

02/10/2008

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA ACÇÃO PENAL 493-6 PARAÍBA

RELATORA	:	MIN. ELLEN GRACIE
AGRAVANTE(S)	:	FÁBIO MAGNO DE ARAÚJO FERNANDES
ADVOGADO(A/S)	:	WALTER DE AGRA JÚNIOR E OUTRO(A/S)
AGRAVADO(A/S)	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
ASSISTENTE(S)	:	MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA
ADVOGADO(A/S)	:	ALUÍSIO LUNDGREN CORRÊA REGIS E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	:	CÍCERO DE LUCENA FILHO
ADVOGADO(A/S)	:	RODRIGO DE SÁ QUEIROGA E OUTRO(A/S)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO
REGIMENTAL. DECISÃO DE DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO.
ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.
ART. 80, CPP. IMPROVIMENTO.

1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que determinou a separação do processo relativamente aos demais acusados, mantendo apenas em relação ao parlamentar que tem prerrogativa de foro.

2. O art. 129, I, da Constituição da República, atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a função de promover a ação penal pública (incondicionada ou condicionada à representação ou requisição) e, para tanto, é necessária a formação da *opinio delicti*. Como já pontuou o Min. Celso de Mello, “a formação da *“opinio delicti” compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia”* (HC 68.242/DF, 1ª Turma, DJ 15.03.1991). Apenas o órgão de atuação do Ministério Público *detém a opinio delicti a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal* (Inq-QO 2.341/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 17.08.2007).



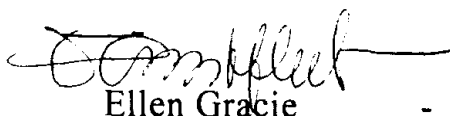
AP 493-AgR / PB

3. Esta Corte vem se orientando no sentido de admitir a separação do processo com base na conveniência da instrução e na racionalização dos trabalhos (AP-AgR 336, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004; AP 351, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.09.2004).
4. No caso em questão, a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) não vinha sendo atendida, sendo que as condutas dos 8 (oito) acusados foram especificadas na narração contida na denúncia.
5. Relativamente à imputação sobre possível crime de quadrilha, esta Corte já decidiu que há *“a possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal, (...) também em relação aos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, do Código Penal)”* (AP-AgR nº 336/TO, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004).
6. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 02 de outubro de 2008.



Ellen Gracie

- Relatora

02/10/2008

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA AÇÃO PENAL 493-6 PARAÍBA

RELATORA	:	MIN. ELLEN GRACIE
AGRAVANTE(S)	:	FÁBIO MAGNO DE ARAÚJO FERNANDES
ADVOGADO(A/S)	:	WALTER DE AGRA JÚNIOR E OUTRO(A/S)
AGRAVADO(A/S)	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
ASSISTENTE(S)	:	MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA
ADVOGADO(A/S)	:	ALUÍSIO LUNDGREN CORRÊA REGIS E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	:	CÍCERO DE LUCENA FILHO
ADVOGADO(A/S)	:	RODRIGO DE SÁ QUEIROGA E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que determinou a separação do processo relativamente aos demais acusados, mantendo apenas em relação ao Senador da República Cícero de Lucena Filho. A decisão teve o seguinte teor (fls. 2.747/2.751):

“1. Trata-se de ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Cícero de Lucena Filho, Potengi Holanda de Lucena, Saulo Lins Nóbrega, Evandro de Almeida Fernandes, Marcelo José Queiroga, Julião Antão de Medeiros, Sylvio Britto dos Santos, Fábio Magno de Araújo Fernandes e Ricardo Moraes de Pessoa, sob a acusação da prática dos crimes previstos no art. 89, da Lei nº 8.666/93 c.c. art. 71, do Código Penal.

