

A licença prévia do Parlamento para processo penal contra governador sob o enfoque do princípio federativo

Roger Machado

Técnico Administrativo lotado na Procuradoria da República no município de Novo Hamburgo/RS. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal na Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS – UNISINOS. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Taquari/RS – UNIVATES.

Resumo: Os governadores de Estados-membros ou do Distrito Federal, enquanto detentores do cargo, só respondem criminalmente perante o Superior Tribunal de Justiça pelos atos que cometerem caso haja uma autorização prévia do respectivo Parlamento. A licença prévia como condição de procedibilidade para o processo foi estabelecida tanto na Lei Orgânica do Distrito Federal quanto em outras 25 Constituições estaduais – exceção feita à Constituição de Minas Gerais. O objetivo deste artigo é examinar a constitucionalidade de tal licença sob a perspectiva do princípio federativo, encerrando-se com algumas considerações sobre o papel da jurisdição constitucional como elemento indispensável para superação do estado de inconstitucionalidade identificado.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Controle. Processo penal. Governadores. Crime.

Abstract: The governors of the Member States or of the Federal District, while holding the position, only respond for crimes before the Superior Justice Court for acts they commit if there is a previous authorization from the Parliament. The preliminary license as a procedure condition for the process has been established both in the Federal District Organic Law and in the other 25 Member States Constitutions – except for the Constitution of the State of Minas Gerais. This article aims at examining the constitutionality of this license from the perspective of the federal principle, ending with some considerations on the role

of constitutional jurisdiction as an indispensable element to overcome the identified state of unconstitutionality.

Keywords: Constitucionality. Control. Penal process. Governors. Crime.

Sumário: 1 Introdução. 2 A licença prévia nas Constituições estaduais como violação ao princípio federativo. E de como é possível (e necessário) respeitar os espaços de atuação reservados pela Constituição Federal a cada personagem estatal. 3 O julgamento do HC n. 102.732 pelo STF. É possível determinar prisão de governador sem autorização legislativa durante o inquérito, mas, paradoxalmente, não processá-lo?! 4 Conclusão.

1 Introdução

Uma das muitas questões ainda indefinidas no âmbito do direito processual penal brasileiro diz respeito ao processo contra governadores por cometimento de crime comum. Em específico, quanto à (in)validade da chamada licença prévia do respectivo Parlamento – estadual ou distrital – para que o Superior Tribunal de Justiça exerça o juízo de (in)admissibilidade da acusação. Digo indefinida a matéria porque, a despeito de alguns poucos julgados no Supremo Tribunal Federal que não a invalidaram, nos últimos cinco anos pelos menos 26 ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, questionando dispositivos de Constituições estaduais (ou a Lei Orgânica do Distrito Federal) que tratam da matéria¹.

Em síntese, a exemplo do que ocorre no âmbito federal, em que é condição indispensável para o desencadeamento de processo penal contra o Presidente da República, prévia autorização da Câmara dos Deputados, os Constituintes estaduais implantaram na quase totalidade das Constituições e na LO/DF previsão similar, condicionando o processo penal contra os respectivos governadores à autorização legislativa do Parlamento estadual ou distrital.

1 Pelo menos até o fechamento deste artigo, nenhuma das ações havia sido julgada.

Não há dúvida de que a abordagem do tema pode ser feita de maneira ampla, diante de uma série de comandos constitucionais que estão a apontar para a inconstitucionalidade da licença.

Em boa medida, é verdade, muitos desses dispositivos constitucionais foram também apontados nas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela OAB e a PGR. O meu objetivo, entretanto, foi ir além das razões invocadas por quem critica ou defende a licença (de acordo com o interesse que defende) para buscar, da forma mais imparcial possível, uma resposta adequada à Constituição Federal de 1988, atentando para a necessidade de que os atores estatais incumbidos da função de jurisdição constitucional assumam efetivamente seu papel na matéria e impeçam uma mudança informal da Constituição, uma mutação inconstitucional. No presente artigo, o foco principal é o princípio federativo.

2 A licença prévia nas Constituições estaduais como violação ao princípio federativo. E de como é possível (e necessário) respeitar os espaços de atuação reservados pela Constituição Federal a cada personagem estatal

É notório no estudo do Direito Constitucional que a origem da federação – ou princípio federativo, ou mesmo federalismo – está na Constituição americana de 1787². Foi nos Estados Unidos da América que surgiu o primeiro modelo moderno de Estado Federal (ZIMMERMANN, 2005, p. 241). Sob a perspectiva histórica, esse é um fenômeno moderno que só aparece no século XVIII, a partir da experiência norte-americana, que transforma a Confederação em Federação, dando origem ao Estado Federal (STRECK, 2010, p. 171).

O Estado Federal é criação jurídico-política e pressupõe na sua origem a existência da Constituição Federal para instituí-lo. Há, por-

2 No Brasil o federalismo nasceu com a República. Ambos foram expressões trazidas pelo Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889. Nasce naquele momento a República Federativa. Mantém-se em todas as Constituições posteriores, embora num aspecto meramente nominal nas Constituições de 1967 e na EC n. 1/1969.

tanto, entre eles, Constituição e Estado federal, uma relação de causalidade (HORTA, 2002, p. 305).

Mas o que é o federalismo e quais as consequências da adoção dessa forma de Estado no Brasil para o caso em análise? Como se verá, a organização federativa do Estado brasileiro comporta análise, no caso tanto para compreender os limites constitucionais impostos em matéria de reserva legislativa quanto no aspecto da autonomia estadual ou distrital.

