados federais e Senadores), só deve ser observado para a prática de crimes cometidos no cargo e em razão do cargo, motivo por que não parece adequado que o Tribunal continue a conduzir inquéritos para os quais não se considera competente.

2. No caso sob exame, as condutas foram supostamente praticadas quando o investigado exercia mandato de Deputado estadual, cargo que já não mais exerce, impondo-se, nos termos do precedente estabelecido na AP 937-QO, o declínio de competência para o Juízo Criminal de Primeiro Grau do Estado de Sergipe, a quem couber por distribuição.

Voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso

1. A tese de que os autos deveriam ter sido enviados para o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, e não para o Juízo de Primeiro Grau, considerada a redação do art. 106, I, a, da Constituição do Estado de Sergipe, não merece prosperar.

2. O fato de o agravante ostentar mandato de parlamentar estadual à época dos fatos como fundamento para o envio da investigação para o Tribunal de Justiça acarretaria a indesejável perpetuação do foro especial por prerrogativa de função que o

Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) quis justamente restringir.

3. Desse modo, considerado que Adelson Barreto dos Santos deixou o cargo de Deputado estadual no ano de 2014 e assumiu o cargo de Deputado federal em 1º de Fevereiro de 2015, segundo as informações presentes no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, o agravante não mais detém a prerrogativa de foro em razão dos mandatos antes exercidos na Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe.

4. Assim, a cessação da investidura do recorrente no mandato por ele exercido de Deputado estadual tem, como consequência, a perda do foro por prerrogativa perante o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe e restabelece a competência do juízo de primeira instância para apreciação do feito, entendimento já sedimentado pela Supremo

Tribunal Federal na Pet 6197/DF, Rel. Min. Teori Zavascki).

5. No ponto, reforço que o papel institucional do foro especial por prerrogativa de função é de servir como instrumento para a garantia do livre exercício de cargos, funções e mandatos institucionalmente relevantes e, como tal, somente se legitima enquanto as autoridades se encontram neles investidos. Desse modo, a pretensão recursal do agravante se mostra meramente protelatória e é manifestamente inadmissível, porquanto contrária à orientação segura do Pleno do STF.

6. Esse o quadro, e considerado que a conduta imputada ao investigado foi supostamente praticada quando ainda não detinha foro especial por prerrogativa de função perante o STF, nego o provimento do recurso e mantenho a decisão agravada que declinou a competência desta Corte para remeter os autos ao Juízo Criminal de Primeiro Grau da Justiça do Estado de Sergipe, a quem couber por distribuição.

(INQ 4204 AGR / DF, j. 10/09/2018, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso)

Ementa

Processual Penal. Agravo regimental. Aplicação do entendimento firmado na Questão de Ordem na AP nº 937. Determinação de baixa ao juízo de primeiro grau competente. Prerrogativa de função não configura privilégio pessoal. Cancelamento da Súmula 394/STF. Entendimento não superado. Recurso não provido.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 3 de maio de 2018, ao julgar Questão de Ordem na AP nº 937, Relator o Ministro Roberto Barroso, assentou a tese de que “o foro por prerrogativa de função se aplica apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”. Naquela oportunidade, definiu-se também que, inaplicável a regra constitucional de foro, os processos devem ser remetidos ao juízo de primeira instância competente.

2. Atualmente o recorrente é deputado federal e há muito tempo não ocupa o cargo de Procurador-Geral do Estado. O

afastamento desse último cargo, independentemente da motivação, acarretou perda do conjunto de prerrogativas que eventualmente lhe seja conferido.

3. A jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que a prerrogativa de foro não configura privilégio de caráter pessoal, sendo concedida exclusivamente 'ratione muneris'. Precedentes.

4. A Súmula 394/STF foi cancelada por decisão unânime do Tribunal Pleno da Corte, em sessão realizada em 25/8/99, quando do julgamento de Questão de Ordem no Inquérito nº 687, Relator o Ministro Sydney Sanches. A partir de então, pacificou-se, na jurisprudência da Corte, que a competência penal originária por prerrogativa de função cessa quando encerrado o exercício funcional correlato.

5. No caso, inexistente razão fática e jurídica para se determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça local.

(AG.REG. NA AÇÃO PENAL 945 AMAPÁ , j. 11/09/2018, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli)

Diversas são as decisões monocráticas e os despachos de Ministros dessa Eg. Corte remetendo autos de inquérito e de processo penal à 1ª instância após a cessação do vínculo funcional apto a justificar o foro “privilegiado”. Em um dos casos, por exemplo, o Ministro Marco Aurélio remeteu os autos de inquérito em desfavor do deputado federal Aécio Neves ao 1º grau, mesmo tendo o parlamentar conseguido sucessão direta e imediata entre os cargos de senador e deputado federal (os fatos eram relacionados ao seu exercício senatorial)¹⁰.