De modo bem resumido, os fatos descritos na denúncia dão conta de possíveis práticas de fraudes às licitações e desvio de verbas públicas federais por meio de superfaturamento dos valores correspondentes aos serviços, obras e materiais objeto de diversos convênios e contratos

AP 493-AgR / PB

firmados entre o Município de João Pessoa/PB e a União Federal, em especial o Convênio 91/2000. Em procedimento próprio, o Tribunal de Contas da União teria confirmado o indevido aproveitamento da licitação realizada em 1991 para adjudicar os objetos de todos os contratos de repasse e do Convênio 91 à empresa COESA, representada por Marcelo José Queiroga, e a outras empresas, todas destinatárias da sub-rogação parcial do referido contrato.

Registro que, após recebida a denúncia, houve citação e interrogatório dos denunciados, com oferecimento de alegações preliminares (fls. 834/854, 986/1023, 1028/1034, 1088/1099, 1107/1117, 1121/1124, 1134/1145, 1244/1277, 1282/1307 e 1381/1383). Iniciou-se a produção da prova testemunhal, tendo sido inquiridas todas as testemunhas arroladas pela acusação (fls. 1503/1507, 1585/1590 e 2070/2072), tendo sido ouvidas algumas testemunhas arroladas pelas defesas (fls. 2202/2211 e 2522/2527).

O Município de João Pessoa/PB requereu sua admissão como assistente da acusação, o que foi deferido (fls. 1576/1577), tendo havido posterior diplomação e assunção do mandato de Senador da República em relação a Cícero de Lucena Filho, ocasião em que os autos foram remetidos a esta Corte (fls. 2.648/2.649).

2. Manifestação da Procuradoria-Geral da República, requerendo a reautuação do feito como ação penal, o desmembramento do processo em relação aos acusados que não gozam de prerrogativa de foro e o prosseguimento da ação penal em relação ao denunciado Cícero de Lucena Filho (fls. 2.712/2.715).

3. Petição da defesa de Marcelo José Queiroga Maciel, requerendo a junta de substabelecimento (fl. 2.740). Nova petição da defesa de Marcelo José requerendo vista dos autos

AP 493-AgR / PB

para extração de cópias de peças do processo (fl. 2.745).

4. *No pronunciamento do Senhor Procurador-Geral da República (fls. 2.712/2.715), destacam-se os seguintes trechos:*

“Os atos processuais até então praticados são válidos, pois originários de autoridade judiciária competente.

(...)

Em razão do elevado número de denunciados – 8 (oito) – que não possuem prerrogativa de foro nesse Supremo Tribunal Federal, pede-se o desmembramento do feito, nos termos do art. 80 do Código de Processo Penal, visando à preservação da instrução criminal e a celeridade da efetiva prestação jurisdicional.

Tal providência vem de (sic) encontro a recentes posicionamentos desse Tribunal que reconhecem o caráter facultativo da reunião de processos (AP 336 Agr, DJ de 10.12.2004; AP 351, DJ de 17.9.2004).

Nestes autos, a competência ratione personae dessa Corte somente se dá em razão de ter sido denunciado o Senador CÍCERO DE LUCENA FILHO, não existindo outro fato que justifique o processo e o julgamento dos acusados, sem prerrogativa de foro, perante esse Tribunal.

Ademais, não se vislumbra a conveniência de se atrair todo o feito à apreciação dessa Corte. Ao contrário, a inviabilidade do processamento e julgamento de todos os investigados nessa instância superior é razão mais que suficiente para autorizar o desmembramento. Essa insuperável dificuldade autoriza exceção ao princípio do simultaneus processus.

Em consequência, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a reautuação do feito como ação penal e, nos termos do art. 9º, da Lei nº 8.038/90, a

AP 493-AgR / PB

expedição de carta de ordem para a oitiva das testemunhas de defesa (fls. 1.028/1.034, volume 7).

Requer, outrossim, o desmembramento do feito, extraindo-se cópia do presente Inquérito, com a posterior remessa ao Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, para a adoção das providências cabíveis que entender cabíveis”.

5. *A regra, em tema relativo à determinação da competência por conexão ou continência, é a prevalência da jurisdição de maior graduação quando houver concurso de jurisdições de diversas categorias (CPP, art. 78, inciso III).*

Contudo, é facultativa a separação dos processos nos casos em que as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo e lugar diferentes, houver excessivo número de acusados, se constatar delonga na prisão processual de algum dos acusados ou existir outro motivo relevante (CPP, art. 80).