Não há dúvidas de que um grande desafio do sistema federativo é, com certeza, preordenar e manter ordenado o sistema de repartição de competências. O sistema do Estado Federal e toda sua estrutura são de indubitosa complexidade. Com razão, “a engenharia constitucional de articulação de duas ordens de tendências contraditórias: uma tendente à unidade, outra tendente à diversidade sempre foi uma atividade complicada” (REVERBEL, 2012, p. 17).

Como diz Horta, “a organização do Estado Federal é tarefa de laboriosa engenharia constitucional. É que o Estado Federal requer duplo ordenamento, desencadeando as normas e as regras próprias a cada um” (HORTA, 2002, p. 306), ou seja, o ordenamento da Federação ou da União e aqueles pertencentes aos estados-membros. O primeiro, diz respeito ao ordenamento central, cujas decisões ou normas de administração, legislação ou jurisdição terão repercussão nacional, “atingindo o território e a população do Estado Federal no seu conjunto”, enquanto os ordenamentos dos estados-membros são parciais e com alcance no interior do respectivo estado-membro (HORTA, 2002, p. 306).

E é à Constituição Federal que se confia a missão de garantir a coexistência desses ordenamentos jurídicos diversos. Pois não é a só existência de territórios com autonomia política que tem o condão de caracterizar o Estado Federal. Pelo contrário, em que pese a descentralização política seja um elemento fundamental, deve vir acompanhada de outros, dentre os quais a existência de uma unidade jurídica do todo, um ponto central e vários regionais. Assim, “abrigada a descentralização política, convivem num mesmo território a ordem

jurídica global e as ordens jurídicas parciais” (TEMER, 2008, p. 61), e é por meio do sistema de repartição de competências que a convivência entre esses ordenamentos se torna possível.

Portanto, a Constituição Federal, como elemento estabilizador e, sobretudo, unificador do direito em um determinado território, tem esse papel indispensável para a preservação da unidade jurídica global num Estado federal. A lição de Hesse (2009, p. 87) pode colaborar aqui:

Dado que a Constituição estabelece os pressupostos da criação, vigência e execução das normas do restante do ordenamento jurídico, determinando amplamente o seu conteúdo, ela vem a se converter em fator de unidade do ordenamento jurídico da Comunidade em seu conjunto, no seio do qual impede não só o isolamento do Direito Constitucional em relação aos outros ramos do Direito como também a existência isolada dos distintos setores do Direito entre si.

É na CF/1988, pois, que se encontrarão os elementos conformadores do Estado federal brasileiro. Para Silva (2005, p. 100), há, basicamente, dois traços a definir um Estado Federal: a existência da União e de coletividades regionais autônomas, no caso brasileiro, os estados-membros, os municípios e o DF. Mas calha recorrer também a Temer e tornar mais completa a definição e as características do que é o Estado Federal.

Embora a coexistência da União e de coletividades autônomas, como apontado por Silva, sugira a efetiva descentralização política, é fato que isso, isoladamente, é apenas um indicativo do Estado federal. A esse elemento devem somar-se pelo menos outros dois.

O primeiro deles, a participação da vontade parcial na vontade geral, o que quer dizer que os estados-membros devem ter a prerrogativa de participar do processo político no âmbito federal, global, e, “assim ocorrendo, as deliberações do órgão federal constituem, em verdade, a soma das decisões emanadas das vontades locais” (TEMER, 2008, p. 63). A participação política cogitada é normalmente exercida no âmbito dos Estados federados por um órgão representativo dos estados-membros, denominado Senado Federal. A CF/1988 consagra essa prerrogativa de participação política no seu art. 46, ao afirmar que

o Senado Federal compõe-se de representantes dos estados e do DF eleitos pelo princípio majoritário, funcionando da condição de delegados dos respectivos estados e atuando na defesa dos interesses do ente estatal na participação das decisões federais.

É muito normal que os Estados federados tenham uma composição parlamentar com duas Câmaras, uma com representantes do povo, eleitos pelo critério proporcional, e outra com representantes dos entes federados, cuja eleição se dá na forma majoritária, como já ressaltado. É o caso brasileiro. Também aqui o sistema adotado no Brasil vai ao encontro da solução adotada nos Estados Unidos.

O outro elemento indispensável no Estado Federal é a prerrogativa que os estados-membros têm de se auto-organizarem por meio de Constituições próprias. Aos estados-membros atribui-se autonomia, ao contrário da soberania, própria do Estado Federal (União):

O Estado-membro goza de *autonomia*. Quer dizer, é livre no campo a ele deixado pela Constituição do Estado Federal. Este, o Estado total, na sua *soberania*, fixa a organização do todo e ao fazê-lo cria um campo aberto para os Estados federados. Tal campo, como já se viu, tem um espaço mínimo: auto-organização, descentralização legislativa, administrativa e política (FERREIRA FILHO, 1999, p. 53).

A edificação da repartição de competências revela-se indispensável pela necessidade de delimitação do que é, ou não, abordado apenas no âmbito regional, ou, ao contrário, demanda um tratamento a nível nacional, ou quem sabe até em ambos:

A decisão a respeito da repartição de competências condiciona a fisio-
nomia do Estado Federal. A repartição atende a um princípio corporativo territorial, de modo que determinadas matérias passarão a ter incidência em todo o território federal, enquanto outras ficarão distribuídas aos ordenamentos parciais dos Estados-Membros e dos Municípios (HORTA, 2002, p. 308).