Em rápida análise histórica, a imprensa¹¹ também noticia que outros casos idênticos ao do Sr. Flávio Bolsonaro foram remetidos, por esse Eg. STF, à primeira instância. Veja-se:

Na contramão do caso do senador Flávio Bolsonaro (Republicanos-RJ), o Supremo Tribunal Federal (STF) já mandou para a primeira instância ao menos duas ações penais de parlamentares investigados por irregularidades na época em que eram deputados estaduais. Ambos os casos, assim como na investigação de Flávio, também envolvem a nomeação de servidores

¹⁰ ESTADÃO. Marco Aurélio envia à primeira instância inquérito contra Aécio Neves. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/marco-aurelio-envia-a-primeira-instancia-inquerito-contr-aecio-neves/>>. Acesso em 26.06.2020.

¹¹ GLOBO. STF mandou para a primeira instância casos iguais ao de Flávio Bolsonaro. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/stf-enviou-para-primeira-instancia-casos-iguais-ao-de-flavio-bolsonaro-24500547>>. Acesso em 26.06.2020.

em seus gabinetes. E, da mesma forma que o senador, os dois emendaram mandatos no Congresso Nacional depois de serem deputados estaduais. As decisões são de maio de 2018, pouco depois de o STF ter restringido o alcance do foro privilegiado.

Na época, o **ministro Dias Toffoli** enviou para uma vara criminal de primeira instância no Paraná uma ação penal do então deputado federal Takayama (PSC-PR). Ele foi acusado de empregar em seu gabinete na Assembleia Legislativa paranaense, entre 1999 e 2003, 12 pessoas que na verdade prestavam serviços particulares. Takayama deixou a legislatura estadual para uma vaga no Congresso em 2003. Depois disso emendou vários mandatos como deputado federal, cargo que ainda ocupava em 2018, não tendo deixado de ser parlamentar no período.

A Constituição do Paraná estabelece que o foro de deputados estaduais é na segunda instância. Mas como o mandato dele na legislatura local já tinha finalizado, essa regra não foi aplicada por Toffoli e o processo foi remetido para a primeira instância. Na Justiça Federal do Paraná, aonde o caso foi parar, a ação acabou sendo arquivada.

Outro ex-deputado estadual com processo remetido para a primeira instância foi Édio Lopes, de Roraima, atualmente deputado federal pelo PL. Em maio de 2018, o **ministro Gilmar Mendes**, do STF, mandou para a comarca de Boa Vista a ação penal em que ele era acusado nomear funcionários fantasmas em seu gabinete na Assembleia Legislativa entre 2005 e 2006. Em 2007, ele se tornou deputado federal, cargo para o qual vem se reelegendo desde então. A Constituição de Roraima também estabelece o julgamento de deputados na segunda instância, e não na primeira. Mas a ação penal de Édio Lopes acabou voltando para o próprio STF por outro motivo. Como o processo estava muito avançado e havia risco de prescrição, a Procuradoria-Geral da República (PGR) recorreu para mantê-lo na Corte e ter um desfecho mais rápido. Mas, até o momento, o STF ainda não julgou o caso.

No Brasil, vários cargos dão direito a foro privilegiado. No STF, por exemplo, são julgados senadores, deputados federais e ministros. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), governadores e conselheiros de tribunais de contas estaduais. Várias constituições estaduais determinam ainda que prefeitos, deputados estaduais e secretários sejam julgados no Tribunal de Justiça local.

Em maio 2018, o STF aplicou um novo entendimento: só seria processado no tribunal quem é investigado por fatos relacionados ao mandato cometidos enquanto o parlamentar estiver no cargo. Desde então, a Corte vem mandando para a primeira instância várias investigações, mesmo quando os supostos crimes tenham ocorrido enquanto ocupavam outro cargo com foro privilegiado. Com isso, inquéritos e ações penais de parlamentares que eram governadores, prefeitos ou deputados estaduais foram para a primeira instância, e não para o STJ ou para tribunal local.

Em agosto de 2018, por exemplo, o **ministro Edson Fachin** mandou para primeira instância da Justiça Federal um inquérito do então senador Lindbergh Farias (PT-RJ). Ele era acusado de



irregularidades na época em que era prefeito de Nova Iguaçu, cargo que, segundo a Constituição do Rio de Janeiro, lhe dá foro privilegiado na segunda instância.

Um caso de ex-governador que teve processo enviado para a primeira instância e não para o STJ foi o do deputado Aécio Neves (PSDB-MG). Em maio de 2018, quando ele ainda era senador, o **ministro Alexandre de Moraes** enviou o inquérito aberto para investigar irregularidades nas obras da Cidade Administrativa, sede do governo mineiro, para a justiça criminal estadual de primeira instância.

Nessa esteira, não há, com a devida vênia, outra possibilidade senão a anulação da decisão de ontem do Eg. TJRJ, com a consequente manutenção dos autos do inquérito policial que investiga o senador Flávio Bolsonaro pelo suposto esquema de “rachadinhas” durante o exercício do cargo de deputado estadual do Rio de Janeiro na 1ª instância. O contrário implicaria violação ao primado republicano, ao princípio da igualdade (seria invariavelmente duas medidas para um mesmo peso) e à dinâmica restritiva constitucional quanto ao foro por prerrogativa de função.