Esta Corte, na linha do raciocínio exposto pelo Ministério Público Federal, já admitiu a separação do processo com fundamento na conveniência da instrução processual (AP-AgR nº 336, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004) e na racionalização dos trabalhos (AP nº 351, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.09.2004).

6. *Assim, deve permanecer perante esta Corte apenas o processo relativo ao acusado Cícero de Lucena Filho, em virtude da prerrogativa de foro, devendo os demais acusados serem processados perante o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba.*

Para tanto, acolho a manifestação do Senhor Procurador-Geral da República (fl. 2.715, item 15), determinando a extração de cópia integral destes autos principais e dos apensos, remetendo-os ao Juízo da 1ª Vara Federal da Paraíba.

7. *No que pertine aos atos processuais já praticados no período anterior à*

AP 493-AgR / PB

chegada dos autos ao STF, inclusive a decisão de recebimento da denúncia, reputo-os válidos, ratificando-os nesta data. Na época da decisão, o denunciado Cícero de Lucena Filho não gozava de prerrogativa de foro, o que evidencia a ausência de qualquer vício nos atos processuais então praticados. Deverá, desse modo, ocorrer a reautuação e registro deste procedimento como ação penal.

8. *Como já houve interrogatório do acusado Cícero Lucena Filho, oferecimento de suas alegações preliminares, oitiva das testemunhas arroladas na denúncia e de parte das testemunhas da defesa, nos termos do art. 9º, da Lei nº 8.038/90, é de rigor a extração de carta de ordem a fim de que sejam ouvidas as demais testemunhas de defesa (fls. 1.028/1.034, volume 7).*

9. *Ante o exposto, **determino a separação do processo** relativamente aos demais denunciados, permanecendo apenas o acusado Cícero de Lucena Filho nestes autos, providenciando-se a extração das cópias e outras medidas, para remessa de tais cópias ao juízo da 1ª Vara Federal da Paraíba (item 6). **Determino, ainda, a reautuação do processo como ação penal, ratificando todos os atos processuais praticados, inclusive o recebimento da denúncia. Finalmente, determino a extração de carta de ordem para realização das oitivas das testemunhas da defesa de Cícero de Lucena Filho (art. 9º, da Lei nº 8.038/90).***

2. O agravante argumenta, em síntese, que o desmembramento do processo pode comprometer a apuração dos fatos e, assim, gerar decisões contraditórias, com prejuízos às partes. Esclarece que os fatos apurados versam a respeito da suposta formação de quadrilha com objetivo de fraudar procedimentos licitatórios.

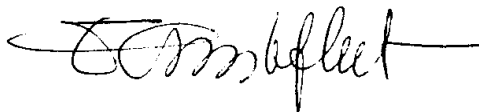
AP 493-AgR / PB

Observa, ainda, que a regra é a unidade do processo e, conseqüentemente, do julgamento nos casos em que a competência é determinada pela conexão ou continência, não sendo recomendável o desmembramento.

Assim, requer o provimento do agravo, seja pelo juízo de retratação, seja por decisão do Plenário do STF.

3. Manifestação da Procuradoria-Geral da República no sentido do improvimento do agravo regimental (fls. 2.798/2.800).

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Tombelet' or similar, with a long horizontal stroke extending to the right.

AP 493-AgR / PB**V O T O**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1. A matéria ora submetida a julgamento foi bem exposta pela Procuradoria-Geral da República em trecho de sua manifestação, que aproveito para transcrever (fls. 2.799/2.800):

“Não merece reparos a decisão agravada.

A providência adotada coaduna com os posicionamentos dessa Corte, que reconhecem o caráter facultativo da reunião de processos (HC nº 73.423-RJ, Rel. Min. FRANCISCO REZEK; PETQO 2020/MG, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJU de 31.08.2001; PET 3100-TO, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 13.04.2004).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de admitir a separação do processo com base na conveniência da instrução e na racionalização dos trabalhos.

