

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 158.072 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE.(S) : **FERNANDO DAMATA PIMENTEL**
IMPTE.(S) : **EUGENIO PACELLI DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DA AP Nº 843 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

DECISÃO: A impetração ora em exame, **formulada** com apoio em *relevantes fundamentos, sustenta a ocorrência* de transgressão a postulados constitucionais *de irrecusável importância, como os princípios do juiz natural e do direito de defesa, neste compreendida* a garantia da instrução processual **realizada** sob a égide do contraditório.

O E. Superior Tribunal de Justiça, **antecipando-se** a eventual pedido de informações, **encaminhou** “cópia do inteiro teor do acórdão proferido em questão de ordem nos autos da Ação Penal n. 843/DF, na sessão da Corte Especial (...) do dia 06/06/2018”.

A **decisão** em causa, **emanada** da E. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – **que concluiu**, majoritariamente, “pela possibilidade de prosseguimento da instrução [na AP 843/DF] até a conclusão do julgamento da questão de ordem na Ação Penal 857/DF” (grifei) – **restou consubstanciada** em acórdão assim ementado:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÕES PENAIS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PRERROGATIVA DE FORO NO STJ. GOVERNADORES, MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL E MEMBROS DOS CONSELHOS OU TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. DEBATE SOBRE EVENTUAL ALTERAÇÃO DO POSICIONAMENTO VIGENTE. PROSSEGUIMENTO DOS ATOS DE INSTRUÇÃO NO INTERREGNO ENTRE O INÍCIO DO DEBATE DO TEMA E A SUA CONCLUSÃO.

1. Na linha do entendimento do Egrégio STF, este Relator entende que, pelo ‘Princípio da Simetria’, os Governadores, os

HC 158072 MC / DF

membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios não se submetem à competência do STJ quando processados por crimes que não tenham sido praticados durante o exercício do cargo ou que não estejam relacionados às funções por eles desempenhadas. No entanto, até hoje a jurisprudência da Corte é unânime no sentido contrário, embora esteja em andamento, sem prazo ou data para conclusão do julgamento, discussão na Corte Especial acerca da matéria.

2. Questão de Ordem proposta a pedido de Fernando Damata Pimentel, para esclarecer a tramitação dos processos já em fase de instrução, no interregno entre o início e a conclusão do debate do tema alusivo à competência por prerrogativa de foro no STJ, diante do que decidiu o Egrégio STF na AP 937.

3. Há, nos diversos Gabinetes, processos criminais com instrução deflagrada, ou já em fase final, alguns deles com audiências marcadas e até mesmo com intimações feitas, reservas de salas de audiências, cartas precatórias expedidas e cumpridas e videoconferências confirmadas.

4. Em vários dos processos em andamento no STJ há prazos prescricionais em curso, alguns deles muito próximos da consumação, a exigir julgamento em data próxima. Há, 'verbi gratia', réus com mais de 70 (setenta) anos em que a prescrição de alguns dos crimes por eles alegadamente praticados ocorre em 1 (um) ano e 6 (seis) meses contados do recebimento da denúncia.

5. Não conclusão, na sessão de 6/6/2018, pela Egrégia Corte Especial, do julgamento que fixará os limites da competência decorrente da prerrogativa de foro.

6. Eventual nova interpretação que valerá com efeitos 'ex nunc', ou seja, do julgamento em diante, não afetando atos e decisões pretéritas. Entendimento fixado pelo Egrégio STF no julgamento da Questão de Ordem na AP 937.

7. A Suprema Corte, ao alterar o seu posicionamento, ressalvou a validade de todos os atos praticados antes daquele julgamento. Orientação quanto a atos anteriores que, na mesma linha, em coerência com o mesmo 'Princípio da Simetria', deve ser seguida pelo STJ, caso haja alteração do entendimento vigente.

HC 158072 MC / DF

8. **Enquanto não houver deliberação** da Corte Especial sobre possível mudança de posição **a respeito da competência** para o processo e julgamento dos crimes praticados **pelos Governadores**, pelos membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e pelos dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios quando os delitos forem praticados **fora do exercício** do cargo **ou não estejam relacionados** às funções por eles desempenhadas, **os atos processuais devem prosseguir** conforme a interpretação atualmente vigente e serão válidos e eficazes.

9. **O artigo 567 dispõe** que 'A incompetência do juízo **anula somente os atos decisórios**, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente'. **Portanto, ainda que**, 'ad argumentandum', **pudesse ser reconhecida incompetência atual, esta não macularia atos probatórios**, como é o caso, entre outros, **da inquirição de testemunhas**.

10. **Saliente-se que até mesmo atos decisórios são ratificáveis**, de acordo com o que dispõe o artigo 108, § 1º, do Código de Processo Penal: 'Se, ouvido o Ministério Público, for aceita a declinatória, o feito será remetido ao juízo competente, onde, ratificados os atos anteriores, o processo prosseguirá'.

11. **Acrescente-se que o STF e o STJ, nos casos de incompetência absoluta, firmaram entendimento de que os atos decisórios são ratificáveis**. **Precedentes do STF: HC 123465**, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 25/11/2014. DJe-032 19/2/2015; **RE 464894 AgR**, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 24/6/2008, DJe-152, 15/8/2008; **HC 88262** segundo julgamento, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18/12/2006, DJ 30/3/2007; **Do STJ: EDcl no RHC 52549/MT**, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 31/8/2017; **RHC 76745/RJ**, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 23/3/2017.