Segundo Horta, por meio de “princípios, técnicas e de instrumentos operacionais”, é que se estabelece o adequado funcionamento do sistema federativo, entre os quais, pela relevância e pertinência,

destacam-se a repartição de competências entre os estados-membros e a Federação (União), e a existência de um Tribunal, capaz de resolver os conflitos entre as pessoas jurídicas envolvidas no cenário federativo (HORTA, 2002, p. 307). A opinião é compartilhada por Temer, que entende como necessários à manutenção do sistema federativo tanto a rigidez constitucional, capaz de impedir que simples comandos legislativos ordinários retirem eficácia do sistema federativo, como a existência de um órgão constitucional incumbido do controle de constitucionalidade (TEMER, 2008, p. 65).

Ora, se a repartição de competências é a “coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal” (HORTA, 2002, p. 311), torna-se natural a necessidade de um órgão que possa preservar as normas constitucionais atinentes ao sistema federativo, ou seja, um Tribunal Constitucional competente para resolver os conflitos entre órgãos e autoridades dos diversos entes estatais brasileiros, tarefa confiada ao STF³.

O modelo de controle de constitucionalidade do sistema federativo no Brasil configura-se essencialmente pela atuação do STF, guardião do ordenamento jurídico nacional, como um todo (unitário), ao qual incumbe resolver os conflitos de competência (FERREIRA FILHO, 1999, p. 56).

Os parâmetros de controle de constitucionalidade para casos de conflitos federativos são as regras constitucionais atinentes ao tema. Ensina Zimmermann que as competências da União estão elencadas

3 Segundo Tocqueville, “Uma primeira dificuldade iria apresentar-se ao espírito dos americanos. Trata-se de dividir a soberania de tal sorte que os diferentes Estados que formavam a União continuassem a governar-se por si mesmos em tudo o que não dissesse respeito senão a sua prosperidade interior, sem que a nação inteira, representada pela União, deixasse de formar um corpo e de prover a todas as suas necessidades gerais. Questão complexa e de difícil solução. [...] Como se previa, porém, que poderiam surgir na prática questões relativas aos limites exatos desse governo excepcional, e como teria sido perigoso abandonar a solução de tais questões aos tribunais ordinários instituídos nos diferentes Estados pelos próprios Estados, criou-se uma alta Corte Federal, tribunal único, que tinha entre as suas atribuições manter entre os dois governos rivais a divisão dos poderes que a Constituição previra” (DE TOCQUEVILLE, 1998, p. 92-93).

nos arts. 21, 22, 23, 24, 153 e 154, I, da CF/1988. Nos dois primeiros, estão as competências expressamente enumeradas no texto constitucional. No art. 23, as competências comuns com os demais entes federados e no art. 24, as competências concorrentes com os estados-membros e com o DF. O art. 153 cuida de competências tributárias expressas, e o art. 154, I, da competência residual em matéria tributária (ZIMMERMANN, 2005, p. 332-333).

Os estados-membros, por sua vez, detêm a chamada competência residual ou remanescente, sendo-lhes autorizado dispor sobre tudo aquilo que não lhes esteja expressamente vedado. A rigor, detêm as competências exclusivas previstas nos §§ 2º e 3º do art. 25, bem como as competências comum e concorrente, arts. 23 e 24, todos da CF/1988. Entretanto, as matérias previstas nos arts. 20, 21, 22, de competência da União, estão interditas aos estados-membros, assim como aquelas constantes nos arts. 29 e 30 (ZIMMERMANN, 2005, p. 339-340).

Essa vedação constitucional a que os estados-membros legislem sobre matéria de competência da União é fundamental. O art. 22, I, da CF/1988 é peremptório ao prescrever que é competência privativa da União legislar sobre matéria penal e processual, apenas para ficar naquilo que interessa a este artigo.

Logo, residem nesse aspecto razões mais do que suficientes para conceber como inconstitucional uma indevida intromissão dos estados-membros em matéria cuja atribuição para legislar seja da União, nos moldes traçados pela CF/1988.

Como é cediço, seja a licença prévia de natureza processual – e essa é a posição predominante em doutrina e em jurisprudência –, seja de natureza penal, em qualquer caso, a competência para legislar sobre o assunto é privativa da União e não pode ser usurpada, sob pena de padecer de inconstitucionalidade qualquer ato normativo que desobedeça à ordem constitucional vigente.

Entre os ramos de direito previstos no art. 22, I, da CF/1988, o direito processual é o único que foi de competência legislativa estadual (Béo, 2010, p. 168), “mas diante do fracasso do esfacelamento do

direito processual em códigos estaduais, a Constituição de 1934 instituiu o processo unitário, atribuindo à União a competência para legislar a respeito”, segundo Theodoro Júnior (2010, p. 13), competência preservada nas antecessoras mais próximas da CF/1988.

Embora a AGU, em manifestação apresentada na ADI n. 4805 – Petição n. 6762 –, aqui citada exemplificativamente, defenda a aplicação simétrica nos Estados-membros da regra da licença prévia prevista para processos contra o presidente da República, sob o argumento de que só não são extensíveis as prerrogativas prisionais porque inerentes à Chefia de Estado, na linha do que teria decidido o STF no julgamento da ADI n. 978, fato é que não há um enfrentamento coerente do conflito federativo aqui denunciado.