Conforme acentuado no parecer de fls. 2712/2715, foram denunciadas 8 (oito) pessoas, sendo que apenas o Senador CÍCERO DE LUCENA FILHO possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se que a produção de provas por tantos réus prejudica o desenvolvimento da presente Ação Penal, haja vista que nenhuma das testemunhas arroladas pelo réu CÍCERO DE LUCENA FILHO foi ouvida, passados dois anos e meio do recebimento da denúncia, ocorrido em 01/02/2006.

Tal situação afronta ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que assegurou a todos a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

A preservação da garantia constitucional da celeridade processual, inserida pela EC nº 45/04 como corolário do princípio do

AP 493-AgR / PB

devido processo legal, apresenta-se como motivo suficiente para o desmembramento do feito.

Como no caso em tela as condutas dos réus apresentam-se especificadas, não se justifica a unidade de processos e impõe-se a aplicação do entendimento pacífico desse Supremo Tribunal Federal no sentido de que “a regra do art. 79 do Código de Processo Penal – competência por conexão ou continência – é abrandada pelo teor do art. 80 do Código de Processo Penal, (...)”.

Verifica-se, portanto, que o desmembramento da investigação observou com rigor os ditames do Código de Processo Penal, que admite a separação de processos em nome da conveniência da instrução, ante o elevado número de réus. Destaque-se que, demonstrada sua conveniência, a separação do processo pode ser adotada a qualquer momento, seja na fase investigatória, seja na judicial.

Finalmente, FÁBIO MAGNO DE ARAÚJO FERNANDES pretende ser julgado perante o Supremo Tribunal Federal para que seus argumentos sejam apreciados “pelo mais elevado grau de jurisdição, dotado de imparcialidade e formado pelos mais renomados juristas”.

Equivoca-se o agravante, tendo em vista que a jurisdição exercida por órgão devidamente investido, como manifestação do poder estatal, pressupõe a imparcialidade e a aptidão dos julgadores para a resolução de conflitos.

(...)

Portanto, encontra-se autorizado o desmembramento do feito em benefício da própria administração da Justiça e não há que se cogitar do seu prosseguimento perante o Supremo Tribunal Federal com relação aos réus que não detêm prerrogativa de foro, diante da competência constitucionalmente estabelecida para essa Corte”.

AP 493-AgR / PB

2. Realmente, as razões do agravo regimental não se revelaram suficientes e idôneas para alteração do conteúdo e resultado da decisão monocrática por mim proferida.

3. O art. 129, I, da Constituição da República, atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a função de promover a ação penal pública (incondicionada ou condicionada à representação ou requisição) e, para tanto, é necessária a formação da *opinio delicti*. Como já pontuou o Min. Celso de Mello, “a formação da *“opinio delicti” compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia”* (HC 68.242/DF, 1ª Turma, DJ 15.03.1991). Apenas o órgão de atuação do Ministério Público *detém a opinio delicti a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal* (Inq-QO 2.341/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 17.08.2007).

4. Esta Corte vem se orientando no sentido de admitir a separação do processo com base na conveniência da instrução e na racionalização dos trabalhos (AP-AgR 336, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004; AP 351, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.09.2004).

No caso em questão, a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) não vinha sendo atendida, sendo que as condutas dos 8 (oito) acusados foram especificadas na narração contida na denúncia.

5. Relativamente à imputação sobre possível crime de quadrilha, esta Corte já decidiu que há “a possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal, (...) também em relação aos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, do Código Penal)” (AP-AgR nº 336/TO, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004).

Esclareço, inclusive, que, em se tratando de desmembramento determinado a requerimento do Ministério Público,

AP 493-AgR / PB

por óbvio o *Parquet* assume o ônus decorrente de sua postura, o que permitirá a esta Corte aferir a higidez e idoneidade da pretensão acusatória.

6. Da mesma forma, improcede o argumento segundo o qual o agravante deve ser julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal em razão dos atributos da imparcialidade e da presença de renomados juristas quanto aos julgadores.