12. **Questão de Ordem que, ressalvada a posição do Relator quanto à competência criminal do STJ, se resolve para fixar entendimento no sentido que os atos instrutórios relacionados às Ações Penais devam prosseguir regularmente no STJ até que haja**

HC 158072 MC / DF

sedimentação de eventual nova interpretação sobre a competência por prerrogativa de foro.”

(APn 843-QO/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN – grifei)

Também entendo, como ressaltei **no Inq 4.292/PE**, de que fui Relator, **que se revela aplicável**, entre outras autoridades, **também** ao Governador de Estado, **por identidade de razões**, o precedente que esta Corte Suprema estabeleceu no julgamento da AP 937-QO/RJ, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, de tal modo que – **como então assinalei** –, **“tratando-se** de infrações delituosas supostamente **cometidas antes** da posse como Governador (...), **a competência** para apreciá-las **pertenceria** a órgão judiciário de **primeiro grau**, **tal como julgou**, em primorosa decisão, mediante ‘aplicação do princípio da simetria’, o eminente Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO nos autos **da APn 866/DF** (grifei).

Não obstante minha posição pessoal, **enfatizei**, em referida decisão, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao firmar** tal precedente, **definiu a matéria em questão** “de modo específico e pontual, **em relação**, inicialmente, aos congressistas” (grifei).

Foi por esse motivo que, no mencionado Inq 4.292/PE, **entendi adequado determinar** a remessa dos respectivos autos ao E. Superior Tribunal de Justiça **em face** de registrar-se, *naquele procedimento de investigação penal*, **a presença** de um Governador de Estado, **em ordem a ensejar** ao Superior Tribunal de Justiça o **exame de sua própria competência**, o que já se acha **em curso** naquela Alta Corte judiciária **no âmbito** de questão de ordem suscitada na Ação Penal 857/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES.

Cabe observar, ainda, que, **mesmo** eventualmente reconhecida, em momento posterior, **a incompetência absoluta** do E. Superior Tribunal de Justiça, **tal fato não implicaria** nulidade dos atos *de índole probatória*, como a inquirição de testemunhas, **pois**, consoante ressalta o art. 567 do CPP, **“A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios (...)”, valendo destacar**,

HC 158072 MC / DF

a esse respeito, **as lições** de RENATO MARCÃO (“Curso de Processo Penal”, p. 991/992, item n. 5.2.1.1, 2014, Saraiva), de EDILSON MOUGENOT BONFIM (“Código de Processo Penal Anotado”, p. 961, 3ª ed., 2010, Saraiva) e de FERNANDO CAPEZ/RODRIGO COLNAGO (“Código de Processo Penal Comentado”, p. 532, 2015, Saraiva), **entre outros**.

É certo que se registra, a propósito de referida norma legal (CPP, art. 567), autorizada posição doutrinária **que entende inaplicável** “a regra do art. 567 do Código de Processo Penal aos casos de incompetência constitucional”, **hipótese em que** “não poderá haver aproveitamento dos atos não decisórios, quando se tratar de competência de jurisdição, como também de competência funcional (hierárquica e recursal), ou de qualquer outra, estabelecida pela Lei Maior” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, “As Nulidades no Processo Penal”, p. 45, item n. 8, 12ª ed., 2011, RT).

Essa orientação é também perfilhada, entre outros autores, por GUILHERME DE SOUZA NUCCI (“Código de Processo Penal Comentado”, p. 1.320, item n. 44, 17ª ed., 2018, Forense), MARCELLUS POLASTRI LIMA (“Curso de Processo Penal”, p. 1.124, item n. 7, 8ª ed., 2014, Gazeta Jurídica), ROGÉRIO SANCHES CUNHA/RONALDO BATISTA PINTO (“Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados”, p. 1.372/1.373, 2017, JusPODIVM) e JULIO FABBRINI MIRABETE (“Código de Processo Penal Interpretado”, p. 1.389, item n. 564.1, e p. 1.401, item n. 567.1, 11ª ed., 2008, Atlas).

Torna-se importante destacar, no entanto, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **tratando-se da hipótese de incompetência absoluta, tem-se orientado** no sentido de reconhecer a invalidade, **tão somente**, de atos **de conteúdo decisório** (HC 71.278/PR, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RHC 63.833/MG, Rel. Min. DJACI FALCÃO – RHC 72.962/GO, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, v.g.), **não afetando**, em consequência, **atos de caráter instrutório** (HC 73.644/RS, Red. p/ o acórdão Min. CARLOS VELLOSO, v.g.),

HC 158072 MC / DF

sendo certo, ainda, que, **a partir do julgamento plenário do HC 83.006/SP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, esta Corte Suprema **vem admitindo**, até mesmo, **a possibilidade de ratificação**, pelo órgão judiciário competente, dos próprios atos de índole decisória (**HC 88.262-2º Julg/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES).

Foi por essa razão – invocada **no próprio acórdão** consubstanciador do julgamento da APn 843-QO/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN – que o E. Superior Tribunal de Justiça, **apoiando-se**, fundamentalmente, **nessa jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **ênfatizou** que, “ainda que (...) pudesse ser reconhecida a incompetência atual, **essa não macularia** atos probatórios, **como é o caso**, entre outros, da inquirição de testemunhas” (grifei).

Sendo assim, em face das razões expostas, **e sem prejuízo** de ulterior reexame da matéria suscitada nesta impetração, **indefiro** o pedido de medida cautelar.

Transmita-se cópia da presente decisão à colenda Presidência do E. Superior Tribunal de Justiça **e, também**, **ao eminente** Relator da APn 843/DF, Ministro HERMAN BENJAMIN.

Publique-se.

Brasília, 11 de junho de 2018 (18h30).

Ministro CELSO DE MELLO

Relator