Para que se alcance tal solução *in concreto*, é necessário que se dê interpretação conforme ao art. 102, § 1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, para da norma afastar qualquer interpretação indevidamente ampliativa a respeito do foro privilegiado aos deputados estaduais.

Requer-se, também, que as mesmas teses firmadas no âmbito do julgamento da AP 937/RJ sejam aqui reafirmadas, para que subsista precedente em tudo vinculante, de modo a tornar mais estável a jurisprudência nacional sobre a temática.

V. DA MEDIDA CAUTELAR

Estão presentes os pressupostos para a concessão da cautelar ora postulada, nos termos do artigo 10 da Lei nº 9.868, de 1999.

Por um lado, o *fumus boni juris* está amplamente configurado, diante de todas as razões acima expostas, as quais evidenciam que a interpretação dada ao artigo § 1º do art. 102 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, violou diversas normas caras da Constituição.

O *periculum in mora*, por seu turno, consubstancia-se na aplicação imediata da interpretação dada ao dispositivo pelo TJRJ, já produzindo efeitos sobre o curso das investigações de forma imediata. Neste sentido, até o início do trâmite do processo no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o juízo de primeiro grau não dará prosseguimento ao processo. O que importa em desmedida perda de lapso prescricional penal, deixando latente a possibilidade impunidade no caso.

Ainda, o processamento e julgamento dos fatos por órgão incompetente também poderá ensejar questionamentos futuros, sobretudo pela existência recente de inúmeros julgados do STF que, na linha do decidido em QO na AP 937, resultaram em decisão diversa - remessa dos autos ao 1º grau.

Assim, sendo notória a diferença na interpretação sobre o foro por prerrogativa de função, requer-se a cautelar para que se **determine que o TJRJ aplique o *decisum* da QO na AP 937, mantendo as investigações do caso envolvendo o Senador Flávio Bolsonaro na primeira instância (27ª Vara Criminal da Capital) até a decisão final da presente ADI.**

Ademais, requer-se a cautelar, ainda, para que se **determine que o TJRJ deixe de aplicar sua interpretação ampliativa do foro por prerrogativa de função em suas futuras decisões até a decisão final da presente ADI**, que definirá os contornos do “foro privilegiado”.

Ressalte-se a imperiosa necessidade de não suspender ou atrasar nenhuma investigação. É preciso, então, agir com rapidez, para impedir que se consuma mais esta afronta à Constituição e ao ordenamento jurídico brasileiro. E, no caso, não se trata de mera afronta a normas despiciendas: a denotação prática aqui

é notória, pois se explicita o casuísmo não republicano da interpretação da norma ao caso concreto.

VI. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer:

- a) O deferimento da **medida cautelar** ora requerida para, até a decisão final da presente ADI, que definirá os contornos do “foro privilegiado”:
 - i. que se **determine que o TJRJ aplique o *decisum* da QO na AP 937, mantendo as investigações do caso envolvendo o Senador Flávio Bolsonaro na primeira instância (27ª Vara Criminal da Capital);**
 - ii. que se **determine que o TJRJ, observando a jurisprudência firme deste Eg. STF, deixe de aplicar sua interpretação ampliativa ao foro por prerrogativa de função em suas futuras decisões.**
- b) No **mérito**, a confirmação das liminares pleiteadas, com a interpretação conforme a Constituição Federal do § 1º dos art. 102 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, para **excluir a interpretação de qualquer prorrogação ou extensão do foro por prerrogativa de função ao término do mandato de deputado estadual.**
- c) Fixação da seguinte **tese**: “Ao término do exercício do cargo, cessa a imunidade formal de foro por prerrogativa dele decorrente, independentemente de assunção ou não de outro cargo posteriormente, inclusive em reeleição para o mesmo cargo, momento no qual os processos serão remetidos à primeira instância, exceto se já publicado o despacho de intimação para apresentação de alegações finais”.
- d) Reafirmação, em precedente vinculante, das seguintes **teses** fixadas no âmbito da AP 937: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos

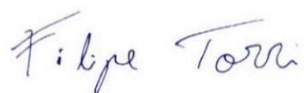
crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente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

Termos em que pede deferimento.

Brasília-DF, 26 de junho de 2020.

BRUNO LUNARDI GONÇALVES

OAB/DF nº 62.880



FILIPPE TORRI DA ROSA

OAB/DF nº 35.538



FABIO GOMES DE SOUSA

Acadêmico de Direito

CÁSSIO DOS SANTOS ARAUJO

OAB/DF nº 54.492



KAMILA RODRIGUES ROSENDA

OAB/DF nº 32.792



SUMÁRIO DE DOCUMENTOS

DOC 1 - Certidão da Comissão Executiva da REDE;

DOC 2 - Procuração; e

DOC 3 - Cópia do ato impugnado (Constituição do Estado do Rio de Janeiro).