Tais circunstâncias não são motivos plausíveis para a manutenção dos réus que não detêm prerrogativa de foro, na jurisdição do STF. A jurisdição é manifestação do poder estatal, exercitada por órgãos devidamente investidos, todos gozando do pressuposto de imparcialidade e preparo técnico-jurídico dos julgadores para a prestação jurisdicional.

O desmembramento determinado no caso em questão o foi em benefício da própria administração da justiça e, conseqüentemente, das partes, notadamente em virtude do direito fundamental à razoável duração do processo, o que não vinha ocorrendo no período anterior à determinação de separação do processo.

7. Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



02/10/2008

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA AÇÃO PENAL 493-6 PARAÍBA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, continuo acreditando que norma instrumental comum não pode elastecer a competência do Supremo, que é de direito estrito e está na Constituição Federal. Refiro-me a preceito do Código de Processo Penal quanto à continência e à conexão.

Registro sentir-me honrado com a menção da ministra Ellen Gracie ao precedente de minha lavra. Mais uma vez, reporto-me ao voto proferido sobre a matéria:

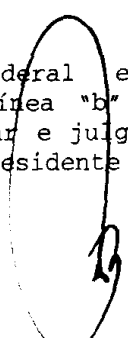
[...] A Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, emprestou ao artigo 84 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal -, a seguinte redação:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

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

A competência do Supremo Tribunal Federal está delimitada na Constituição Federal. Preceitua a alínea "b" do inciso I do artigo 102, competir ao Supremo processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da



AP 493-AgR / PB

República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o Procurador-Geral da República. A definição constitucional tem como móvel o cargo ocupado e não a proteção deste ou daquele cidadão. Esse enfoque, calcado no princípio do juiz natural, prevaleceu na ocasião em que a Corte, apreciando questão de ordem no Inquérito nº 687-4, a envolver o indiciado Jabes Pinto Rabelo, veio a rever, para cancelá-lo, o Verbete nº 394, que integrava a Súmula da respectiva jurisprudência predominante com o seguinte teor:

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

Ora, a Lei nº 10.628/2002, ao dispor sobre a persistência da competência especial por prerrogativa de função, acabou discrepando da ordem natural das coisas. É que o Supremo Tribunal Federal, ao cancelar o citado enunciado, procedeu à interpretação da Carta da República, do que se contém nas alíneas "b" e "c" do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, revelando-as definidoras da competência maior apenas quando ocupado o cargo. Em síntese, o legislador ordinário acabou por aditar as citadas alíneas para nelas incluir, em detrimento de interpretação consagrada pelo Plenário desta Corte, a continuidade do foro dito especial por prerrogativa de função, em que pese a cessação do exercício desta última. Mais do que isso, veio a dispor no sentido dos votos vencidos, a partir do prolatado pelo ministro Sepúlveda Pertence, no que propôs a edição de verbete com o seguinte teor:

Cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercer, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional.

Acompanharam Sua Excelência os ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira, tendo prevalecido, no entanto, a óptica segundo a qual o texto da Constituição Federal, definidor da competência do Supremo, não permitia tal interpretação. Ora, firmada a premissa de que definidora da competência do Supremo Tribunal Federal é a Constituição Federal, tem-se que lei ordinária que venha alterá-la, para elastecer ou diminuir o âmbito de atuação, surge manifestamente inconstitucional.

Colho do parecer da Procuradoria Geral da República o seguinte trecho:

9. A questão está em saber-se se pode haver interpretação da Constituição conforme a lei

AP 493-AgR / PB

10. Por certo que não!

11. Muito a propósito, a lição do Magistrado André Gustavo C. de Andrade, *verbis*:

"Na direção inversa - da harmonização do texto constitucional com a lei - haveria a denominada "interpretação da Constituição conforme as leis", mencionada por Canotilho como método hermenêutico pelo qual o intérprete se valeria das normas infraconstitucionais para determinar o sentido dos textos constitucionais, principalmente daqueles que contivessem fórmulas imprecisas ou indeterminadas. Essa interpretação de "mão trocada" se justificaria pela maior proximidade da lei ordinária com a realidade e com os problemas concretos.