Com efeito, não basta dizer apenas que se pode utilizar da simetria⁴ para justificar a licença prévia nos estados, em razão de uma tal compatibilidade de funções entre os Executivos federal e estadual, porquanto ainda assim remanesceria irresoluto o conflito federativo consubstanciado na indevida disposição em Constituição estadual de norma processual.

Aliás, a própria AGU reconhece a inconstitucionalidade formal de outros dispositivos da Constituição estadual de Roraima, questionados na mesma ADI n. 4805, que dispunham sobre normas processuais e sobre crimes de responsabilidade, ambas de ordem processual e penal e já devidamente decididas pelo STF.

De outro lado, também merecem destaque dois argumentos contidos na manifestação da Assembleia Legislativa (AL) do Maranhão na ADI n. 4675 – Petição n. 104/2012. Primeiro, diz a AL, o conte-

4 Também não deixa de ser sintomático o uso muitas vezes irrefletido do chamado “princípio” da simetria que não encontra respaldo constitucional, pelo menos não expressamente. Embora utilizado com muita frequência para solucionar casos diversos, parece, por vezes, desconsiderar as referências expressas da CF/88 à necessidade de reprodução no âmbito dos Estados de normas constitucionais federais (cite-se, por exemplo, art. 27, § 1º, art. 28 e §§, art. 34, VII e art. 75, todos da CF/88). De outro lado, o problema do uso desse “princípio” também está diretamente atrelado ao conflito com a reconhecida prerrogativa de os Estados-membros se auto-organizarem.

údo do art. 66 da Constituição Estadual maranhense, no que prevê a necessidade de autorização por dois terços dos parlamentares estaduais para que o governador seja submetido a julgamento perante o STJ, foi estatuído pelo Poder Constituinte originário local no exercício da prerrogativa constitucional de auto-organização consagrada no art. 25 da CF/1988, pelo que não padece de qualquer inconstitucionalidade. Com efeito, o próprio requerente (PGR) teria reconhecido na petição inicial da ADI n. 4675 que disposições oriundas do Poder Constituinte originário não são passíveis de questionamento (BRASIL, 2013).

Entretanto, o que a PGR diz em sua inicial é justamente que as prerrogativas estabelecidas em favor do presidente da República, porque oriundas do Constituinte originário, não são sindicáveis. Todavia, o Poder Constituinte dos estados-membros não é originário, como consta em qualquer livro de Direito Constitucional.

Segundo, outro pretenso sustentáculo para a licença apontado pela AL do MA é a decisão do STF no Recurso Extraordinário (RE) n. 159.230, julgamento de 28.3.1994, em que se fixou o entendimento de que a transferência do foro dos governadores para o STJ não implicava a inconstitucionalidade da exigência pela Constituição Estadual de autorização prévia da AL respectiva – no caso se tratava do art. 88 da Constituição Estadual da Paraíba.

O destaque do julgamento é para o voto do ministro Pertence, relator do caso. Segundo o ministro, o fato de a CF/1988 ter deslocado o foro dos governadores para o STJ, antes de enfraquecer a licença prévia, reforça sua importância, na medida em que, assim como no plano horizontal há a independência dos poderes, no plano vertical existe a autonomia dos estados-membros. Ademais, como o recebimento da denúncia impõe a suspensão do exercício da função pelo chefe do Executivo, haveria um prejuízo drástico à autonomia do estado-membro, motivo pelo qual é necessário o juízo prévio de admissibilidade da acusação pela AL (BRASIL, 2013).

O argumento utilizado pelo ministro acerca da suspensão do exercício das funções do governador assume especial relevância aqui para que se possa tentar demonstrar de que maneira as Constituições

estaduais poderiam dispor sobre a matéria e ao mesmo tempo evitar o vício de inconstitucionalidade.

O efeito de suspensão automática do exercício das funções do governador, após recebida a denúncia pelo STJ, a rigor, é decorrência de entendimento segundo o qual a sistemática processual prevista no art. 86 da CF/1988 para o Presidente da República deve ser aplicada simetricamente aos governadores de estados e DF. As diretrizes para o processo penal contra o presidente foram dispostas, de modo geral, no art. 86 da CF/1988.

No entanto, a linha aqui traçada é oposta a esse entendimento, justamente porque a disposição da matéria processual nas Constituições estaduais viola frontalmente o princípio federativo, como já delineado. Mas é fato que o reconhecimento da invalidade das disposições contidas nas Constituições estaduais poderia gerar um estado de incerteza quanto aos efeitos do recebimento da acusação penal pelo STJ, caso não fosse mais necessária a prévia licença da Assembleia ou da Câmara Legislativa (CL).

A sugestão nesse caso é a de que o reconhecimento de inconstitucionalidade dos dispositivos das Constituições estaduais restrinja-se às partes que preveem a necessidade de licença prévia para instauração de processo penal ou quaisquer outras matérias processuais. Isso porque o afastamento do acusado do cargo de governador parece estar mais intimamente conectado à organização política do estado-membro ou do DF, não dizendo respeito à matéria processual e, portanto, automaticamente vedada a interferência da União – aqui fica bem nítida a importância da preservação do conteúdo do princípio federativo.

Um caso interessante e que corrobora essa sugestão pode ser colhido na Constituição de Minas Gerais. Ao que parece, o modelo mineiro apresenta uma solução moderada para a questão. O art. 92, § 1º, I, da Constituição Estadual mineira dispõe que o governador ficará suspenso de suas funções se recebida denúncia ou queixa-crime pelo STJ, mas não prevê a licença prévia como condicionante ao recebimento da acusação. Foi uma opção do Constituinte estadual, portanto, prever a suspensão automática no caso de crimes comuns

(BRASIL, 2013), mas, em tese, nada impediria que tivesse disposto de modo diverso quanto ao afastamento de eventual acusado do cargo de governador em caso de denúncia ou queixa-crime recebida pelo STJ, por exemplo, o não afastamento automático das funções.

O tema da suspensão do exercício das funções suscitado acima é importante porque a realidade poderia sugerir que os Parlamentos estaduais ou distrital estariam, com toda cautela, ao não dar a autorização para desencadeamento de processo penal, atentando para os efeitos do que o ministro Pertence chamou de prejuízo drástico à autonomia do estado-membro, caso admitida acusação contra o governador.

Ocorre que, se não há autorização, não há processo, e nesse caso foi preciso encontrar alguma “solução” para que a ausência de licença prévia do parlamento não se constituísse em autêntica carta branca para o cometimento de crimes por parte dos governadores sem posterior punição. Novamente, foi adotada uma suposta aplicação analógica da sistemática prevista para o presidente da República, suspendendo o processo e conseqüentemente a prescrição penal, de que são exemplos, entre outras, as ações penais 207, 387, 662 e 721. Mas, ao que tudo indica, tal providência é outra anomalia.

Suspensão de processo é matéria de direito processual. Prescrição é matéria de direito material, mesmo que “algumas de suas conseqüências influam sobre a ação penal e a condenação” (PRADO, 2004, p. 730). E assim o é tanto no âmbito penal, como, aliás, consta no atual CP, quanto no civil, no trabalhista, no tributário, no administrativo, e, portanto, deve ser objeto de legislação federal.

No caso em análise, porém, não há fundamento legal para a suspensão nem do processo nem da prescrição no caso dos governadores. A rigor, há quem sugira, inclusive, a impossibilidade de suspensão da prescrição no que se refere ao próprio presidente da República, por falta de previsão específica (BALTAZAR, 2003, p. 56). E o próprio STJ já teria entendido que a suspensão dos processos contra Governadores não implicaria a suspensão da prescrição (BALTAZAR, 2003, p. 56), embora atualmente tenha enveredado por outro caminho, como se demonstrou.

Todavia, a suspensão dos processos e da prescrição nas ações penais contra governadores, da forma como vem sendo determinada pelo STJ, precisa ser analisada pelo ângulo da falta de previsão legal. Ou seja, a medida adotada pelo STJ nas ações penais só seria válida caso fosse possível esclarecer de que forma poderia ser suspensa a prescrição de um delito penal cometido pelo governador simplesmente pela utilização de uma suposta analogia, com todos os riscos de que esse expediente se reveste num Estado Democrático de Direito, mormente quando a prescrição, para além de um elemento estabilizador das relações sociais, é uma figura jurídica de caráter dúplice, estabelecida em favor do suspeito e em desfavor da inércia injustificável do Estado.

Para tentar demonstrar como a suspensão processual, mas principalmente a suspensão do prazo prescricional nos casos analisados, são equivocadas, é preciso advertir, de início, que há comando constitucional a definir os únicos casos de imprescritibilidade no âmbito do Direito Penal, o que está a revelar de forma insuspeita o acerto de que o Estado de Direito tem como um de seus postulados o da segurança jurídica, igualmente consagrado na CF/1988, não sendo equivocado, portanto, afirmar que “situações ou posições consolidadas podem assentar-se até mesmo em um quadro inicial de ilicitude”, como diz Mendes (MENDES, 2008, p. 487) ao abordar a questão do ato jurídico perfeito no Direito Administrativo.

Ademais, a prescrição é instituto amparado numa perspectiva de justificação no interesse social, tendo como propósito significativo garantir a estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica e evitar que o “exercício de uma pretensão fique pendente de forma indefinida” (TEPEDINO, 2007, p. 359). Cometido um crime, nasce para o Estado o direito de punir. Mas “esse direito, que se denomina *pretensão punitiva*, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo” (BITTENCOURT, 2008, p. 728). O prazo prescricional estabelecido em lei tem, portanto, a função de critério delimitador do direito de punir do Estado.

E implementado o prazo, surge para o réu, “o direito subjetivo público de ver o processo, contra si instaurado, definitivamente extinto, prejudicando, inclusive, o exame do mérito”, valendo salien-

tar ainda que ela pode ocorrer até mesmo antes da relação processual (SCHMIDT apud BALTAZAR, 2003, p. 19).

Portanto, a rigor, o que tem ocorrido no âmbito das ações penais analisadas, citadas apenas aleatória e exemplificativamente, é que a suspensão da prescrição penal contra o governador de estado-membro, nos moldes em que tem sido delineada, não tem amparo legal e tem sido tratada de forma indevida no âmbito de meras decisões judiciais monocráticas que, aliás, interditam direitos fundamentais do próprio acusado.

Entretanto, é igualmente relevante salientar que o curso normal da prescrição agravaria mais ainda exatamente o problema que se pretende superar com o processo penal, deixando, aí sim, o governador completamente isento de responsabilidade nos casos em que não fosse processado e o prazo prescricional de eventual delito tivesse decorrido. Mas o problema, como se vem demonstrando, está na inconstitucionalidade da licença prévia, que os tribunais insistem em manter válida.

A propósito da falta de amparo legal tanto para a licença prévia, por inconstitucional que é, como para a suspensão do processo e do prazo prescricional, vale transcrever uma advertência de Zaffaroni e de Pierangeli, ao tecerem comentários sobre o art. 22, I, da CF/1988, quando asseveram que “O povo é o único *soberano*, a fonte do poder do Estado, e, conseqüentemente, sem a intervenção legítima dos representantes do povo, não pode haver lei penal” (2002, p. 127, grifo nosso). Ou seja, não deve o Poder Judiciário intervir em espaços nitidamente reservados ao Poder Legislativo, como no caso, impedindo o curso de prescrição penal sem a correspondente previsão legal.

É por esses motivos que o juízo de admissibilidade de acusação formulado pelos parlamentos estaduais ou distrital deve ser extinto, porque além de inconstitucional, em razão da violação ao princípio federativo, sua subsistência tem gerado conseqüências jurídicas desastrosas no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Como dito no início, o ajuizamento de inúmeras ações no STF suscitando discussões quanto à matéria nos últimos anos reacendeu o debate. Na origem dessa “cruzada” da OAB e da PGR certamente

estava o caso rumoroso de suspeita de corrupção envolvendo o então governador do DF, José Roberto Arruda.

O caso Arruda traz pelo menos dois pontos importantes: primeiro, o papel do STJ como órgão judicial e a necessidade de exercer adequadamente a jurisdição constitucional no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Segundo, o julgamento do HC n. 102.732 pelo STF, em que se entendeu possível que o STJ determinasse a prisão preventiva do então governador José Roberto Arruda, mesmo que, segundo se depreendeu do julgado, o recebimento de denúncia e o prosseguimento da ação penal estivesse condicionado à autorização da Câmara Legislativa do DF.

O primeiro ponto, sobre o papel do STJ na questão, aponta para uma indevida compreensão do exercício da jurisdição constitucional difusa no cenário brasileiro, como se fosse dado ao órgão judicial tangenciar matéria de ordem constitucional. Ora, “não há questão de ordem pública mais relevante que a inconstitucionalidade de ato normativo” (STRECK, 2013, p. 526).

A propósito, na própria denúncia oferecida pelo Ministério Público na Apn n. 624, foi requerido que o STJ exercesse o controle difuso e declarasse a inconstitucionalidade da necessidade de licença prévia da CL/DF para processar o Governador Arruda. Mas o STJ não o fez.

O controle difuso de constitucionalidade, presente no Brasil desde a primeira Constituição republicana, impõe aos juízes brasileiros, estejam em quaisquer tribunais ou em primeiro grau, o dever de exercer o adequado exame de constitucionalidade das normas que aplicam. Isso porque “qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional”, razão pela qual é “dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição”, diz Streck (2013, p. 529).

Logo, uma vez que a constitucionalidade de um ato normativo se apresenta como prejudicial ao exame de um determinado caso, e este é o ponto central do controle difuso, o respectivo julgador deve necessariamente tomar conhecimento da questão e fazer a filtragem constitucional.

Ora, no caso das ações penais movidas em face de governadores, em qualquer momento poderia ter sido arguida inconstitucionalidade para que essa condição de procedibilidade fosse devidamente analisada, na medida em que o juiz ou tribunal pode perfeitamente conhecer da matéria constitucional mesmo com o silêncio das partes.

Portanto, o conhecimento da matéria poderia ter sido feito de ofício, que, aliás, mais do que uma prerrogativa, é um dever do magistrado. Mas, principalmente no caso em que arguida a inconstitucionalidade por uma das partes, é inevitável uma resposta judicial sobre o tema. É que, a rigor, segundo Streck (2013, p. 533), a omissão do magistrado em casos tais viola as garantias constitucionais da jurisdição e do devido processo legal.

Nas ações penais, resolver um incidente de inconstitucionalidade, caso fosse instaurado, sobre a licença prévia como condição de procedibilidade para processos contra governadores tem efetivamente um interesse no desenvolvimento da demanda. É, sim, uma matéria prejudicial. E isso é até óbvio: pois ao não declará-la inconstitucional, o STJ fica à mercê da autorização de um Parlamento estadual ou distrital para exercer suas funções precípua previstas originariamente na CF/1988 e manietadas por meio de expedientes inseridos nas Constituições estaduais. Perde normatividade o art. 105, I, da CF/1988, que, no limite, só a recebe novamente (a normatividade), na parte em que diz respeito ao governador, com uma espécie de chancela do Poder Legislativo estadual.

Infelizmente, mesmo estando há tempos incorporado ao ordenamento jurídico, o controle difuso de constitucionalidade ainda não alcançou sua importância (STRECK, 2013, p. 533). Um sintoma desse problema, de certa forma, poderia ser representado pelo voto do ministro Luiz Fux, quando, ao apreciar a decretação de prisão do Governador Arruda, desvia o foco da constitucionalidade do caso para apreciar os pressupostos de prisão inculpidos no art. 312 do CPP. Claro que os pressupostos são indispensáveis, mas, àquela altura, já se levantavam dúvidas quanto à possibilidade de decretar a prisão do governador sem prévia licença da CL/DF.

Ademais, a manutenção da licença prévia como condição de procedibilidade para processo penal contra governadores contribui para um estado de inefetividade do art. 105, I, da CF/1988, já que, no tocante à competência do STJ para julgamento dessas ações penais, tem tido pouquíssima realização normativa.

Veja-se a seguinte situação, que, aliás, já ocorreu: um governador é processado. O STJ solicita autorização ao Parlamento estadual ou distrital para instaurar a ação penal. Não há deliberação quanto ao pedido do STJ ou ele é negado. Em ambos os casos, a normatividade do citado artigo que atribui competência ao STJ para julgar o governador fica, por assim dizer, suspensa (termo utilizado na falta de um melhor e mais adequado). E é de todo inaproveitável a competência prevista no art. 105, I, da CF/1988, quando o acusado deixa o cargo que ocupava, porque, felizmente, com o cancelamento da Súmula n. 394 (Inq-QO n. 687) e o julgamento da ADI n. 2797, o STF suplantou a possibilidade de estender o foro privilegiado para ex-detentores de determinados cargos públicos.

3 O julgamento do HC n. 102.732 pelo STF. É possível determinar prisão de governador sem autorização legislativa durante o inquérito, mas, paradoxalmente, não processá-lo?!

Isso é resultado do julgamento proferido pelo STF no citado HC. O tribunal teve a oportunidade de examinar a matéria quando a ordem de prisão do então governador do DF, José Roberto Arruda, expedida pelo STJ, foi objeto de questionamento.

Em relação ao julgamento proferido em 4 de março de 2010, HC n. 102.732 (BRASIL, 2013), o Plenário do STF reconheceu a desnecessidade de licença prévia da CL/DF para que o STJ determinasse a prisão preventiva do então governador José Roberto Arruda. Vale destacar ainda que quatro ministros que participaram do julgamento (Cezar Peluso, Ayres Birtto, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa) já deixaram o Tribunal. O ministro Eros Grau não participou do julgamento.

No que se refere ao enfoque do tema deste artigo, ficou assim ementada a decisão:

[...]

PRISÃO PREVENTIVA - GOVERNADOR - INQUÉRITO - LICENÇA DA CASA LEGISLATIVA - PROCESSO. A regra da prévia licença da Casa Legislativa como condição da procedibilidade para deliberar-se sobre o recebimento da denúncia não se irradia a ponto de apanhar prática de ato judicial diverso como é o referente à prisão preventiva na fase de inquérito.

[...]

PRISÃO PREVENTIVA - GOVERNADOR - ARTIGO 51, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - APLICAÇÃO ANALÓGICA - INADEQUAÇÃO. A interpretação teleológica e sistemática do artigo 51, inciso I, da Carta da República revela inadequada a observância quando envolvido Governador do Estado.

Embora alguns dos julgadores tenham adentrado especificamente na matéria deste artigo, como foi o caso dos ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, manifestamente contrários à licença prévia como condição de procedibilidade para processo contra governador, a questão recebeu apenas alguns comentários periféricos.

De modo geral, o determinante para a manutenção da prisão do então governador naquele momento, sem a necessidade de prévia licença, embasava-se no fato de que a prisão ocorreu em fase pré-processual, ainda em sede investigativa, não incidindo na hipótese a regra da condição de procedibilidade. Essa a posição mais constatável nos votos de Ayres Britto e Cezar Peluso.

Outro ponto determinante foi o fato de o próprio STF ter declarado inconstitucional a extensão das prerrogativas prisionais do presidente da República aos governadores – ADI n. 1020, exaustivamente citada pelos ministros. Logo, inexistindo o empecilho constitucional à prisão antes de sentença condenatória, entendeu-se que era perfeitamente plausível a medida constritiva de liberdade adotada pelo STJ, a pedido da PGR.

O ministro Dias Toffoli, isolado na divergência, foi quem defendeu a prerrogativa dos parlamentares distritais para autorizar a prisão preventiva. Ele também é o relator da ADI n. 4362, em que são questionados os dispositivos correlatos da LO/DF. Em suma, o argumento é o de que, se a autorização é necessária para instauração da ação penal, também o é para determinar uma prisão. Além do mais, diz ele, a prisão implica o afastamento do governador de suas funções, daí porque a necessidade de análise prévia do Parlamento⁵. De modo geral, referiu-se a julgados do STF em que a licença prévia foi admitida como constitucional.

A partir desse julgamento, o que se pode concluir/conjecturar em relação a um futuro julgamento da matéria pelo STF? Efetivamente, muito pouco. É muito difícil tentar prever uma direção para o futuro julgamento da questão no STF, nas várias ADIs ajuizadas. O certo, porém, é que alguns julgadores revelaram-se contrários à licença – Joaquim Barbosa e Marco Aurélio – enquanto outros sinalizaram para posição favorável à condição de procedibilidade – Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Se preservada a coerência nas posições, o que nem sempre é uma constante em julgamento do Tribunal, estão aí pelo menos três votos declarados sobre a questão, considerando os membros ainda presentes no Tribunal.

Dois ex-ministros do STJ, Luiz Fux e Teori Zavascki, hoje integram o STF. O ministro Teori Zavascki, por ocasião da análise do decreto de prisão do governador Arruda no Inq. n. 650, depois convertido na Apn n. 707, fez referência à constitucionalidade da licença prévia multicitada (BRASIL, 2013). O ministro Luiz Fux, por sua vez, tangenciou a questão da constitucionalidade da matéria, limitando-se a analisar os pressupostos processuais para a prisão do governador.

5 Em certa medida, embora tenha razões para discordar do ministro, sobretudo porque aponto para a inconstitucionalidade da licença prévia, o fato é que ele parece ser mais coerente do que a posição vencedora. Se considerarmos que um dos fatores que supostamente fundamentam a licença prévia é a dramática situação do afastamento do governador de suas funções, com razão, parece que a prisão de um governador seria até mais impactante do que o desencadeamento de um processo penal. O que parece evidente na análise do julgado é que o argumento da suspensão das funções para justificar a licença prévia no processo penal é tão frágil que foi completamente desconsiderado pelo STF na análise do HC n. 102.732.

Mas o julgamento do HC traz uma questão interessante que merece alguns comentários, qual seja, a possibilidade de prisão preventiva de um governador por decisão do STJ, sem interferência do Parlamento distrital.

Agora, deve-se perguntar como sustentar o argumento de que a licença prévia se justifica em razão de que o desencadeamento de processo penal contra governador implica o seu afastamento do exercício das funções de chefia do Executivo, quando o STF, no emblemático julgamento do HC n. 102.732, entende cabível a decretação pelo STJ de prisão preventiva do chefe do Executivo, na medida em que esta é uma modalidade de afastamento do cargo das mais ostensivas possíveis. Uma outra pergunta possível é sobre por que condicionar a abertura de processo penal em face do governador a uma autorização legislativa, quando a prisão preventiva, ainda na fase de investigação, dispensa tal autorização, ou melhor, de que forma é constitucional a prisão de um governador sem prévia licença do Parlamento do respectivo Estado ou DF, mas não é constitucional processá-lo criminalmente sem a famigerada licença.

A palavra está com o STF nas inúmeras ADIs anteriormente citadas, mas adiante-se que, acaso reconhecida a constitucionalidade da licença como condição de procedibilidade, é muito provável que permaneçam não respondidas as perguntas acima formuladas, por uma razão simples: a hipótese de prisão, sem licença, não é objeto dessas ADIs.

4 Conclusão

Não há dúvidas de que o STF terá um grande desafio pela frente, ao julgar as ADIs ajuizadas pela OAB e pela PGR, principalmente se entender pela constitucionalidade da licença, porque terá de compatibilizá-la com o entendimento sufragado no HC n. 102.732 de que para prisão não é necessária licença, mas para o processo sim. Em síntese, terá de construir uma justificativa capaz de sustentar o argumento de que a licença é válida por permitir a intervenção legislativa nos casos em que o governador pudesse ser afastado do cargo em razão

do processo penal, enquanto permite esse afastamento por meio de prisão preventiva decretada pelo STJ.

De outro lado, ainda no tema da jurisdição constitucional, mas no que se refere ao controle difuso de constitucionalidade, procurou-se demonstrar como o STJ está necessariamente obrigado a conhecer da matéria e sobre ela deliberar. Vale ressaltar, no ponto, que a arguição de inconstitucionalidade feita pela PGR na ação penal movida contra o ex-governador do DF José Roberto Arruda, perdeu o objeto, porque o réu não detém mais o cargo, e a declaração de inconstitucionalidade da licença, nesse caso, não geraria qualquer efeito. Nesse caso específico, já não há mais caráter incidental ou prejudicial da matéria. Mas o que se buscou assentar é que o STJ tem o dever constitucional de analisar a constitucionalidade da licença como condição de procedibilidade, no âmbito da jurisdição constitucional difusa. E esse dever está intimamente ligado também ao que se tem chamado de mudança informal da Constituição, ou, precisamente, mutação inconstitucional.

Com efeito, embora a CF/1988 atribua ao STJ competência para julgamento de governador por cometimento de crime comum, a introdução de normas nas Constituições estaduais e na LO/DF praticamente suprimiu a normatividade do dispositivo constitucional federal. É que, ao criar as licenças indevidamente, os dispositivos estaduais e distrital permitiram uma espécie de suspensão do art. 105, I, da CF/1988, nos casos em que a licença não é fornecida. E, posteriormente, quando o governador deixa o cargo e finalmente responde penalmente pelos delitos que cometeu, a competência já não será do STJ.

O que se revela com isso é que, em inobservância dos dispositivos constitucionais federais originários, os Constituintes estaduais e distrital praticamente aniquilaram o conteúdo do art. 105, I, da CF/1988, e, mais ou tão grave quanto isso, os órgãos incumbidos de rever esse equívoco historicamente compactuaram com o estado de inconstitucionalidade. Assim foram os tribunais, STF e STJ, na função jurisdicional, e os Legislativos regionais que nunca reformaram os dispositivos de suas Constituições ou LO/DF.

Referências

- BALTAZAR, Antonio Lopes. *Prescrição penal*. Bauru: Edipro, 2003.
- BÉO, Cintia Regina. Da organização político-administrativa. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (Org). *Constituição Federal interpretada*. São Paulo: Manole, 2010.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 104/2012 na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4675. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Maranhão. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4164553>> Acesso em: 30 set. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 159.230. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Ronaldo José da Cunha Lima. Ministro Relator: Sepulveda Pertence. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1553945>>. Acesso em: 6 set. 2013.
- BRASIL. Legislação estadual: Constituições estaduais. Constituição estadual de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 102.732. Paciente: José Roberto Arruda. Impretrante: José Gerardo Grossi e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Marco

Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610602>>. Acesso em: 16 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação penal n. 707. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s) Domingos Lamoglia de Sales Dias e outros. Ministro Relator: Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=8825910&sReg=200901886665&sData=20100415&sTipo=52&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (Org.). *Temas fundamentais de direito constitucional*. Textos traduzidos e selecionados. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais em espécie. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dider. *O federalismo numa visão tridimensional do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK; LÊNIO LUIZ; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, LÊNIO LUIZ. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Código civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.