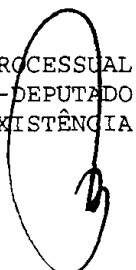
O renomado constitucionalista português aponta várias críticas que a doutrina tece em relação a esse método hermenêutico, que engendra como que uma "legalidade da Constituição a sobrepor-se à constitucionalidade das leis".

Tal concepção leva ao paroxismo a idéia de que o legislador exercia uma preferência como concretizador da Constituição. Todavia, o legislador, como destinatário e concretizador da Constituição, não tem o poder de fixar a interpretação "correta" do texto constitucional. Com efeito, uma lei ordinária interpretativa não tem força jurídica para impor um sentido ao texto constitucional, razão pela qual deve ser reconhecida como inconstitucional quando contiver uma interpretação que entre em testilha com este. (in - Revista de Direito Renovar - vol. 24 - set/dez 02 - pg. 78/9, grifamos)

12. Com efeito, a decisão assumida pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no Inquérito Policial nº 687, e que cancelou a Súmula 394-STF, toda ela fixou-se na discussão de ter, aludida Súmula, compatibilizado-se, ou não, com o texto constitucional de 1988.

13. Leia-se a própria ementa do julgado, da lavra do voto, vencedor, do il. Min. Sydney Sanches, *verbis*:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL
PENAL - PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO
FEDERAL - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - INEXISTÊNCIA



AP 493-AgR / PB

DE FORO PRIVILEGIADO - COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU - NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CANCELAMENTO DA SÚMULA 394.

Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, "b", estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar "os membros do congresso nacional", nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do congresso nacional, assim como não contempla o ex-presidente, o ex-vice-presidente, o ex-procurador-geral da República, nem os ex-ministros de estado (art. 102, I, "b" e "c"). Em outras palavras, a constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a corte suprema, como expressa na Constituição Brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no direito constitucional comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos." (trecho ementa, transcrito no parecer dado na ADI nº 2797 pelo grifos nossos e do original. Il. colega Geraldo Brindeiro - fls. 8)

AP 493-Agr / PB

14. O próprio voto vencido, da lavra do em. Min. Sepúlveda Pertence, estabelece claramente a matriz estritamente constitucional da discussão travada, *verbis*:

"11. De tal modo a tese da Súmula 394 se incorporou ao fundo da cultura do constitucionalismo brasileiro... (parecer citado -fls. 10, grifamos)

"Se nossa função é realizar a Constituição e nela a largueza do campo do foro prerrogativo de função mal permite caracterizá-lo como excepcional, nem cabe restringi-lo nem cabe negar-lhe a expansão sistemática necessária a dar efetividade às inspirações da Lei Fundamental: essa, a correta hermenêutica assumida por nossos antecessores nesta Casa, faz mais de século e meio, para consolidar o entendimento que a Súm. 394 pretendeu traduzir.

Não me impressiona, data venia, que a orientação da Súm. 394 jamais tenha sido explicitada no texto das sucessivas constituições da República.

O argumento é, no mínimo, ambivalente. Aqui, é impossível negar relevo à antiguidade e a firmeza da jurisprudência sesquicentenária que a Súm. 394 testemunha. Não ignoro que - suposta uma mudança na "idéia de Direito" que inspire uma nova Constituição - preceitos típicos da ordem antiga, embora mantidos com o mesmo teor podem receber interpretação diversa, quando a imponha a inserção deles no contexto do novo sistema. O que, porém, não creio ser o caso. E, por isso, se não introduziu restrição aos textos anteriores a respeito, é mais que razoável extrair daí que a nova Constituição os quis manter com o mesmo significado e a mesma compreensão teleológica que a respeito se sedimentara nos sucessivos regimes constitucionais, não apenas nos de viés autoritário - quando a Súmula veio a ser excetuada pelos atos institucionais - mas também nos de indiscutível colorido democrático.

Em outras palavras: no constitucionalismo brasileiro, a doutrina da Súm. 394 de tal modo se enraizara que a sua abolição é que reclamaria texto expresso da Constituição: não a sua preservação, que a tanto bastaria mantê-lo inalterado, como

AP 493-AgR / PB

ocorreu." (parecer citado a fls. 11/12, grifos do original)

15. No parecer cogitado andou bem o il. colega Geraldo Brindeiro quando pontuou, verbis:

"42. Contudo, vislumbra-se sério obstáculo que redundaria na inconstitucionalidade formal a macular a norma inserta no § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.628/02, pois somente o próprio Supremo Tribunal Federal é que teria que adotar tal exegese da norma constitucional sobre sua própria competência originária e não o legislador ordinário. Há, assim, a nosso ver, violação do disposto no art. 2º, da Constituição da República.

43. O § 1º viola o princípio da independência e harmonia dos poderes e usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião máximo da Constituição, segundo o caput do art. 102. A lei neste ponto interpreta a Constituição, na verdade, revogando a exegese mais recente do Supremo Tribunal Federal e lembra o caso emblemático *Marbury v. Madison* da Suprema Corte Americana." (parecer citado a fls. 18, grifos nossos e do original)

16. O equívoco do parecer está em dizer, verbis:

"37. Assim, explicitando o preceito constitucional, tarefa insita ao mister do legislador ordinário, que é a conformação das garantias constitucionalmente previstas, a Lei nº 10.628 nada mais fez que adequar a sistemática legal à interpretação teleológica e sistemática do texto constitucional. Subsistirá o predicamento do foro por prerrogativa de função aqueles crimes que tenham como elementar o exercício do cargo, ao tempo da ação, e a íntima correlação aos seus atributos funcionais.

38. Decerto, explicitar o texto constitucional é tarefa própria do legislador ordinário. Vale destacar as palavras do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, mormente quando afirma que é "certo ainda ser consolidada na jurisprudência que tanto a lei processual federal, quanto as constituições estaduais e a lei orgânica da Justiça Eleitoral

AP 493-AgR / PB

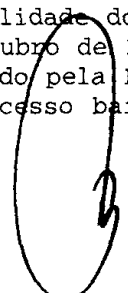
podem criar outras hipóteses de cujo âmbito se tem ressalvado apenas a competência do Júri)". (fls. 17, grifamos)

17. É que a lei 10.628/02 no que inseriu o § 1º, do artigo 84, do Código de Processo Penal para "explicitar o preceito constitucional" não tinha razão para fazê-lo porque no debate então travado na questão de Ordem no Inquérito Policial originário nº 687, a Suprema Corte estabeleceu, majoritariamente, que:

"2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988..." (trecho da ementa a fls. 8, do parecer)

O § 1º do artigo 84, instituído com a Lei 10.628/02 ostenta flagrante inconstitucionalidade ante o artigo 2º - independência entre os Poderes do Estado de sorte que o Poder Legislativo não pode, tal sucedeu com a edição da Lei 10.628, no tópico aqui estudado, interpretar a construção jurídico - constitucional - Súmula nº 394 - tarefa exclusiva do Poder Judiciário - e, também, ante o caput do artigo 102, da Constituição Federal que, no plano da constitucionalidade das normas e construções normativas ao Supremo Tribunal Federal, e só a ele, confere o juízo definitivo no controle concentrado da constitucionalidade destes textos.

Ante o quadro, declaro a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 84 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal -, considerado o teor dado pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, devendo o processo baixar à primeira instância.



*Supremo Tribunal Federal***PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA**

AG. REG. NA AÇÃO PENAL 493-6

PROCED.: PARAÍBA

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

AGTE.(S): FÁBIO MAGNO DE ARAÚJO FERNANDES

ADV.(A/S): WALTER DE AGRA JÚNIOR E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSIST.(S): MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA

ADV.(A/S): ALUÍSIO LUNDGREN CORRÊA REGIS E OUTRO(A/S)

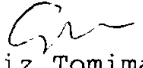
REU(É)(S): CÍCERO DE LUCENA FILHO

ADV.(A/S): RODRIGO DE SÁ QUEIROGA E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, negou provimento ao recurso de agravo. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Procurador-Geral da República o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, ante a ausência do titular. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 02.10.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário