



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

ANA LAURA GODINHO DA CRUZ MARINHO

ANÁLISE DAS SÚMULAS 704 E 721 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Brasília

2012

ANA LAURA GODINHO DA CRUZ MARINHO

ANÁLISE DAS SÚMULAS 704 E 721 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de Moura

Brasília

2012

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo socorro bem presente na angústia, a força para dar cada passo mesmo quando todas as circunstâncias mostravam minha fragilidade e impotência perante as dificuldades, por mais que eu me visse perplexa, não me deixou que desanimasse diante das tribulações.

Aos meus queridos pais, José e Júlia, pelo carinho, amor incondicional e incentivo, por me ensinarem que mesmo quando as oportunidades faltam, é possível fazer a diferença para o melhor. Por terem me lembrado que a satisfação pessoal e o sucesso profissional começam por fazer aquilo que se ama, acredita e luta.

Às minhas queridas e doces irmãs, Letícia e Alice, pela compreensão e amor infindáveis a mim dedicados, mesmo quando eu menos merecia, presenciaram meu dia-a-dia por vezes complicado sempre acreditando que eu posso ir além.

Ademais, não é passível de mensura a dimensão do meu amor por minha família.

Às minhas grandes amigas, Joscielle e Suzane, importantes companheiras, nos melhores e piores momentos, uma amizade que superou os limites da graduação, pessoas que tornaram o fardo deste curso mais leve, que levarei por toda a vida.

Ao professor e orientador Humberto Fernandes de Moura, pela compreensão, humanidade, dedicação e atenção prestada.

Às minhas queridas Ludmila, Carolina, Paula, Laryssa e Bianca, a companhia de vocês foi essencial nesta caminhada.

RESUMO

A presente monografia tem por objeto estudar a repercussão das súmulas 704 e 721, ambas do Supremo Tribunal Federal, acerca de sua elaboração e aplicação, em razão do foro por prerrogativa de função e sua posição quanto ao Tribunal do Júri. Aborda questões principiológicas constitucionais acerca da fixação da competência, e legislação infraconstitucional em razão da sua fixação. Trata, também do Tribunal do Júri, elencando seu contexto histórico e constitucional, seus princípios e a possibilidade de abrangência de sua aplicação em relação aos crimes conexos. Posteriormente, conceitua súmula e relata sua origem, e então, passa à análise de cada verbete sumular, ressalta a origem dos precedentes, sua relação aos casos concretos, observa certas situações que foram aplicadas, se guardaram vínculo às hipóteses que ensejaram sua criação. Este estudo ainda observa se é necessário cuidado quanto à discricionariedade de suas aplicações ou se precisam por parte da autoridade incumbida de julgar, maior acuidade.

Palavras-chave: Súmulas. Supremo Tribunal Federal. Foro por prerrogativa de função. Competência. Tribunal do júri.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DA COMPETÊNCIA	8
1.1 Princípios norteadores da competência.....	8
1.1.1	Princípio do juiz natural
.....	8
1.1.2 Princípio da identidade física do juiz.....	12
1.1.3 Princípio da celeridade.....	13
1.2 Dos Critérios Genéricos da Fixação de Competência no Âmbito Penal.....	14
1.2.1 Dos Critérios Infraconstitucionais de Fixação de Competência em Matéria Penal.....	18
1.2.2 A competência por prerrogativa de função.....	19
1.2.3 Competência absoluta e relativa	26
1.3 Da Competência por Conexão e Continência	27
2. DO TRIBUNAL DO JÚRI.....	29
2.1 Aspectos históricos.....	29
2.2 Princípios constitucionais do instituto do Tribunal do Júri	32
2.2.1 Da plenitude de defesa.....	32
2.2.2 Sigilo das votações	34
2.2.3 Soberania dos veredictos.....	35
2.3 O Júri na Constituição Federal de 1988	37
2.3.1 Dos Crimes Conexos e Continentes e foro por prerrogativa de função	39
3. DAS SÚMULAS 704 E 721 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	41
3.1 Conceito	41
3.2 Análise do Enunciado de Súmula 704 do Supremo Tribunal Federal	43
3.2.1 Análise dos Precedentes Ensejadores da Criação do Verbete Sumular	44
3.3 Da Súmula 721 do Supremo Tribunal Federal.....	52
3.3.1 Da análise dos precedentes	53
CONCLUSÃO.....	58

INTRODUÇÃO

A presente monografia pretende analisar a controvérsia acerca dos critérios de definição de competência quando do cometimento de crime doloso contra a vida por parte de agente cujo cargo exercido o torna detentor de foro por prerrogativa de função.

Eis que surge no momento de sua fixação conflitos a serem dirimidos, por envolverem, além de normas constitucionais, suas interpretações sumulares proferidas pela Suprema Corte.

O debate parte do pressuposto do aparente conflito entre institutos consagrados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), quais sejam: o Tribunal do Júri, conforme demonstrado no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, e também, do foro especial por prerrogativa de função que se encontra elencado nos artigos 53, *caput*, §1º, e 102 e 105 também da Magna Carta.

Os artigos acima mencionados tratam da competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal para julgamento de tais autores, ambos da Magna Carta.

Insta falar o que diz respeito à interpretação proferida pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente nos textos constantes das súmulas 704 e 721, entre outras que tratam do tema.

E também, vai tratar da conexão de processos a partir da análise prática do artigo 80 do Código de Processo Penal. Para a plena compreensão dessa pesquisa, este estudo foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo esclarece sucintamente a respeito de competência e seus critérios de fixação usualmente utilizados quando da prática do crime por pessoa comum. Em seguida, discorre a propósito do foro por prerrogativa de função e suas implicações.

No segundo capítulo, apresenta-se uma breve análise sobre a possibilidade de conexão de processos frente a natureza do crime e as atribuições de seus agentes.

O terceiro capítulo trata da possibilidade de cisão de processos, e ainda, do posicionamento dos julgadores quando do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a correta aplicação da fixação de competência

A construção do texto foi baseada em diversos posicionamentos doutrinários, além do estudo da aplicação da lei e de interpretação jurisprudencial.

O trabalho visa esclarecer e compreender de forma clara a determinação da competência e visa à possibilidade de cisão de processo quando da existência de co-réu que não seja detentor de cargo que lhe confira foro especial por prerrogativa de função.

Para que, enfim sejam aplicados de modo conciso os institutos de Direito Processual Penal, por conseguinte, os princípios da Constituição brasileira e o Estado Democrático de Direito por ela sedimentado e a posição adotada quanto ao assunto.

1. DA COMPETÊNCIA

Nesta monografia será abordado o estudo de competência do tribunal do júri acerca do foro por prerrogativa de função quando da incidência das súmulas 704 e 721 do Supremo Tribunal Federal e a sua necessária correção decorrente da contextualização a partir das circunstâncias em que foram elaboradas. Iniciemos a análise a partir da conceituação erigida por Liebman: “é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos judiciais.”¹

Os magistrados exercem jurisdição, que é a atividade estatal através da qual o Estado cumpre o dever de, mediante um devido processo legal, administrar a justiça aos que a solicitaram. Esta se dirige à eliminação do conflito de interesses existente entre as partes. Todos os juízes desempenham a jurisdição, mas a fazem dentro de certos limites. Logo, a competência é a medida da jurisdição².

1.1 Princípios norteadores da competência

Para que haja o estabelecimento de competência é imprescindível que seja realizada análise dos Princípios, que viabilizarão a correta aplicação das normas em face do caso concreto, o que se dará a partir do estudo em seguida.

1.1.1 Princípio do juiz natural

As garantias constitucionais protetoras da prestação jurisdicional penalista possuem bases lastreadas na provisão de tutela judiciária, Constitucionalmente prevista, a fim de que seja preservada a real eficácia da legislação e a segurança jurídica das instituições.

Ademais, mostra-se elementar que o direito à liberdade não pode sofrer restrições das mais diversas formas, principalmente de ordem penal sem que haja previamente prolação judiciária, em razão de uma sentença penal condenatória

¹ CHEDID, Luciano; WEBER, Luciana. *Noções Introdutórias de Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 93.

² CHEDID, Luciano; WEBER, Luciana. *Noções Introdutórias de Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 93.

transitada em julgado e enfim, influenciando aquela situação jurídica para a real constrição de tal direito.³

Consequência lógica desta garantia, tão imprescindível, é o princípio do juiz natural, detalhado no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição, *in verbis*: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.⁴

O que se destaca do excerto constitucional é a imprescindibilidade de que o agente a processar e julgar seja autoridade imbuída de atributos jurisdicionais. De certa ótica, vislumbra-se tratar de regra que transcende as limitações positivadas, a norma concretamente escrita, destarte, explicita-se de forma essencialmente principiológico, haja vista tratar-se de regra acima das contingências do próprio direito positivo e da lei escrita: nesse sentido o preceito implica em algo de essencial ao Estado moderno que transcende mesmo os quadros jurídicos das garantias constitucionais.⁵

Não pode, assim, o Poder Executivo, por meio de qualquer de seus diversos órgãos se atribuir o direito de proceder juridicamente o ofício de determinar o processamento e sua sentença, ou ainda, a decisão, constante de pretensão resistida concernente ao Poder Judiciário, advinda de um ato puramente administrativo. E ainda, descabe absolutamente ao Poder Legislativo, a substituição aos órgãos que tratam das funções especialmente instituídas pela Carta Constitucional de 1988, para a observância de legislações, decretos, atos, e atuação de demais ofícios quando da ocorrência do caso concreto, cuja solução se imponha originariamente o exercício do poder judicante.⁶

Nesse texto constitucional se encontra cristalizado o preceito cardeal e básico do poder de julgar em matéria penal, porque se traçam os limites impostos ao poder punitivo em relação ao direito de liberdade, não só impedindo que órgãos não-judiciários se arvorem em autoridades judicantes, como também obstando que a justiça penal seja confiada, no tocante à jurisdição, a órgãos não-previstos expressamente pela própria Constituição.⁷

³ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millennium, 2000, p. 56.

⁴ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millennium, 2000, p. 56.

⁵ ORBANEJA, Emilio Gómez. *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, 1947, p. 104. *Apud* MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millennium, 2000, p. 66.

⁶ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. – Campinas : Millennium, 2000. 56p

⁷ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. – Campinas : Millennium, 2000. 56p

Apenas se considerará juiz natural ou autoridade competente o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais. A lei ordinária, por si só, não legitima a jurisdição conferida a juízes e tribunais⁸. Autoridade judiciária competente é aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições jurisdicionais ela própria traçou.⁹

Antonio Scarance Fernandes afirma a dupla garantia na tradição brasileira, que diz respeito à proibição de tribunais extraordinários, e ainda, a proibição de evocação, que ocorre quando há a transferência de uma causa a outro tribunal¹⁰. No entanto, a ampla expressão dessas garantias estende-se. Neste sentido, vejamos no artigo 5º, incisos XXXVII da Magna Carta que aduzem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

E ainda:

- a) Exercer jurisdição apenas órgãos instituídos pela Constituição;
- b) Ninguém poderá ser julgado por órgão instituído após o fato;
- c) Entre juízes pré-constituídos vige ordem restritiva de competências que exclui qualquer vicissitude deferida à discricionariedade de quem quer que seja.¹¹

A proibição de tribunais de exceção não restringe a criação de justiça especializada, atribuições a órgãos inseridos na estrutura judiciária fixada na Constituição de competência para o julgamento de matérias específicas, mas sim, a criação de órgãos para julgar, de maneira excepcional, determinadas pessoas¹².

Do mesmo modo, veda-se a instituição de foro privilegiado por razões discriminatórias, tais quais religião, poder aquisitivo, entre outros, e tão logo,

⁸ OLMEDO, Clariá, *Competência Penal en la República argentina*, 1945, p. 35. Apud MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millennium, 2000, p. 67.

⁹ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 56.

¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 124.

¹¹FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 124.

¹² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.125.

incompatível com o sistema constitucional¹³. Obviamente, não se pode incluir em tais hipóteses a possibilidade do foro especial por prerrogativa de função, quando o que está em destaque é a função exercida e não a pessoa, sem a intenção de favorecimento ou discriminação¹⁴.

Não é certo confundir a justiça de exceção com a justiça especial. A jurisdição especial, diversa da usualmente adotada, trata-se de verdadeira exceção diante dos critérios comumente adotados. Ademais, diz respeito à questão de regra Constitucionalmente prevista, sendo que a competência ordinária não se pode ser analisada como geral, assim como a regra especial ser visualizada com o caráter como hipótese excepcionalíssima.¹⁵

Cada jurisdição normalmente exerce seu ofício em razão da matéria que as leis de organização judiciária lhe atribuem, isto é, tem capacidade própria para a apuração de uma determinada série ou espécie de relações processuais; quando esta não possui uma atribuição especial, irá pertencer subsidiariamente a jurisdição ao juízo ordinário.¹⁶

Na jurisdição especial, há normas genéricas aplicáveis a casos singulares; nos tribunais de exceção, a criação de juízos *ad hoc*, para determinado caso, ou casos. No direito brasileiro, a proibição dos tribunais de exceção é acompanhada da do foro privilegiado. O privilégio existe sempre que uma ordem legislativa atribui a um tribunal especial, um grupo de pessoas.¹⁷

No que tange ao processamento e julgamento, José Frederico Marques consagra a garantia de que ninguém pode ser subtraído de seu Juiz Constitucional. Somente se considera juiz natural ou autoridade competente, no direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais¹⁸.

Por fim, concede a Constituição Federal ao Magistrado, determinadas garantias materiais para o exercício de suas atribuições, dentre as quais, a

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125.

¹⁵ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 56.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 56.

¹⁷ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 56.

¹⁸ MARQUES, José Frederico. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1971, v. 46, p. 444 – 450.

irredutibilidade de vencimentos, a inamovibilidade, a vitaliciedade conforme trata o texto do artigo 95 da Carta Constitucional que conferem, além do que já fora aludido, diferenças no âmbito processual, para o regular exercício de sua função dotada da mais pura imparcialidade.¹⁹

Além disso, leciona Eugênio Pacelli Oliveira:

“Como se vê, o princípio do juiz natural, instituído *ratione materiae* e *ratione personae*, configura hipótese de competência absoluta, inafastável por vontade das partes processuais, revelando a natureza pública do interesse em disputa, somente se admitindo a sua flexibilização por oportunidade da aplicação de norma da mesma estatura, ou seja, de norma ou princípio igualmente constitucionais.”²⁰

Após discorrer acerca do princípio do juiz natural, preceito constitucionalmente protegido e necessariamente relevante, além de ser questão norteadora das discussões que posteriormente serão tratadas neste trabalho, será tratada, também, no próximo tópico, do princípio da identidade física do juiz para a continuidade das análises pertinentes ao tema inicialmente proposto.

1.1.2 Princípio da identidade física do juiz

Além de que seja o julgamento reservado ao juiz, perante este último deve o processo ser desenvolvido²¹, ademais, neste tocante remete-se ao artigo 399, §2º do Código de Processo Penal, ressaltando também o princípio da identidade física do juiz:

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

[...]

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Fato inovador trazido pela Lei nº 11.719/2008 que adicionou o parágrafo acima citado, dogmatizando o conhecido princípio, repetindo a regra do artigo 120 do Código de Processo Civil de 1939, preenchendo a lacuna outrora existente na Lei Processual Penal.²²

¹⁹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 449.

²⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 197.

²¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.68.

Em razão da falta de maiores explicações acerca de tal princípio no âmbito penal, remete-se à aplicação subsidiária do artigo 132 do Código de Processo Civil, inicialmente por permissão concedida pelo artigo 3º do Código de Processo Penal quando este for insuficiente, e ainda, para que se trate a persecução processual de forma que não comprometa a celeridade atribuída aos novos ritos procedimentais, obviamente, sem que passe despercebida a obediência aos limites de razoabilidade da instrução.²³

1.1.3 Princípio da celeridade

O princípio acima falado diz respeito a preceito Constitucional que concede ao indivíduo a garantia da duração razoável do processo, elencado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Lei Maior que diz: A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.²⁴

Ora, a fixação de prazos é vital para que o processo caminhe para o seu final. Sem isso, nem o juiz, nem as partes saberiam quando os atos deveriam ser realizados, o que conduziria à eminente tumulto.²⁵

Ensina Hélio Tornaghi que a melhor maneira de acelerar o processo sem atropelá-lo, conciliando a rapidez com a justiça, consiste na fixação do tempo para a prática de cada ato. A marcação de prazos não é apenas resultado da conveniência, é o efeito da necessidade de harmonizar a justiça e a economia, a segurança e a rapidez. Quer a lei que o processo seja ordenado, mas sem retardamento e sem gastos excessivos, de modo a obter-se uma sentença justa com o máximo de garantia e o mínimo de esforço. Permitir que os atos se pratiquem sem prazo será correr o risco de eternizar os litígios.”²⁶

Neste íterim, cumpre ressaltar que, de acordo com Greco, regras gerais de determinação de competência devem ocorrer previamente ao fato de maneira que impeça a interferência arbitrária externa. Em que não se permita a escolha de

²³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 450.

²⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125.

²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 113.

²⁶ TORNAGUI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 2, p. 57-58

magistrado, cabendo às regras de competência determinar juízo adequado, para que não ocorra prejuízo ao justo julgamento.²⁷.

O prazo constitui importante garantia das partes, as quais têm assegurado o período nele previsto para realizarem o ato de seu interesse. Não basta a existência do prazo, este deve conceder às partes tempo condizente com a necessidade de se aparelharem para praticar o ato que pretendem.²⁸

Tais prazos também não podem ser excessivos, sob pena de alongamento demasiado da solução do processo, para tanto, existe a necessidade de serem razoáveis fixados em virtude da importância e complexidade do ato. Também, os prazos devem, para atos idênticos das partes, serem iguais, em respeito ao princípio da isonomia, podendo, em casos de atos com finalidades assemelhadas, mas com exigências diversas, ser diferentes.²⁹

De nada serviria a fixação de um prazo se ele fosse desrespeitado pelo juiz. Por isso, as partes têm direito a que seja observado o prazo integral ou, em outras palavras, a que os prazos não sejam reduzidos.³⁰

A fixação da competência dar-se-á por série de disposições elencadas na Constituição Federal. Trata-se de regras fundamentais da estrutura judiciária deste país, onde se pode encontrar desde normas básicas até exclusivas segundo critérios objetivos e pessoais.³¹

1.2 Dos Critérios Genéricos da Fixação de Competência no Âmbito Penal

Para fins de classificação da competência, o mais viável é o que Carnelutti adotou e José Frederico Marques acolheu, em que parte da diferenciação entre *ratione materiae* do poder de julgar, além de sua discriminação *ratione muneris* a qual delimita pragmaticamente os órgãos judiciários, haja vista o litígio; e por fim,

²⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

²⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

²⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

³⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

funcionalmente, com flanco em atos que tais órgãos podem praticar em determinado processo onde o litígio se contém³².

Carnelutti afasta-se dos critérios que separam a competência em três planos (material, funcional e territorial), cuja posição é abraçada pela maioria dos processualistas modernos, pois, observou que tal divisão “ignora que a relação entre competência em razão da matéria e competência em razão do território não é igual à relação entre cada uma de ambas e a competência por função: na verdade, a competência material e a competência territorial se reúnem em um mesmo gênero, que é o oposto da competência funcional; a diferença verdadeira se refere... ‘a distribuição de trabalho segundo o que se refere ou, ao revés, segundo aquilo sobre que se deva operar; em termos mais precisos, segundo a função a desenvolver-se ou matéria sobre a qual deva ser desenvolvida”^{33 34}.

No que concerne ao processo penal a diferenciação derivado modo de ser da lide e do modo de ser do processo (competência material e competência funcional), aduz ainda Carnelutti que o critério fundamental para a reconstrução do instituto fundamenta-se na oposição entre sujeito e objeto do poder jurisdicional, conforme seja limitado pela natureza dos atos, que deva realizar, ou dos fatos em relação aos quais deva operar.

No primeiro caso os poderes jurisdicionais são distribuídos e limitados funcionalmente, e, no segundo materialmente: donde distinguir-se uma competência funcional e outra material^{35 36}.

José Frederico Marques citando Carnelutti ainda leciona que, no que diz respeito à competência funcional, o poder de julgar é distribuído no decorrer da formação processual a partir da atuação das fases processuais, ou o objeto do júízo, ou o grau de jurisdição.

³² MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 49-50.

³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Lezioni di diritto processuale civile*, 2 vol, 1951, n. 291. *Apud* MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 50.

³⁴ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 50.

³⁵ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 50.

³⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Lezioni di diritto processuale civile*, 2 vol, 1951, n. 291. *Apud* MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 50.

Quanto à competência material, é o litígio, a lide, a causa, a relação jurídico-material enfim que fornece o critério de discriminação, ou em razão da natureza da causa (competência material propriamente dita ou em sentido estrito), em razão do local da infração (competência territorial ou de foro), ou pela quantidade e qualidade de pena, sendo que a última questão suscitada pode ser absorvida na competência material propriamente dita, que é também, a orientação mais seguida entre os processualistas³⁷.

38

José Frederico Marques ao citar Fenech estabelece quatro critérios fundamentais para se levar em conta sempre que se pretenda indagar a que tribunal corresponde o conhecimento de um assunto concreto: o critério objetivo (ou em razão da matéria), o critério funcional, o critério territorial e o critério de distribuição.³⁹

A distribuição de competências a partir dos critérios anteriormente citados não parece razoavelmente viável, mas quanto à sua visão acerca da jurisdição, observa-se que este compõe a visão bipartida adotada por Carnelutti, pois, propõe distinções e critérios pertinentes aos limites do poder de julgar.⁴⁰

Logo, o critério de classificação preconizado por Carnelutti, combinado com as distinções que Fenech estabelece no campo da jurisdição, projeta-se em nossa legislação de maneira sucessiva no que se refere à classificação *ratione materiae*: primeiro fixa-se a jurisdição, ao depois o foro e por fim o juízo.⁴¹

A jurisdição tem por base a natureza da lide segundo o que preceitua a Constituição ao discriminar os órgãos do Poder Judiciário; o foro descansa na localização da lide segundo as regras do direito processual; e o juízo, por sua vez, como a jurisdição, na natureza da lide, pressuposta sempre a atribuição genérica que a esta confere a Constituição. Além da natureza do litígio, ainda serve de critério para a repartição das causas penais, em determinado foro, a distribuição.⁴²

³⁷ CARNELUTTI, *Lezione*, PP. 244 e 245. Sobre a absorção da competência pelo valor da causa, na competência material, cf. Alcalá-Zamora e R. Levene, h., (op. Cit., vol. I, pp. 310 e 311) e Clariá Olmedo, (*Competencia Penal en la República Argentina*, 1945, p. 94). Apud MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 50.

³⁸ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 50.

³⁹ FENECH, Miguel. *Derecho Processual Penal*. 1952, vol. I, p. 251.

⁴⁰ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. – Campinas : Millennium, 2000, p. 51.

⁴¹ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. – Campinas : Millennium, 2000, p. 51.

⁴² MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. – Campinas : Millennium, 2000, p. 56.

Jurisdição, foro e juízo – são os três momentos dessa paulatina operação de concretização do poder conferido de maneira abstrata ao Poder Judiciário: quando se chega ao terceiro momento dessa escala de ascendente concretização, determinada está a competência para o processo e julgamento de uma causa penal individualizada.

Como a relação processual se desenvolve escalonadamente através de sucessivas fases procedimentais, e de diversos graus de jurisdição, distribui-se o poder de julgar dentro de um processo, quer em razão de suas fases procedimentais, quer em razão dos graus jurisdicionais. Há ainda a considerar as atividades judiciárias dos órgãos colegiados onde a membros do grupo de membros desses órgãos são conferidos poderes jurisdicionais diferentes: daí a competência funcional por objeto do juízo.⁴³

Pode ser considerada como a medida de jurisdição, demonstrativa do âmbito de atuação de cada órgão jurisdicional no exercício de sua função⁴⁴. As normas de fixação de competência são encontradas na Constituição Federal, em Constituições Estaduais, demais leis federais não codificadas e outros preceitos determinadores.⁴⁵

Primordialmente, deve-se atentar para o princípio do Juízo Natural, haja vista não ser apenas a exigência de juízo competente para o conhecimento da lide, como também a própria garantia da inderrogabilidade das regras de competência⁴⁶. Neste sentido busca-se, igualmente, a segurança de imparcialidade do julgador – como pressuposto da atividade jurisdicional e não apenas como atributo do magistrado⁴⁷.

Insta dizer, também, acerca do princípio da identidade física do juiz e da celeridade, conforme determina o artigo 399, §2º do Código de Processo Penal, a necessidade de ser o magistrado que presidiu a instrução, proferir a sentença, e ainda, a partir da Emenda à Constituição de nº 45 que inseriu à Lei Maior em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, a garantia da duração razoável e célere do processo.⁴⁸

⁴³ CARNELUTTI, *Lezioni*, vol. II, nº 293. *Apud* MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 57.

⁴⁴ MACHADO, Angela C. Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Processo Penal*. São Paulo: Prima Cursos Preparatórios, 2004, p. 59.

⁴⁵ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millennium, 2000, p. 56.

⁴⁶ FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 97.

⁴⁷ FERNANDES, Antonio Escarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 123.

⁴⁸ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 56.

Portanto, cumpre aditar ainda que existam tais aspectos constitucionais norteadores definidos neste capítulo, para que seja fixada a competência, principalmente em matéria penal, a lei infraconstitucional estabeleceu critérios mais específicos, de acordo com o caso concreto, como se verá no tópico seguinte.

1.2.1 Dos Critérios Infraconstitucionais de Fixação de Competência em Matéria Penal

Inicialmente é relevante lembrar acerca aplicação do artigo 69 do Código de Processo Penal quando da ocorrência de delito, em que à primeira vista determina como juízo competente, aquele do lugar da infração, visando a celeridade de juntada e apuração fático-probatória, evitando-se, assim as inconvenientes declinações de foro.

Levando em consideração para tal adequação a perpetuação da jurisdição. Importante ressaltar que, de outro modo vem entendendo a jurisprudência pátria, em que por vezes abranda tal entendimento a fim de que seja empregada a competência do juízo onde ocorreu a ação delituosa.

Posteriormente, incumbe-se a análise quanto à natureza da infração, devendo ser enfatizado que em locais de maior quantidade de habitantes podendo haver para a apuração e processamento varas especializadas definidas em leis de organização judiciária.

Excetuando-se de tal premissa a competência atribuída ao Tribunal do Júri e aos Juizados Especiais Criminais, por não carecerem de regulamentação, haja vista o primeiro tratar de competência em razão da matéria e o segundo pelo procedimento adotado, em que, caso não sejam observados suas peculiaridades, acarretará, então, violação ao princípio do devido processo legal.

Em seguida, insculpe aditar que será tratada a competência secundária ou eventual, qual seja em razão do domicílio ou residência do réu, em que será aferido principalmente quando se tratar de ação penal exclusivamente privada,

cabendo ao querelante a escolha do foro para o processamento da ação, *ex vi* do artigo 73 do Código de Processo Penal.⁴⁹

Pode-se afirmar que tal procedimento é adotado em tais situações de excepcionalidade vislumbrando-se a diligência por parte do querelante afim de que seja evitada a decadência da propositura da ação, e quando esta já estiver proposta, a acuidade para que não ocorra a preempção. É importante que se leve em consideração que caso o acusado possua mais de uma residência, ou por não possuir residência certa, e ainda, quando seja ignorado o seu paradeiro, logo, será aplicada as diretrizes da prevenção.⁵⁰

Com efeito, observa-se a fixação por meio da prevenção, subsidiariamente falando, em que será aplicada quando se demonstrarem as demais formas insuficientes.

Destarte, cumpre aditar que não obstante tais critérios de determinação de competência deve-se atentar para o último quesito elencado no artigo 69 do Código Processual Penal que é o concernente à competência fixada em razão da hipótese da prerrogativa de função que será tratado no tópico seguinte.

1.2.2 A competência por prerrogativa de função

Analisando-se o contexto do cenário político atual, onde denúncias contra políticos são praticamente a pauta diária da maioria dos noticiários em que reina a opinião popular acerca da impunidade de parlamentares colocou em voga a discussão sobre a necessidade de mudar ou não o instituto das imunidades a estes detentores de mandato eletivo.⁵¹

As opiniões acerca do tema das imunidades em muito se divergem, parte de eminentes doutrinadores defendem a tese por se tratarem de prerrogativas, por determinar o regular exercício do Poder Legislativo, possuindo também vedações, que garantem até a independência do Parlamento. Entretanto, em posição contrária, há os que aduzem que na verdade são privilégios, e ainda, ferem princípios constitucionais e derivados de acordos internacionais, como o da Igualdade. A possibilidade da sustação

⁴⁹ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millennium, 2000, p. 222.

⁵⁰ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas : Millennium, 2000, p. 222.

⁵¹ CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

do processo é questão relevante àqueles que defendem que seja privilégio, pois aduzem que o Judiciário age com covardia diante de tal situação.

A Constituição Federal vigente aduz:

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

O excerto acima delineado diz respeito à tradicional imunidade material com nova redação dada a partir da edição da Emenda Constitucional 35 de 2001. Conforme ensina Alexandre de Moraes, tais imunidades implicam na “*subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos*”.⁵²

Contudo, é imprescindível inicialmente discorrer sobre imunidades a partir de suas origens, encontrando profundo embasamento na separação harmoniosa e independente dos poderes, em que tal premissa encontra esteio no artigo 2º da Constituição Federal⁵³,

Seu significado latino em suma quer dizer isenção de obrigação ou encargo. Insta dizer, historicamente, que desde a Grécia antiga em que quem usava a Cora de Mirto e se expressava, tornava-se inviolável pelo que proferia. Após retrata a Revolução Inglesa ocorrida no século XVII em que o Estado Democrático de Direito não havia se consolidado, os poderes de elaboração de normas e o mando de execução cabiam ao rei e também o julgamento era realizado em única instância, então, a burguesia vence e institui a divisão dos poderes, logo, com o poder do rei segregado inicia-se a série de retaliações e perseguições que não aceitavam tal política, logo, a imunidade parlamentar é criada. (pg. 263).⁵⁴

A Declaração dos Direitos Humanos de 1689 reafirma a liberdade de palavra e debates no Parlamento e fora dele não podendo ser processado em nenhum tribunal. Na Revolução Francesa, no fim do século XVIII o tema atingiu o ápice, após,

⁵²MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 442.

⁵³BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 2º, CF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >.

⁵⁴CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

várias Constituições de diversos países, inclusive as brasileiras, inseriram em seus textos tal proteção e viabilização democrática.⁵⁵

São dispositivos legais que dão ao parlamentar ou ao detentor do cargo público que concede tal prerrogativa, no exercício das funções proteção para exprimir suas opiniões sem que sofram abusos por parte do sistema de freios e contrapesos, não pode dispor desta prerrogativa o que leva a concluir que não é privilégio, pois, é imposta a quem exerce o mandato ou função.⁵⁶

Sobre este assunto trata Tourinho:

“Observe-se que esse foro não é concedido à pessoa, mas lhe é dispensado em atenção à importância ou relevância do cargo ou função que exerça. Nem teria sentido pudesse um Juiz de Direito processar e julgar um Desembargador. Da mesma forma que seria esdrúxulo pudesse um Ministro do Superior Tribunal de Justiça ou de qualquer Tribunal Superior da República ser processado e julgado por Desembargadores, e muito menos por Juízes da inferior instância.”⁵⁷

Possui como principais características a irrenunciabilidade e o postulário da ordem pública. Para que tenha real efetividade, o ato praticado deverá ocorrer em razão da função exercida.⁵⁸

Acerca da imunidade formal, especialmente nos casos dos Parlamentares, também conhecida como processual, deve-se afirmar que esta age diferentemente da material ao impedir o processo. A partir da Emenda Constitucional 35 de 2001, obtiveram-se várias inovações no que trata não só ao âmbito civil, mas também, ao que se refere ao penal dos atos dos eleitos, tornando a expedição do diploma ponto crucial para o futuro do Parlamentar que eventualmente cometer algum ilícito, e ainda, deixando ao Congresso a deliberação sobre a sustação ou não do processo, retardando até o término do mandato o tempo do procedimento criminal.⁵⁹

⁵⁵ CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

⁵⁶ CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. p. 353

⁵⁸ CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

⁵⁹ CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

Ainda tratando das inovações da Emenda Constitucional 35/2001, é necessário ressaltar que esta novidade enaltece a clareza e ordem pública das votações dos congressistas quando da resolução da não-prisão em que deverá ocorrer de modo aberto e não secreto. A partir do momento em que o Congresso aprova a prisão, o foro privilegiado se torna evidente, pois, a competência para julgamento do processo será do Supremo Tribunal Federal em toda a duração do mandato e ainda o que versar sobre os atos cometidos anteriores à sua diplomação, em que pese, o fim deste acarretará na volta do processo ao juízo de 1º grau.⁶⁰

A respeito da não obrigatoriedade do testemunho, o Parlamentar pode ou não prestar informações que se relacionam ao mandato, resguardando o cuidado às fontes e dados oficiais em razão das funções que exerce, mesmo assim não poderá recusar-se a prestar testemunhos, tão testemunhar enquanto cidadão não goza da prerrogativa. A Constituição Federal permite a incorporação dos Congressistas às Forças Armadas desde que haja a concessão da Casa a que pertence, neste caso, deverá renunciar ao mandato. Durante o Estado de Sítio a Magna Carta assegura a garantia das imunidades, para que haja controle político e segurança para o desempenho das funções.⁶¹

De forma semelhante, façamos a análise das Imunidades em diversas Constituições, começando pela estadunidense que possui proteção formal, mas não deixa a cargo da Casa a deliberação para que haja o processo penal, a francesa que inaugura a modalidade do instituto que logo após foi acolhido pelas demais Constituições. Já a alemã confere imunidade não só perante os outros poderes, mas também aos partidos e eleitores.⁶²

No que compete às Constituições sul-americanas, a do Uruguai trata da deliberação na Casa correspondente sobre a culpa, a argentina traz ausência da deliberação da Casa podendo ser processado sem qualquer ressalva, mas para a suspensão do acusado exige-se a votação. A paraguaia defende que o caso deverá ser

⁶⁰CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

⁶¹CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

⁶²CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

reportado a Casa para votação e a boliviana aduz que somente com a deliberação o acusado poderá ser processado.⁶³

Então se passa a estudar as Constituições brasileiras até o atual momento, começando pela de 1824, que trata do instituto de maneira genérica, mas com conceitos semelhantes das atuais, então, 1891 de forma ampla expõe sobre a inviolabilidade discorrendo, também, na vertente formal, que determina à respectiva Casa a apreciação sobre todos os crimes. A Constituição de 1934 relatava que a imunidade era prerrogativa apenas dos Deputados e era estendida ao suplente imediato.⁶⁴

A Constituição de 1937 atribuía ao Senado caráter de órgão consultor e permitia que os membros do Parlamento fossem responsabilizados por suas palavras e votos. As imunidades retornam na Constituição de 1946. Promulgada em pleno regime militar a Constituição de 1967, não alterou o texto anterior, período em que os princípios corolários da democracia se encontravam claramente abalados. A partir da Emenda Constitucional 1/1969 a imunidade material é relativizada, limitando as liberdades de opiniões e o poder da palavra, nada é alterado nas imunidades formais.⁶⁵

No que se refere a Deputados Estaduais estende-se as prerrogativas conferidas aos Congressistas, porém, a competência para julgamento é o próprio Tribunal de Justiça e em caso de crime federal, o Tribunal Regional Federal. Quanto aos Vereadores, legisladores em âmbito municipal, a Magna Carta apenas se pronunciou acerca da imunidade material, deixando de lado a formal, o que se pode presumir que caso haja qualquer legislação sobre tal será de plano considerada inconstitucional.⁶⁶

Por conseqüência das demais características de fixação de competência, é cediço discorrer acerca da competência funcional, relevando-se ao agente que cometeu o fato delituoso, a investidura em cargo público e sua importância.

⁶³CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

⁶⁴CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

⁶⁵CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

⁶⁶CALÇADO, Gustavo Silva. Imunidades Parlamentares. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

Não obstante a repercussão e proeminência política que a decisão judicial poderia adquirir a depender do resultado que tivesse.⁶⁷

Para que houvesse julgamentos imunes à influência pública e pressões naturais, travadas em âmbito externo, comumente verificadas, precisou-se que as lides fossem dirimidas por julgadores cuja experiência somada ao longo de suas trajetórias acadêmica e profissional se mostrassem mais ampliada, afim de que atribuísse à controvérsia solução justa e compatível.⁶⁸

Neste sentido, é importante frisar que no que concerne à competência determinada pelo foro por prerrogativa de função, o legislador apenas estabeleceu critérios norteadores para que as questões materiais fossem solucionadas de acordo com a Norma Constitucional, não se ocupando na sistematização concreta de regras atinentes a este assunto.

Em certas ocasiões, deixando a cargo, ora de Enunciados de Súmulas, ora de Constituições Estaduais o alvitre para a determinação *ratione loci*, o que revela, por vezes, um terreno juridicamente instável, e ainda, podendo acarretar em possível prejuízo por quem se vê processado, como posteriormente será analisada hipótese em caso de aplicação da súmula 721 do Supremo Tribunal Federal.

Insta ressaltar, que em razão da Carta Constitucional de 1988 os artigos 86 e 87 do Código de Processo Penal, foram revogados, e ainda, após a edição da Lei n.º 10.628/2002, que trouxe inovação ao texto inserto no artigo 84 daquele Código, cuja invalidade foi atestada pela Suprema Corte deste País, por meio de Ações de Diretas de Inconstitucionalidade. Deixando clara a impossibilidade de um preceito constitucional ser tratado por lei ordinária.⁶⁹

Com efeito, é necessário reforçar que a razão determinadora do foro diferenciado não se baseia na pessoa que exerce aquele cargo, mas sim, no próprio cargo, não ferindo quaisquer princípios constitucionalmente protegidos, entendendo neste sentido, Maria Lúcia Karam:

Como já visto, este âmbito do exercício do poder do Estado expressado na jurisdição, previamente delimitado pelas regras

⁶⁷OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 198.

⁶⁸OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 198.

⁶⁹OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 199.

constitucionais sobre competência, lida com os interesses de ordem pública de maior relevância no processo, como a necessidade de resguardar a dignidade e a importância para o Estado de determinados cargos públicos, a determinar o estabelecimento de competências pela chamada prerrogativa de função;⁷⁰

Destarte, cumpre delinear a competência atribuída a cada órgão superior para o julgamento de agentes detentores de tais prerrogativas.

Como é cediço, elenca o artigo 102 da Constituição Federal de 1988, a competência tanto originária quanto recursal atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Relembrando critérios principiológicos previamente analisados, quais sejam, não somente relativos à matéria a ser discutida, mas também, à função e à pessoa, abrangendo não apenas o direito penal material, como também sua vertente processual.⁷¹

Atribuições, as quais, que vão, além da guarda da Carta Constitucional, o processamento e julgamento, especialmente concernente ao estudo desta monografia, em infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República⁷².

Em infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no artigo 52, inciso I, que confere a competência privativa ao Senado Federal do julgamento nos crimes de responsabilidade⁷³, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, além do julgamento da extradição solicitada por Estado estrangeiro.⁷⁴

Já o Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê nos termos do artigo 105, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal, incumbe processar e julgar

⁷⁰KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87.

⁷¹FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 137.

⁷²BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 102, II, b. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

⁷³BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 52, I. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

⁷⁴FERNANDES, Antonio Escarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.138.

Governadores dos Estados e Distrito Federal em crimes comuns, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Desembargadores de Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Tribunais Regionais do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos municípios e os membros do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais.⁷⁵

Insta ressaltar que após a edição do enunciado de súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, quando da cessação do mandato o foro por prerrogativa de função permanecia, ocorre que, foi cancelada, determinando que o caso fosse remetido, quando finalizasse o mandato a juízo de primeiro grau⁷⁶.

As Constituições Estaduais também preveem a possibilidade de atribuição de foro especial por prerrogativa de função, demonstrando-se válidas apenas quando disser respeito às autoridades daquele local ou estado.

1.2.3 Competência absoluta e relativa

Como se observou, a competência pode adequar-se ao interesse da parte, como se pode notar no caso da ação penal privada, podendo haver a submissão das partes à juiz normalmente incompetente, prorrogando a competência, neste caso, revelando-se a competência relativa ou serem atribuídas de características inderrogáveis, essencialmente ligadas ao interesse público, a competência absoluta⁷⁷.

Ademais, as regras contidas na Lei Básica Federal demonstram-se mais que apenas simples direcionamentos que podem ser dados quando da fixação da competência, principalmente, efetiva o juiz natural, caso ocorra a inobservância, o procedimento será eivado de nulidade, ferindo a garantia da imparcialidade do Ministério Público e do Poder Judiciário consequentemente protegidos pela Norma Constitucional e sua obediência⁷⁸.

⁷⁵BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 105, I, a. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

⁷⁶MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 188.

⁷⁷MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 169.

⁷⁸KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

1.3 Da Competência por Conexão e Continência

Inicialmente, é respeitável lembrar-se do que ensina Fernando Capez:

“Conexão é o vínculo, o liame, o nexo que se estabelece entre dois ou mais fatos, que os torna entrelaçados por algum motivo, sugerindo a sua reunião no mesmo processo, a fim de que sejam julgados pelo mesmo juiz, diante do mesmo compêndio probatório e com isso se evitem decisões contraditórias. São efeitos da conexão: a reunião de ações penais: a reunião de ações penais em um mesmo processo e a prorrogação da competência.”⁷⁹

Insta tratar, também das regras insertas nos artigos 76 a 82 do Digesto Processual Penal, quando da ocorrência da conexão entre causas, em que torna-se imperioso que tais ações reúnam-se afim de que haja a resolução concomitantemente perante um único órgão jurisdicional.

Maria Lúcia Karam ensina que ao se falar que, em sede processual civil, é possível que com tal reunião haja a modificação na competência, em que, por exemplo, órgão que inicialmente seria incompetente para conhecer de certa causa em sua forma isolada, e após a união com outra, em decorrência deste fato adquire competência para tratar daquela lide, pela prorrogação da competência.

Diferentemente, em caráter penal, quando há a observância da incompetência, tal se revela em sua forma absoluta, apresentando, no que concerne à conexidade de causas, particularidades, em que pese a exceção quando da ocorrência de ação penal privada, quando incompetente, atribuindo-se característica absoluta.

No que concerne à disciplina da conexão no âmbito penal, esta é fixada fatores que determinam concretamente a competência e não unicamente a modificação que é atribuída a cada órgão jurisdicional, logo, em razão da união das causas, origina-se, então, a união dos processos, trazendo uma nova forma de fixação, em que pode se denominar como a competência pela vinculação das causas.

A partir de tal premissa, observa-se a criação de uma atribuição sobreposta aos critérios existentes que tratam da matéria ou do lugar do caso, quando de seu tratamento de forma isolada, devendo fazer-se essencialmente presentes no momento da definição de qual causa atrairá as demais, requerendo análise mais apurada que a compreendida em sede da despendida à Lei Processual Civil.

⁷⁹ CAPEZ. Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 283.

Tal fixação, mesmo exigindo critérios mais rígidos legalmente enumerados também não dispensa aqueles relacionados ao interesse público que por vezes comuns às ações no âmbito civil.

Neste sentido, após estudo das hipóteses permitidas pelo Digesto Processual Penal, a incidência de vínculo entre causas diferentes, aponta como solução para a controvérsia a reunião destas, ocasionando um processo uno, onde há o entrelaçamento de questões que indicam uma única atividade inquisitorial para a formação do convencimento do julgador para todas as lides, e a correspondência lógica entre os julgamentos, em poder ocasionar perigo de contradição no caso de serem as causas solucionadas de forma separada, os objetos que, preponderarem pela unia, servirão como base para a definição de competência pela ligação de causas.

A lei processual penal traz, inicialmente em seu artigo 76, a correlação que definirá a competência da causa quando da ligação entre autores ou partícipes que deram causa à conduta delituosa ensejadora da persecução penal, evidenciado seu liame intersubjetivo, hipótese observada quando da ocorrência de pluralidade de sujeitos.⁸⁰

Posteriormente, se vê a conexão teleológica, calhando a finalidade e não mais a multiplicidade de sujeitos, então, a probatória, que diz respeito à influência que pode ter a prova concernente a um delito quando da apuração de outro.

A partir destas ponderações, é necessário que seja analisada instituição do júri que será abordada no Capítulo seguinte.

⁸⁰KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

2. DO TRIBUNAL DO JÚRI

Após o estudo da Competência, realizado no primeiro capítulo, por ora, mostra-se importante ressaltar outro ponto a ser discutido neste estudo.

Inicia-se a análise do presente assunto a partir da origem do vocábulo “Júri”, em que se invoca Deus por testemunha, onde jurado é a atribuição ao cidadão chamado a participar do tribunal do Júri como juiz natural em conselho de sentença. Sua natureza é pública e constitucional, com jurisdição popular, com forma de direitos e garantias individuais, seguindo as características da Civil Law norte-americana.⁸¹

2.1 Aspectos históricos

Originou-se o Tribunal do Júri da Magna Carta, com sua edição feita pelo Rei João Sem Terra, em seu artigo 39, embora seja conhecido que o júri já fincara suas raízes antes deste evento. Na Palestina, havia o Tribunal dos Vinte e Três nos lugares em que a população fosse maior que 120 famílias, onde eram conhecidos e julgados os crimes apenados com pena de morte, os escolhidos a proferirem os julgamentos eram pessoas importantes em razão do cargo ou moral daquela redondeza⁸².

Durante a República em Roma, formaram-se comissões questionadoras, em que nestas exerciam vários juízes, vindo a se tornarem definitivos.⁸³ O Tribunal Popular foi mantido em todo o ocidente, sendo verdadeira garantia conforme ensina Greco Filho: “Nenhum homem livre será encarcerado ou exilado, ou de qualquer forma destruído, a não ser pelo julgamento legal de seus pares e por lei do país”.⁸⁴

Afirmou-se a partir da contrariedade dos sistemas utilizados pelo regime monárquico, causando verdadeiro embate ideológico após a Revolução Francesa, de 1789, pretendendo desvincular à monarquia e buscar por formas mais democráticas e republicanas.⁸⁵

Após, iniciou-se processo de propagação por toda a Europa, com ideais a serem seguidos, afirmando na experiência popular o julgamento ilibado e

⁸¹ CAMARGO SOBRINHO, Mário de. Tribunal do Júri. *REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE FRANCA* – Franca-SP. v.8, n.14, p. 237-246, janeiro/ junho, 2005.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

⁸⁴ GRECO FILHO, *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 31.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41

plenamente justo dotado de mais clara imparcialidade. Não havia a independência do Poder Judiciário, o que corroborava a ideia de imparcialidade do Júri, em que apenas pessoas do povo participavam, deixando de lado a vinculação aos interesses monárquicos.⁸⁶

Há forte divergência acerca de suas raízes históricas, defendem que fora fundado na lei mosaica em que as decisões eram consideradas como emanadas pelo povo, mas além deste possível nascimento, várias posições atribuem a outros povos sua criação. Cabe ressaltar que após sua criação, tornou-se modalidade adotada por diversos organismos judiciais ao redor do mundo e para as mais variadas espécies de causas.⁸⁷

Quando da independência, o Brasil, passou a proclamar leis que contrariavam os interesses propostos pela Coroa, ou, que por vezes, destoavam das legislações encontradas em Portugal, razão tal, que fez-se a instalação do júri neste País, antes que o fenômeno atingisse o próprio País que nos colonizou⁸⁸.

Sua instituição no Brasil deu-se através de Lei de 18 de junho de 1822, nos mesmos termos que aconteceu em toda a Europa. Contextualizando àquela época dizia-se “era bom pra França o era também para o resto do mundo”.⁸⁹

Por aqui, era composto por 24 cidadãos dotados de reputação ilibada, prontos ao julgamento apenas para crimes de abuso de liberdade de imprensa em que suas decisões eram revistas apenas pelo Príncipe Regente por meio de apelação.⁹⁰

A partir de 1824, a Constituição Imperial o instituiu no capítulo que tratava do Poder Judicial, em seu Título VI, no Capítulo Único que determinava a condição “Dos Juizes, e Tribunaes de Justiça”, onde os jurados, à época, além de o integrarem, também poderiam julgar causas cíveis e criminais, conforme o artigo 151⁹¹e, em que aos juízes cabia a estrita aplicação das disposições legais, e aos jurados,

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.41.

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

⁸⁹ CAMARGO SOBRINHO, Mário de. Tribunal do Júri. *REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE FRANCA* – Franca-SP. v.8, n.14, p. 237-246, janeiro/junho. 2005.

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

⁹¹ BRASIL. Constituição (1824). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>.

a análise dos fatos, com esteio no artigo 152 daquele texto Constitucional⁹², além das determinações legais que por diversas vezes incluíram e excluíram espécies de delitos e causas do júri.⁹³⁹⁴

O júri foi mantido com a proclamação da República, e ainda, criou-se o júri federal, sob a influência da Constituição da República, em que foi dotado como verdadeira instituição que contextualizava dos direitos e garantias individuais. Tal resultado foi obtido em face da intransigente defesa do Tribunal Popular feita por Rui Barbosa, seu admirador incontestado.⁹⁵

Já a partir da Constituição de 1934 o júri voltou a ter seu lugar no capítulo concernente ao Poder Judiciário, para após, ser retirado da carta constitucional de forma completa. Iniciaram-se debates acerca da manutenção ou não desta instituição no Brasil, que por fim, um Decreto o confirmou.⁹⁶

Com a Constituição de 1946 o instituto ganhou nova vida, sendo inserido no capítulo que tratava dos direitos e garantias fundamentais como uma bandeira na luta contra o autoritarismo. Não foi tema profundamente abordado, mas, reergueu as bases do que as Constituições anteriores já haviam afirmado.⁹⁷

A Constituição de 1967 manteve a instituição nos mesmos moldes da Carta anterior, reiterando a Emenda Constitucional de 1969, mas nesta última não se falou de soberania, plenitude de defesa ou sigilo das votações, tratou apenas que a competência seria para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.⁹⁸

Enfim, em 1988, com o retorno da democracia ao cenário político brasileiro, previu-se o júri no capítulo concernente aos direitos e garantias individuais, em que trouxe de volta os princípios aludidos na Constituição de 1946: soberania dos

⁹² BRASIL. Constituição (1824). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>.

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 57.

⁹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 165.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 58.

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58.

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 43.

⁹⁸ SOBRINHO, Mário de. Tribunal do Júri. *REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE FRANCA – Franca-SP*. v.8, n.14, p. 237-246, janeiro/ junho. 2005.

veredictos, sigilo das votações e plenitude de defesa, minimizando sua competência para os crimes dolosos contra a vida.⁹⁹

Na Constituição Federal de 1988 o instituto do Tribunal do Júri é previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, que dispõe da garantia a: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida.¹⁰⁰

No entanto, há que se falar que a reinserção dos princípios acima citados não foi fruto de estudo e análise minuciosa apenas equipararam-se à situação de 1946, já que havia passado a época da ditadura militar, seria natural que voltasse ao *status quo ante*.¹⁰¹

2.2 Princípios constitucionais do instituto do Tribunal do Júri

Insta inicialmente dizer, que, refere-se à base do sistema jurídico no todo, ao que diz respeito às normas infraconstitucionais. Tais princípios, tanto os constitucionais, como os processuais penais devem ser respeitados como elemento irradiador do ordenamento jurídico, que produzem em sua esfera de atuação efeito transmissor de idéias e perspectivas gerais a serem perseguidas pelo aplicador da norma processual penal.¹⁰²

Um ordenamento jurídico coerente parte dos princípios constitucionais para interpretar e aplicar as normas infraconstitucionais, o que comumente não ocorre. É necessário que isso aconteça afim de que ache-se o caminho em busca do Estado Democrático de Direito.¹⁰³

2.2.1 Da plenitude de defesa

É necessário que exista autêntico devido processo legal, conforme artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, com a segurança de aos acusados de exercerem o contraditório e a ampla defesa. E ainda, no processo penal envolvendo um dos mais importantes bens jurídicos a ser tutelado, que é a liberdade individual, é forçoso que haja o fiel cumprimento destas garantias.

⁹⁹ SOBRINHO, Mário de. Tribunal do Júri. *REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE FRANCA – Franca-SP*. v.8, n.14, p. 237-246, janeiro/ junho. 2005.

¹⁰⁰ SOBRINHO, Mário de. Tribunal do Júri. *REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE FRANCA – Franca-SP*. v.8, n.14, p. 237-246, janeiro/ junho. 2005.

¹⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 139.

¹⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 139.

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 139.

No que se refere ao Tribunal do Júri, a Constituição insere ainda mais cuidado, em que assegura ao acusado a plenitude de defesa, constante no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *a*¹⁰⁴. Ressalte-se que não se devem interpretar as normas, mormente um conjunto harmônico.¹⁰⁵

Há que se falar da previsão inserida no artigo 5º da Lei Maior que tratam da ampla defesa e da plenitude de defesa. Destarte, se faz mister lembrar que a diferença entre ambas as garantias que claramente aproveitam ao acusado. A palavra *amplo* diz respeito a algo largo, vasto, enquanto *pleno* trata de completude, simplesmente a partir daí já é notada a diferença.¹⁰⁶

A intenção ao acusado é a sua forma mais providencial de defesa, em que oficiosamente deverá ser feita com observância aos preceitos legais, com o fim de se evitar qualquer forma o cerceamento de sua garantia. Busca-se a defesa perfeita dentro das limitações humanas, haja vista, este ser o suporte ao réu. A sustentação mal feita aos jurados basicamente resultará na condenação do acusado.¹⁰⁷

A atuação regular coloca em xeque a liberdade do acusado, cabendo ao juiz exame acerca da eficiência da defesa, se esta não se expressa bem, não faz intervenções apropriadas, corrigindo eventual excesso da acusação, ou não realiza outros procedimentos cabíveis, atua *pro forma*, não se observou a defesa *plena*, irretocável, absoluta.¹⁰⁸

No procedimento comum ao juiz é incumbido o dever de fundamentar suas decisões, diferentemente ocorre ao Tribunal do Júri, em que os jurados simplesmente condenam ou absolvem sem precisar fundamentar o que tenham escolhido para o futuro daquele acusado. Daí a razão de se buscar a defesa plena mais perfeita possível, em que deslizes não podem ser admitidos.¹⁰⁹

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 141.

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º, inciso XXXVIII, Constituição Federal de 1988 - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.144.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 145.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 145.

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 145.

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149.

Imprescindível ressaltar que a adoção da diferença entre ampla defesa e plenitude de defesa provoca o desequilíbrio entre as partes (acusação e defesa), em que o juiz, nas questões de direito deverá pender, em favor do defensor, logo, do acusado.¹¹⁰

Conclui Nucci:

“É certo que o Estado Democrático de Direito sustentou-se sob as sólidas bases da garantia da plenitude de defesa, afinal, eventual condenação, sem fundamentação alguma, advinda da convicção íntima de leigos, ter-se-ia originado de um processo com defesa perfeita, foi clara a realização da vontade do povo, eis que isto basta.”¹¹¹

2.2.2 Sigilo das votações

Pelo Código de Processo Penal é estabelecido que, após a leitura e explicação dos quesitos em plenário, não havendo dúvida a esclarecer, “o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação” (art. 485, *caput*, Código de Processo Penal)^{112, 113}.

Há que salientar que é do mais alto interesse público que os jurados sejam livres e isentos para proferir seu veredicto, o que não se consegue visualizar um julgamento isento de pressão a ser dada pelo público, quando feito à vista de todos em meio ao plenário. Em meio à sessão é possível que os espectadores exaltem-se diante de argumento mais incisivo da defesa ou da acusação.¹¹⁴

Por mais que o juiz possa exercer o poder de polícia e tenha o condão de alguém que venha importunar o procedimento, é cediço que durante a votação tal interferência possa causar conseqüências desastrosas ao julgamento, podendo até ferir a imparcialidade do juiz. Justamente porque os jurados não detêm as mesmas garantias,

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149.

¹¹² BRASIL. Decreto- Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal - Art. 485. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação. ([Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 150.

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 150.

por vezes, nem o mesmo preparo, da magistratura togada, determinou o legislador que este ocorresse em sala especial.¹¹⁵

O julgamento não é secreto, haja vista acontecer perante as autoridades competentes. As vantagens que se acham na sala especial são evidentes, além de deixar os jurados mais à vontade, afim de que possam ouvir as explicações do juiz, reler os autos e realizar quaisquer questionamentos que possam dirimir suas dúvidas, sem pressão, pois, tendo ciência de que o interesse público se encontra inteiramente ao seu lado.¹¹⁶

Na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *b*¹¹⁷, assegura-se o sigilo das votações, e não o sigilo do voto, que diz-se a cédula para uso individual colocada pelo próprio jurado, contendo “sim” ou “não”, dentro da urna, mas em sigilo da votação, que é a prática do verbo. Dessarte, buscando resguardar o momento do jurado colocar o voto na urna, sendo a sala especial o lugar ideal para tal ato.¹¹⁸

Portanto, cabe dizer que após a reforma trazida pela Lei nº 11.689/2008¹¹⁹ que buscou consagrar, ainda mais, o sigilo das votações, impôs a apuração dos votos por maioria, sem divulgação do quorum total, resguardando a integridade do sigilo.¹²⁰

2.2.3 Soberania dos veredictos

É certo ser o veredicto popular é a última palavra, não podendo ser contestada, no que diz respeito ao mérito, por qualquer outro tribunal togado, entretanto, o eu ocorre, que ultimamente tem-se observado o desprezo por esta prática na vida forense diária¹²¹.

Nem sempre as decisões tomadas pelos Conselhos de Sentença são efetivamente recepcionados pelos juízes togados, eis que alguns ainda aplicam a

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 150.

¹¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 150.

¹¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 150.

¹¹⁹ BRASIL. Lei 11.689, 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm>.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 152.

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 152.

jurisprudência da Corte onde exercem suas atribuições, esquecendo que o jurados são leigos e, portanto, não conhecem, na verdade nem se faz necessário que conheçam as linhas adotadas por qualquer tribunal.¹²²

Aos jurados é devido decidir de acordo com sua consciência, não devendo segundo normas materiais e procedimentais. Além de que este é o juramento que fazem no início da sessão, *ex vi* do artigo 472¹²³ do Código de Processo Penal, em que há a promessa de seguir a consciência e a justiça, mas não as normas escritas e muito menos os julgados produzidos no País.¹²⁴

A Constituição Federal de maneira expressa previu a garantia a tal soberania. Não se pode deixar que cortes interfiram em matéria de mérito do veredicto prolatado pelos jurados, substituindo-os, em que, caso haja qualquer erro no judiciário acerca dos casos, basta submeter o caso a novo Tribunal Popular, porém, em hipótese alguma pode-se invalidar o veredicto no que trata do mérito.

Se a participação popular no Judiciário, em razão do Tribunal do Júri, é exaltada por muitos haja vista ser mecanismo de exercício de cidadania, demonstração de democracia, é necessário que seja respeitada a decisão por aqueles julgadores proferida, em homenagem ao princípio constitucional ora estudado.

Não se trata de disputa, no que diz respeito a supremacia do direito de liberdade do acusado, mas sim, de um mecanismo constitucional, escolhido pelo Poder Constituinte Originário, para enfim, alcançar uma sentença justa. A Lei Maior outorgou à instituição do Júri a final decisão em casos de cometimento de crimes dolosos contra a vida.

Enfim, a este ponto não se faz relevante o conhecimento adquirido pelo juiz togado, mas sim, a prevalência da vontade dos agentes que irão decidir o caso, logo, os populares. Se assim não acontecesse a democracia sucumbiria. E é a soberania

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 152.

¹²³ BRASIL. Decreto- Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal - Art. 485. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação. ([Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008](#)). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>

¹²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 152.

dos veredictos um preceito constitucional fundamental, como afirma o douto entendimento do Supremo Tribunal Federal.¹²⁵

2.3 O Júri na Constituição Federal de 1988

Sobre este assunto é cediço o conceito explanado por Heráclito A.

Mossin:

Pode ela ser definida como a limitação do poder de julgar legislativamente estabelecida. Usando de outras palavras, é o campo de ação legal onde um órgão jurisdicional exerce seu poder de julgar. Nos exatos dizeres do art. 5º, inc. LIII, da Constituição Federal, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Na legislação brasileira, tem vigência o denominado princípio do juiz natural ou constitucional, o qual deve ser entendido como o ‘órgão do Estado que, por previsão constitucional, pode julgar dentro de suas atribuições fixadas por lei, segundo as prescrições constitucionais’. Diante disso, para que um órgão se eleve à categoria de Juiz natural, podendo assim exercer validamente a função jurisdicional, necessário se torna que esse poder de julgar esteja previsto na Magna Carta.¹²⁶

O artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea d¹²⁷, da Constituição Federal, assegura a competência do júri para o julgamento dos delitos dolosos contra a vida.

Sobre dolo entende Luiz Regis Prado como:

A consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo injusto doloso (tipo objetivo). Dolo é “saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito”. Não exige a consciência da ilicitude, que é elemento da culpabilidade. É uma parte subjetiva do tipo injusto que implica um desvalor da ação de natureza mais grave. Refere-se unicamente ao tipo indiciário (dolo natural ou dolo neutro). Está presente tanto no delito consumado como no tentado. Compreende esse elemento subjetivo geral os elementos seguintes: a) Elemento cognitivo ou intelectual: consciência atual da realização dos elementos objetivos do tipo (conhecimento da ação típica); b) elemento volitivo: vontade incondicional de realização dos elementos objetivos do tipo (vontade de realizar a ação típica). O dolo abrange o fim visado pelo agente, os meios empregados e as conseqüências secundárias vinculadas à relação meio-fim (dolo de conseqüências necessárias). O conhecimento do dolo compreende a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexos causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação, dos elementos objetivos, das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto (tipo qualificado ou privilegiado) e dos elementos acidentais do tipo

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 152.

¹²⁶ MOSSIN, Heráclito. *Júri: crimes e processo*. São Paulo: Atlas, 1999, p.215-216.

¹²⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

objetivo. O dolo deve ser simultâneo à realização da ação típica. A vontade de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de influir no curso causal.¹²⁸

Para fins de elucidação de quais são os crimes dolosos contra a vida, o legislador atribuiu no Código Penal o Capítulo I, para que destes fossem tratados, por conseguinte, corrobora o Digesto Processual Penal fixando-lhe a competência a partir do descrito no artigo 74¹²⁹ do Código supra, que, incumbindo às Leis de Organização Judiciária a competência para apuração de crimes comuns, e fixando a competência pertinente ao Tribunal Popular privativamente nas modalidades consumadas ou tentadas dos seguintes artigos: 121, §§ 1º e 2º, que elencam o homicídio simples e suas modalidades na forma qualificada, 122, parágrafo único, que diz respeito ao induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio quando destas ações resultarem lesão corporal de natureza grave ou morte, 123, que trata do infanticídio, 124, que tipifica o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, 125 e 126, que fala do aborto provocado por terceiro sem e com o consentimento da gestante, respectivamente, e 127 que revela a forma qualificada, quando a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave, ou, se em razão destas ocasiona-se o óbito, todos os artigos do Código Penal Brasileiro e nos que lhes forem conexos.¹³⁰

Frise-se que não apenas aos crimes dolosos contra a vida tal competência é assegurada, condão deixado à lei para seu estabelecimento, por se tratar de cláusula pétrea, não sofre qualquer perigo de ser extinta pelo poder derivado, mas sim, ter suas atribuições ampliadas, pois sua missão é impedir o esvaziamento.¹³¹

E ainda, a partir de análise dos direitos e garantias fundamentais que deve ser de forma ampliativa, a competência constitucionalmente prevista configura-se

¹²⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1, p. 295.

¹²⁹ BRASIL. Decreto- Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal - Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri. § 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. ([Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948](#)) § 2º Se, iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada. § 3º Se o juiz da pronúncia desclassificar a infração para outra atribuída à competência de juiz singular, observar-se-á o disposto no art. 410; mas, se a desclassificação for feita pelo próprio Tribunal do Júri, a seu presidente caberá proferir a sentença (art. 492, § 2º). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>

¹³⁰ SOBRINHO, Mário de. Tribunal do Júri. *REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE FRANCA – Franca-SP*. v.8, n.14, p. 237-246, janeiro/ junho. 2005.

¹³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 156.

apenas o mínimo a ser estabelecido, facultando ao legislador estender por normas infraconstitucionais, as hipóteses de cabimento da atuação do Tribunal Popular.¹³²

Encontra-se então o cenário dos crimes conexos, haja vista ser viável que os jurados decidam condenar autor de crime de roubo ou de estupro bastando este ser conexo ao crime doloso contra a vida. Logo, se fosse a competência exclusiva, tal hipótese jamais seria possível.¹³³

E ainda, pode-se dizer que tal grupo de delitos escolhido, qual seja o dos crimes dolosos contra a vida é o único cabível a julgar, eis que tratam-se de crimes, como o homicídio por exemplo, delitos que qualquer um pode cometer, pois razões que porventura o motivem, possam estar insertas nas mais recônditas emoções e sentimentos do ser humano.¹³⁴

2.3.1 Dos Crimes Conexos e Continentes e foro por prerrogativa de função

Não obstante tratar o Código de Processo Penal da competência do Tribunal do Júri para o processamento dos crimes dolosos contra a vida faz-se pertinente tratar da eventual ocorrência juntamente a outras espécies de delitos, situação prevista nos artigos 76 e 77¹³⁵ do Código supra, que porventura resultam da união dos processos e, portanto, a prolação de uma única sentença.¹³⁶

É cediço dizer que tais espécies de tratamento processual não configuram verdadeira fixação de competência, mas sim, a mudança no que concerne ao seu processamento, equiparando-se, eventualmente, ao desaforamento, por exemplo. Quando da ocorrência de tais hipóteses, é preciso que se observem as normas contidas no artigo 78 do Código de Processo, especialmente a regra inserta em seu inciso I¹³⁷,

¹³² TASSE, Adel El. *Tribunal do Júri*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 30

¹³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 156.

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 156.

¹³⁵ BRASIL. Decreto- Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 76. A competência será determinada pela conexão: I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. Art. 77. A competência será determinada pela continência quando: I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

¹³⁶ TUBENHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 36.

¹³⁷ BRASIL. Decreto- Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: [Redação](#)

que denota a prevalência material da competência reservada ao Tribunal Popular sobre àquelas reservadas à Justiça Comum.¹³⁸

Entende-se, portanto, que acordo com o que ensina os citados artigos, haverá a *vis* atrativa dos crimes ao procedimento do júri, em razão da sua competência absoluta.

Releva-se tratar que, após a análise da instituição do Tribunal Popular, seu histórico, seus princípios basilares e suas formas de aplicação ao caso concreto, destarte, direciona-se ao tratamento de sua aplicação aos casos concretos, sua influência quanto à aplicação das súmulas 704 e 721 do Supremo Tribunal Federal como se verá a seguir.

[dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948](#)) I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri; [\(Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948\)](#). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >.

¹³⁸ TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 36.

3. DAS SÚMULAS 704 E 721 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao longo deste estudo foram analisadas em primeiro capítulo as premissas basilares que tratam da jurisdição e competência, desde os conceitos principiológicos até suas hipóteses de adequação ao caso concreto.

Tratou-se especialmente da abordagem da relevância do princípio do juiz natural, do devido processo legal e da celeridade, e seu liame direto quando da hipótese de ocorrência de conexão ou continência no processo quando houver na qualidade de corréu não possuidor de foro por prerrogativa de função quando se observar delito de competência constitucionalmente atribuída ao Tribunal Popular, tratado em segundo capítulo.

Ab initio, neste capítulo será ponderada a elaboração, interpretação e aplicação das súmulas 704 e 721 do Supremo Tribunal Federal, para tanto, será brevemente analisado o instituto da súmula, visando entrelaçar os conteúdos até então analisados e então demonstrar a impossibilidade de aplicação de tais enunciados por ferirem de forma clara os preceitos concretizados na Constituição Cidadã.

3.1 Conceito

Diante da quantidade excessiva de demandas, e por vezes, que tratavam de matérias similares, criou-se o instituto da súmula, visando essencialmente à promoção de mecanismo mais célere e eficiente quando do exame do caso concreto. Inicialmente, importa discorrer acerca da definição do que representa o enunciado de súmula jurisprudencial, especialmente no Supremo Tribunal Federal, neste sentido reporta Rodrigo Paladino Pinheiro:

“Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal é o enunciado pelo qual o tribunal inscreve o seu entendimento sobre questões que apresentem controvérsias na jurisprudência e sobre as quais o STF chegou a uma posição firme em face da sua composição contemporânea. É o pensamento dominante do Supremo Tribunal Federal em determinada época. Método que visa simplificar os julgados do egrégio Tribunal e divulgar a jurisprudência”.¹³⁹

Reservou tratamento a esta questão também o artigo 479 do Código de Processo Civil:

¹³⁹ÂMBITO JURÍDICO. *A súmula como ferramenta facilitadora do Direito* Rio Grande, 2012. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374>. Acesso em 16 de outubro de 2012.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Sua origem no Direito Brasileiro deu-se a partir da previsão contida no Regimento Interno do próprio Supremo Tribunal Federal em meados de 1963 por meio de emenda àquele Regimento. As razões que ensejaram a criação deste instituto foram, além do excesso de demanda, o desconhecimento das próprias decisões acerca das mesmas matérias.¹⁴⁰

Para tanto, observou-se que deveriam ponderar acerca de sua rigidez e a eficiência dos prejulgados, trazendo a solução medianeira para a questionada problemática o Enunciado de súmula jurisprudencial predominante do Supremo Tribunal Federal. Por óbvio, foi situação que chamou muita atenção, em razão da simplificação que sofreu o sistema jurisprudencial nacional, principalmente pela adoção de técnica oriunda do sistema *Common Law* em nosso complexo legislativo até então, predominantemente baseado no *Civil Law*, ou seja, orientações essencialmente nascidas de forma legislada.

Imprescindível aditar o entendimento do Ilustre Jurista, e àquele momento, Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, que em razão de sua atuação contrária aos interesses do governo, militar à época, teve estada relativamente curta na Corte Suprema, em que defendia arditosamente a adoção do método sumular para a configuração do sistema de fontes do Direito Brasileiro.¹⁴¹

Ex vi ponto de sua obra que relata o caráter que deve ser atribuído a tal instituto:

“(...) o que mais importa na Súmula é ser um método de trabalho, um instrumento de auto disciplina do Supremo Tribunal, um elemento de racionalização da atividade judiciária, que simplifica a citação de precedentes, elimina afanosas pesquisas e dispensa referencia

¹⁴⁰ ÂMBITO JURÍDICO. *A súmula como ferramenta facilitadora do Direito* Rio Grande, 2012. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374. Acesso em 16 de outubro de 2012.

¹⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Victor Nunes Leal: Militares tiraram a toga do inventor das súmulas*. Brasília, 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101820>. Acesso em 16 de outubro de 2012.

especial, tanto aos julgados que lhe servem de base, como aos posteriores que se limitarem a aplicar a Súmula.”¹⁴²

De forma mais específica, extrai-se da obra do Ilustre Ex-Ministro o seguinte excerto correlacionado ao tema deste estudo que ora se analisa:

“Importante ressaltar a difusão que teve a Súmula, como método de trabalho, pois este parece ser o seu aspecto de maior eficácia, suplantando mesmo a sua condição de repertório oficial da Alta Corte. Em certo sentido, pode-se dizer que o conteúdo da súmula passa para segundo plano, quando o comparamos com a sua função de método de trabalho, revestido de alguns efeitos processuais, que contribuem para o melhor funcionamento da justiça”.¹⁴³

Por certo, entende-se que o presente instituto não vincula o Magistrado a sua obrigatória aplicação, à luz do princípio do livre convencimento motivado do juiz, podendo influenciá-lo no momento de prolação da sentença. Ocorre que, após a edição da Emenda à Constituição n.º 4, foi possível a atribuição de efeito vinculante a estes enunciados, inclusive, estabelecendo procedimento para que as mesmas fossem elevadas a esta categoria. Contudo, tal efeito só seria possível àquelas que se submetessem a tal crivo.¹⁴⁴

Com efeito, a partir de tal possibilidade de atribuição de efeito vinculante aos enunciados de súmula, observa-se quase que formação legislativa, chegando a se cogitar a existência de certo ativismo judicial, se diz respeito à usurpação do Poder Legislativo ou não, não nos incumbe discutir, ponto que se releva apático ao estudo realizado neste trabalho.

Nos tópicos que se seguem serão tratadas questões pertinentes à elaboração, a origem em razão dos precedentes, a relevância, compatibilização e aplicação das súmulas 704 e 721 do Supremo Tribunal Federal.

3.2 Análise do Enunciado de Súmula 704 do Supremo Tribunal Federal

Inicia-se a análise da súmula 704 editada pelo Supremo Tribunal Federal, verificando seu conteúdo, que versa o seguinte: “Não viola as garantias do juiz natural, ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão

¹⁴²LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, v. 1 e v. 2, p.59

¹⁴³LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, v. 1 e v. 2, p.63

¹⁴⁴ UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Os limites constitucionais da aplicação da súmula 704 do Supremo Tribunal Federal*. Santa Catarina, 2009. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33793-44161-1-PB.pdf>>

do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.”, as ocasiões que originaram a súmula em questão se dão a partir de crimes que tem como agentes detentores de cargo público em crimes que atuam com não detentores.¹⁴⁵

3.2.1 Análise dos Precedentes Ensejadores da Criação do Verbete Sumular

Inicialmente deve-se fazer um cotejo analítico acerca dos precedentes que originaram a súmula em questão, quais sejam: RE 170125 com publicação no Diário de Justiça de 09 de junho de 1995, HC 68846 com publicação no Diário de Justiça na data de 16 de junho de 1995 (RTJ 157/563), HC 75841 publicado no Diário de Justiça em 06 de fevereiro de 1998, e por fim, HC 74573 com publicação no Diário de Justiça em 30 de abril de 1998.

Ademais, traz como referências legislativas o artigo 5º, e seus incisos LIII, LIV e LV do Texto Constitucional, que respectivamente tratam do juiz natural para a resolução da lide, a garantia do devido processo legal, e por fim, a preservação ao direito do contraditório e da ampla defesa, no que concerne à legislação infraconstitucional, artigo 79 do Código de Processo Penal, que analisa as hipóteses de conexão e continência e a conseqüente união dos processos.¹⁴⁶

Em suma, traz em análise casos em que ocorre julgamento de agentes detentores e não detentores de foro por prerrogativa de função pelo exercício de cargo público, conforme se pode extrair do aresto do Recurso Extraordinário 170125 ementado nos seguintes termos:

PENAL. CRIME CONTRA AUTARQUIA FEDERAL (INSS) IMPUTADO A JUIZ DE DIREITO, SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA, SERVIDORES DE AUTARQUIA FEDERAL E ADVOGADOS. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CF, ART. 96, III, E CPP, ART. 78, III.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 68.846-2, impetrado em favor de um dos recorridos, estabeleceu a competência do Tribunal de Justiça Estadual para julgar, nas hipóteses de conexão ou continência, as causas penais em que figure, dentre os acusados,

¹⁴⁵MACEDO, Claiton Renato Macedo. FISCHER, Douglas. *Considerações sobre a correta aplicação da Súmula 704 do STF*. REVISTA INTERESSE PÚBLICO - v.10 n.55, p.141 – 156, maio / junho de 2009.

¹⁴⁶BRASIL. Decreto- Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar;II - no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.§ 1º Cessará, em qualquer caso, a unidade do processo, se, em relação a algum co-réu, sobrevier o caso previsto no art. 152.§ 2º A unidade do processo não importará a do julgamento, se houver co-réu foragido que não possa ser julgado à revelia, ou ocorrer a hipótese do art. 461.Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >.

magistrado estadual, ainda que cometida em detrimento de bens, serviços ou interesse da União e de autarquias federais.

Recurso extraordinário de que não se conhece.

Como se vê, o presente Recurso Extraordinário quando em fase de conhecimento não conseguiu ultrapassar tal barreira, ao se referir a crimes contra o Sistema de Previdência Social cometido por detentores de foro por prerrogativa de função, quais sejam, magistrados e outros agentes que não detinham tal inviolabilidade, neste caso, advogados.

Ora, impele ressaltar que o *decisum* acima ementado remeteu a entendimento utilizado em *Habeas Corpus* que se observou a utilização da mesma linha de pensamento, haja vista certa similitude encontrada entre os casos em estudo, *ex vi* do citado HC 68.846-2, que também foi utilizado como precedente para a elaboração do presente enunciado em estudo, conforme se observa pela decisão nos seguintes termos ementada:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE QUADRILHA, PECULATO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA PRATICADOS CONTRA O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS) E SEGURADOS POR ACIDENTE DE TRABALHO, IMPUTADOS A JUIZ DE DIREITO, SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA, SERVIDORES DE AUTARQUIA FEDERAL E ADVOGADOS. DENÚNCIA OFERECIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE, DO ROL DOS ADVOGADOS DENUNCIADOS, DECRETADA PELO RELATOR E CONFIRMADA PELA CORTE.

ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A MEDIDA.

Denúncia acertadamente oferecida perante o Tribunal de Justiça, contra todos os acusados e por todos os crimes, federais e estaduais, em face dos princípios da conexão e continência, e tendo em vista, ainda, a jurisdição de maior graduação (art. 78, III, do CPP), reconhecida àquela Corte por força da norma do art. 96, III, da CF/88, dada a presença, entre os acusados, de um Juiz de Direito.

Custódia provisória plenamente justificada por conveniência da instrução criminal e para assegurar-se a aplicação da lei penal.

Ordem denegada.

Outro caso, também precedente basilar para a edição deste enunciado, foi o *Habeas Corpus* 74.573-3 do Rio de Janeiro, trazendo como Relator o Ministro Carlos Veloso, o qual restou ementa nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. “ESCÂNDALO DA PREVIDÊNCIA”. CRIMES DE QUADRILHA E PECULATO PRATICADOS CONTRA O INSS. CRIME IMPUTADO A JUIZ DE DIREITO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAR DEMAIS ACUSADOS. CF, ART. 96, III. CPP, ART. 78, III.

I – Competência do Tribunal de Justiça para julgar ação penal em que figure juiz de direito como um dos acusados. CF, art. 98, III.

II – Competência do Tribunal de Justiça para julgar os demais acusados, tendo em vista os princípios da conexão e continência e em razão da jurisdição de maior graduação. CPP, art. 78, III.

III – HC indeferido.

Neste último precedente também se encontrou similaridade com os casos acima ementados, para tanto, aplicando a mesma linha de raciocínio para seu tratamento.

Ora, quanto a estes três precedentes observou-se que o réu era membro do Poder Judiciário daqueles Estados e havia sido denunciado juntamente a outros agentes que não ocupavam cargos, e, portanto, não detinham o foro por prerrogativa de função.

Os casos dotaram, sempre, de certa semelhança em razão do bem juridicamente tutelado que havia sido lesado, qual seja a Previdência Social. Além disso, estavam sendo julgados, tanto os detentores de foro por prerrogativa de função quanto os que não os possuíam, perante os Tribunais de Justiça daqueles Estados, que após suscitarem o conflito de competência, em razão da conexão dos processos pela quantidade de réus, fixou-se o Tribunal de Justiça Estadual, conforme a própria Constituição Federal em seu artigo 96, inciso III¹⁴⁷ determina para o julgamento de juízes de direito, em face da Justiça Federal, com esteio no artigo 109, inciso IV¹⁴⁸,

¹⁴⁷BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art.96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

¹⁴⁸BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 109. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

representando hipótese desta última Justiça não configurar como foro especial por prerrogativa de função.

Tendo enfim, os Ministros decidido que sim, o Tribunal de Justiça seria o foro apropriado para o processamento e julgamento daquelas lides, sem que ferisse o Juiz Natural constitucionalmente instituído, em razão da escolha pela jurisdição de maior graduação, prevalecendo a competência *ratione personae* sobre as demais.

Outrossim, analisando precedente que também baseou a criação do verbete, envolvendo agentes também detentores com outros não detentores de foro por prerrogativa de função, mas em especial a qualidade dos cargos serem inerentes à funcionários do Ministério Público e Deputados Estaduais, que foram denunciados por corrupção passiva, em concurso de pessoas e concurso formal, alegando a supressão de instância e a infringência do preceito Constitucional garantidor do Juiz Natural para seu processamento, trouxe à concretização do enunciado no seguinte caso ementado conforme demonstra o *Habeas Corpus* 75.841-2 tendo como Relator o Ilustre Ministro Octávio Gallotti:

Habeas corpus impetrado por co-réus de autoridade sujeita à competência criminal originária de Tribunal de Justiça.

Em virtude da aplicação das normas processuais relativas à conexão e continência, estende-se essa competência aos acusados que não gozem de foro por prerrogativa de função, estabelecida pela Constituição Federal.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RECr 86.079; RTJ 90/961; PET 760; RTJ 155/722; HC 68.846 (RTJ 157/563).

Neste precedente, avaliou ainda o Relator supra mencionado:

“A razão não assiste à impetração. Não há como se confundir Juízo Natural com Juízo de primeiro grau. Nenhuma regra existe que estabeleça a exclusividade do Juízo de primeiro grau, como Juízo Natural. Impõe-se a compatibilização das garantias constitucionais, para que os princípios determinantes da competência não sejam tidos como derogados. O privilégio de foro não exclui os princípios garantidores do Juízo Natural, que se transfere para o segundo grau, ante a adequação das regras e princípios determinantes, donde a assertiva de que Juízo Natural é o Juízo competente.”

Ainda, para corroborar a explicação acerca da criação do Enunciado, elucidou o Ministro Ilmar Galvão no Recurso Extraordinário 170.125 da seguinte forma:

“O presente recurso extraordinário tem por único fundamento a incompetência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para o processamento e julgamento das infrações penais praticadas contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Sucedo, porém, que o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 2 de outubro de 1991, ao julgar o **Habeas Corpus** nº 68.846-2, impetrado em favor de um dos co-denunciados, estabeleceu a competência daquela Corte para julgar, nas hipóteses de conexão ou continência, as causas penais em que figurem, dentre os acusados, magistrado estadual, ainda que cometidas em detrimento de bens, serviços ou interesse de autarquia federal”.

Contudo, pelo que se observa ao analisar tais precedentes, procurou-se entender fudamentadamente a razão ensejadora da edição deste enunciado, a decisão foi tomada de forma unânime, restando bastante elucidativo trecho de voto proferido pelo Ilustre Ministro Celso de Mello quando da decisão do *Habeas Corpus* 68.846, que ensinou:

“Ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judicial competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas – que representam limitações expressivas aos poderes do Estado – consagrou, agora de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural.

O art. 5º, LIII, da Carta Política, prescreve que ‘ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente’.

(...)

Essa prerrogativa de foro, que é estabelecida ‘*ratione personae vel muneris*’, não significa foro privilegiado. ‘Foro por prerrogativa de função’ – assinalou o Supremo Tribunal Federal – ‘não é foro privilegiado’ (RTJ 90/950).

(...)

É preciso salientar, neste ponto, que a análise do tema suscitado por esta impetração há de ser feita a partir de categoria exclusivamente constitucionais, não se revelando útil, para se lhes obstar a incidência, a invocação de regras infraconstitucionais, de caráter meramente comum ou ordinário. Ou, em outras palavras, não podemos submeter o princípio constitucional do juiz natural à normatividade positivada em textos de legislação meramente ordinária, para, desse modo, afetá-lo em seu conteúdo e em sua aplicação.

Normas processuais ordinárias, de extração meramente legal, não podem, em suma, inibir, sob pena de inadmissível conflito hierárquico-normativo, a eficácia e a aplicabilidade de preceitos constitucionais que, por sua natureza mesma, revestem-se de um mais elevado grau de positividade jurídica.

Ora, hodiernamente é forçoso ressaltar que, por mais que tenha ficado clara a proposta conferida à súmula, qual seja, é mister dizer que tornou-se automática sua aplicação e por vezes de forma despida de maiores cuidados, extrapolando seu real sentido. Conforme se pode demonstrar por meio de decisões baseadas no verbete e pelo que se vê, análise realizada superficialmente:

“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ILEGITIMIDADE DE DEPOIMENTO. EXAME DE PROVA. ATRAÇÃO POR CONEXÃO DO PROCESSO DO CORRÉU AO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DE UM DOS DENUNCIADOS.

I. - A alegação de ilegitimidade de depoimento por suspeição implica exame de prova, o que não se admite nos estreitos limites do habeas corpus.

II. - Sendo um dos denunciados desembargador, possuidor de foro por prerrogativa de função, os demais coautores serão processados e julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, tendo em conta a conexão. Súmula 704-STF.

III. - H.C. Indeferido” (HC 84.465/PI, Relator o Ministro Carlos Velloso, j. 26.10.2004, 2ª Turma)

Neste caso, Desembargador, que constitucionalmente é processado perante o Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁹, e Promotor Público¹⁵⁰, pelo Tribunal de Justiça Estadual, estavam sendo processados pelo Superior Tribunal de Justiça, em razão da conexão da causa pela atração para a jurisdição de maior graduação conforme preceitua artigo 78, III do Código de Processo Penal.

Ocorre que, observou-se mais uma reiteração de julgados, onde as linhas adotadas para a solução dos conflitos, foram exatamente de encontro à garantia do Juiz Natural estabelecida pela Constituição, como acima foi visto, determinando foros diferenciados para a apuração dos fatos cometidos pelos agentes, separadamente.

¹⁴⁹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 105. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

¹⁵⁰BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

E ainda, todos os precedentes vistos lastreavam-se em casos que eram julgados detentores de foro e não detentores, o que majoritariamente, não tem percebido na aplicação do Enunciado de súmula aos julgados, mais uma vez, deixando clara a violação ao princípio do Juiz Natural.

Neste sentido entendem Douglas Fischer e Claiton Renato Macedo:

“Em nosso sentir, muitas decisões jurisprudenciais têm-se limitado a reproduzir julgados anteriores, sem analisar com visão crítica a correção ou não daquilo já decidido, bem assim se os enunciados tidos como correntes efetivamente estão corretos e se respeitam (ou não) os princípios e regras constitucionais”.¹⁵¹

O entendimento adotado para a reunião dos processos, por vezes passam longe da melhor interpretação atribuída aos institutos da conexão e continência.¹⁵²

Aprofundando ainda mais para o estudo desta monografia, impõe-se a hipótese de ocorrência quando do cometimento de crime doloso contra a vida, em que os precedente basilares para a criação não se referiram, mas demonstraram-se aplicados de forma indiscriminada, como à frente se verá de forma ementada. Posicionamento amplamente criticado por Fernando Capez:

“É que leis infraconstitucionais, como dispositivos do Código de Processo Penal, que prevêm o deslocamento da competência e conseqüente reunião de processos pela conexão ou continência, não podem se sobrepor às regras constitucionais de fixação de competência.”¹⁵³

Reitera Eugenio Oliveira Pacelli, abordando para tanto a hipótese de um deputado federal e outro agente não detentor de foro por prerrogativa de função cometerem crime doloso contra a vida, e por mais que a própria Constituição conceda a si a possibilidade de aplicação de certas regras suas em detrimento de outras.

Neste caso, inclusive deixando de se aplicar a súmula 704 do Pretório Excelso, mesmo que incorra em eventual prejuízo, prezando pela separação dos processos e resolução célere do problema.

¹⁵¹ MACEDO, Claiton Renato Macedo. FISCHER, Douglas. Considerações sobre a correta aplicação da Súmula 704 do STF. *REVISTA INTERESSE PÚBLICO* - v.10 n.55, p.141 – 156, maio / junho de 2009.

¹⁵²MACEDO, Claiton Renato Macedo. FISCHER, Douglas. Considerações sobre a correta aplicação da Súmula 704 do STF. *REVISTA INTERESSE PÚBLICO* - v.10 n.55, p.141 – 156, maio / junho de 2009.

¹⁵³CAPEZ. Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 285.

Nesse sentido, Pacelli leciona:

“A solução, a nosso aviso, passa pelo reconhecimento de uma jurisdição absolutamente singular, que é aquela exercida pelo Tribunal do Júri. Ao contrário das demais, eminentemente técnicas, pode-se afirmar que a jurisdição exercida pelo Conselho de Sentença é, na realidade, uma jurisdição popular, em que o homem é julgado pelos seus pares. Por essa razão preponderante, e não por uma necessidade de afirmação da prevalência do juiz natural, é que entendemos conveniente e mesmo necessária a separação dos processos, ainda que haja prejuízo para a unidade e coerência das decisões judiciais.”¹⁵⁴

Então, quando a discussão ultrapassar o âmbito do questionamento apenas em razão da matéria e alcançar as prerrogativas por função, medidas deverão ser tomadas, qual seja a efetiva cisão processual! Primordialmente a fim de que se resguarde o respeito aos Princípios, essencialmente o do Juiz Natural, contidos na Carta Federal, como estudado no Capítulo 1, caso não aconteça, ensejando em sua consequência, a anulação do processo.

Em caso de crime doloso contra a vida em que um dos agentes, onde um é detentor de foro especial por prerrogativa de função, e outro não, em que nos casos aduzidos a competência permanece com o tribunal do Júri, alegando a prevaecimento do juiz natural, há que se falar que a decisão encontra supedâneo constitucional, não podendo sobrepor preceitos decorrentes de natureza legal infraconstitucional.

Para elucidar, uma ementa que trata justamente da hipótese em comento:

“COMPETÊNCIA. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. ATRACÃO POR CONEXÃO DO CO-RÉU AO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. 1. Tendo em vista que um dos denunciados por crime doloso contra a vida é desembargador, detentor de foro por prerrogativa de função (CF, art. 105, I, a), todos os demais co-autores serão processados e julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, por força do princípio da conexão. Incidência da Súmula 704/STF. A competência do Tribunal do Júri é mitigada pela própria Carta da República. Precedentes. 2. HC indeferido.

(HC 83583, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 20/04/2004, DJ 07-05-2004 PP-00047 EMENT VOL-02150-02 PP-00280)”

Como se vê, o foro por prerrogativa de função não impede, na maioria dos casos, a atração perante aquele tribunal dos demais acusados.

¹⁵⁴OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 221.

É imprescindível destacar que normas infraconstitucionais não podem modificar a competência expressamente fixada pela Constituição, corroborando para que a proteção ao princípio do Juiz Natural, da celeridade e da ampla defesa sejam efetivamente respeitados, logo, reforçando a necessidade da correção do modo de aplicação da súmula, não bastando a uma análise perpassando ao arrepio da Lei.

E ainda, como assinala Catherine Grimm:

“O juiz, ao analisar o caso concreto para julgamento, pode se convencer de que, a despeito da aparente aplicabilidade de determinada súmula ao mesmo, estão ausentes um ou mais pressupostos fáticos ou jurídicos essenciais à sua aplicação. Por força do princípio do livre convencimento do juiz e da persuasão racional do juiz, o magistrado pode deixar de aplicar a súmula naquele caso concreto”.¹⁵⁵

Portanto, defendemos a cisão do processo para que cada agente seja julgado perante seu Tribunal Constitucionalmente previsto e pertinente à resolução da lide, lembrando claramente o enunciado do artigo 80 do Código de Processo Penal¹⁵⁶. Sendo imprescindível que o aplicador da norma conheça os precedentes da Súmula 704 do Pretório Excelso, caso haja a disparidade entre o caso concreto e a regra constitucional a ser aplicada, que seu emprego seja evitado.

3.3 Da Súmula 721 do Supremo Tribunal Federal

Ora, inicia-se a análise da súmula 721 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”. Possibilidade atribuída pela Constituição Cidadã em seu artigo 125¹⁵⁷ às Constituições elaboradas em âmbito estadual.

Ocorre que, logo no primeiro parágrafo¹⁵⁸ do artigo 125, a Carta Maior concede aos Estados a organização de sua Justiça e a elaboração de suas Constituições.

¹⁵⁵UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Os limites constitucionais da aplicação da súmula 704 do Supremo Tribunal Federal*. Santa Catarina, 2009. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33793-44161-1-PB.pdf>>

¹⁵⁶BRASIL. Decreto- Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 80. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

¹⁵⁷BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 105. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

¹⁵⁸BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 125, §1º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

O enunciado ora em tela, teve como data como momento de aprovação a sessão plenária realizada no dia 24 de setembro de 2003, trazendo como precedentes basilares à sua elaboração os seguintes: HC 69325, publicado no Diário de Justiça em 04 de dezembro de 1992 (RTJ 143/925); HC 79212, com publicação do Diário de Justiça à data de 17 de setembro de 1999 (RTJ 171/264), e por fim, o HC 78168, publicado no Diário de Justiça em 29 de agosto de 2003.

E ainda, apresenta como referência legislativa o artigo 5º Constitucional, inciso XXXVIII, *alínea* “d”, e, artigo 125, § 1º também da Constituição Federal, que permite às Constituições Estaduais a fixação da competência do Tribunal Estadual.

De forma clara, objetiva a súmula estabelecer o tratamento a ser direcionado àqueles agentes detentores de cargos públicos, portanto, de foro por prerrogativa de função, que cometeram crime doloso contra a vida, com a ressalva de que o órgão direcionado à apuração do caso tenha sido posto objeto legal que não previsto na Constituição Cidadã.

Conforme trata a própria Constituição Federal, quando o agente que possua cargo que legalmente o faça gozar do foro por prerrogativa de função, caso haja o cometimento de crime doloso contra a vida, sua persecução penal será realizada por aquele órgão que a Carta Magna tiver previsto para aquele cargo em especial, excluindo, então, a competência do Tribunal Popular, encontrando respaldo na própria Lei Maior.¹⁵⁹

Neste sentido, Maíra Carvalho Luz reitera:

“Isso significa que a regra de competência do Tribunal Popular não é absoluta, pois sempre que houver instituição de competência especial por prerrogativa de função na Constituição Federal, haverá o afastamento da norma geral. É o que acontece nos art. 29, X, da CF, em que o Prefeito será julgado pelo Tribunal de Justiça; art. 96, III, da CF, que prevê que Juízes e Promotores também serão julgados pelo Tribunal de Justiça; art. 102, I, b e c , art. 105, I, a, e art. 108, I, da CF/88.”¹⁶⁰

3.3.1 Da análise dos precedentes

¹⁵⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Comentários à jurisprudência*. Brasília, 2007. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27699/limites_constitucionais_competencia_p_rerrogativa.pdf?sequence=1>. Acesso em 16 de outubro de 2012.

¹⁶⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Comentários à jurisprudência*. Brasília, 2007. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27699/limites_constitucionais_competencia_p_rerrogativa.pdf?sequence=1>. Acesso em 16 de outubro de 2012.

Inicialmente nos impele trazer à vista o caso constante do *Habeas Corpus* 69325-3, tendo como Relator o Ministro Néri da Silveira, que restou nestes termos ementado:

COMPETÊNCIA – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA- CO-AUTORIA – FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DE UM DOS ACUSADOS – INEXISTÊNCIA DE ATRAÇÃO – PREVALÊNCIA DO JUIZ NATURAL – TRIBUNAL DO JÚRI – SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS.

1. A competência do Tribunal do Júri não é absoluta. Afasta-se a própria Constituição Federal, no que prevê, em face da dignidade de certos cargos e da relevância destes para o Estado, a competência de tribunais – artigo 29, inciso VIII; 96, inciso III; 108, inciso I, *alínea* “a”; 105, inciso I, *alínea* “a” e 102, inciso I, *alíneas* “b” e “c”.
2. A conexão e a continência – artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal – não consubstanciam formas de fixação de competência, mas de alteração, sendo que nem sempre resultam na unidade de julgamentos – artigos 79, incisos I, II e §§ 1º e 2º e 80 do Código de Processo Penal.
3. O envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro como tal definida constitucionalmente, não afasta, quanto ao outro, o juiz natural revelado pela *alínea* “d” do inciso XXXVIII do artigo 5º da Carta Federal. A continência, porque disciplinada mediante normas de índole instrumental comum, não é conducente, no caso, à reunião dos processos. A atuação de órgãos diversos integrantes do Judiciário, com duplicidade de julgamento, decorre do próprio texto constitucional, isto por não se lhe poder sobrepor preceito de natureza estritamente legal.
4. Envolvidos em crime doloso contra a vida conselheiro de tribunal de contas de município e cidadão comum, biparte-se a competência, processando e julgando o primeiro o Superior Tribunal de Justiça e o segundo o Tribunal do Júri. Conflito aparente entre as normas dos artigos 5º, inciso XXXVIII, *alínea* “d”, 105, inciso I, *alínea* “a” da Lei Básica Federal e 76, 77 e 78 do Código de Processo Penal.
5. A avocação do processo relativo ao co-réu despojado da prerrogativa de foro, elidindo o crivo do juiz natural que lhe é assegurado, implica constrangimento ilegal, corrigível na via do *habeas-corpus*.

Tratou-se de paciente denunciado pela prática de homicídio em coautoria com seu genitor, que exercia o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, tendo sua competência para processamento fixada ao Superior Tribunal de Justiça.

Neste caso, precedente basilar à criação do verbete sumular, diversamente do que se observou com a súmula 704 do Pretório Excelso, os votos para

a construção desta não foram unânimes, devendo-se ressaltar grande embate teórico ocorrido entre os Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio Mello.

Em que pese o primeiro defender a união dos processos, levando em consideração a fixação de competência de maior graduação para o julgamento das lides, e ainda, reiterando a possibilidade da derrogação da competência Constitucional atribuída ao Tribunal do Júri, em que, em razão do foro por prerrogativa de função de um dos corréus a situação de terceiro seria atraída sem houvesse qualquer prejuízo aos preceitos afirmados pela Lei Maior.

Neste sentido, afirmando o Ministro Néri da Silveira:

“Não tenho, *data vênia*, como precedente a fundamentação da inicial. É da jurisprudência desta Corte, no exercício de sua competência originária, que os co-réus de autoridade sujeita à sua jurisdição criminal, respondem, pelos mesmos fatos, perante esta Corte. Não se faz, na espécie, exclusão dos delitos dolosos contra a vida. A norma do art. 5º, XXXVIII, letra ‘d’, da Constituição Federal, não impede a incidência, nem do art. 102, I, letras ‘b’ e ‘c’, nem do art. 105, I, letra ‘a’, nem do art. 108, I, letra ‘a’, nem, ainda, do art. 96, III, ou do art. 29, VIII, todos da Lei Magna da República, onde se contemplam regras dispendo sobre foro por prerrogativa de função. Assim, acusada de homicídio, será qualquer das autoridades, a que se referem os dispositivos maiores aludidos, processada e julgada no Tribunal competente e não no Tribunal do Júri. Também a regra do art. 5º, XXXVII, letra ‘d’, da Constituição, não impede incidam as normas referentes à conexão ou continência, determinando-se a competência na conformidade dos preceitos do Código de Processo Penal. Dessa maneira, no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação.

Importante arrolar o entendimento do Ministro Marco Aurélio de Mello, que norteou a criação do enunciado e nosso entendimento:

“Senhor Presidente, impossível é sobrepor continência, passível de afastamento uma vez atendidos preceitos da legislação ordinária, à garantia constitucional do julgamento pelo Tribunal do Júri, a consubstanciar, como já disse, o juiz natural do Paciente. No caso, não prevalece a denominada *vis atrativa*, porque, a decorrer simplesmente da legislação ordinária, encontra óbice maior na própria Lei Básica Federal. Diante desta, se ao Superior Tribunal de Justiça compete julgar o pai do Paciente, porque Conselheiro Municipal aposentado, não lhe cabe, considerada unicamente a continência – e apenas esta fez-se em jogo -, o julgamento deste último, porque a própria Carta lhe assegura a submissão aos iguais.”

Igualmente, corrobora o *Habeas Corpus* 79212, tendo como Relator o Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio trazendo em destaque a seguinte ementa:

COMPETÊNCIA – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA – PROCURADOR DE CORTE DE CORTE DE CONTAS DE ESTADO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida é mitigada

pela própria Carta da República, no que prevista prerrogativa de foro, tendo em conta a dignidade de certos cargos e a relevância destes para o Estado. Simetria a ser observada, visto que o Diploma Maior local rege o tema em harmonia com a Carta Federal, no que esta revela a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar, nos crimes comuns, os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União. Precedentes: *Habeas Corpus* nº 78.168, Segunda Turma, Relator Ministro Néri da Silveira e *Habeas Corpus* nº 69.325, Pleno, no qual fui designado Redator.

Neste caso o Ministro Relator remeteu-se à aplicação do precedente anteriormente anunciado, corroborando para a resolução do conflito da competência, baseando-se nas normas constitucionais levando-se em conta a simetria e sua adequação.

No seguinte precedente, como se vê, o foro por prerrogativa de função foi estabelecido em razão da Constituição Estadual, não existindo respaldo na Constituição Federal para sua prevalência, portanto, naquele caso, ao confrontar-se com a competência do Tribunal do Júri, perdeu sua eficácia.

Veamos, a ementa de mais um precedente que originou a criação do verbete, HC 78.168-7, tendo como Relator, também o Ministro Néri da Silveira:

Habeas corpus. 2. Procurador do Estado da Paraíba condenado por crime doloso contra a vida. 3. A Constituição do Estado da Paraíba prevê, no art. 136, XII, foro especial por prerrogativa de função, dos procuradores do Estado, no Tribunal de Justiça, onde devem ser processados e julgados nos crimes comuns e de responsabilidade. 4. O art. 136, XII, da Constituição da Paraíba, não pode prevalecer, em confronto com o art. 5º, XXXVIII, letra *d*, da Constituição Federal, porque somente regra expressa da Lei Magna da República, prevendo foro especial por prerrogativa de função, para autoridade estadual, nos crimes comuns e de responsabilidade, pode afastar a incidência do art. 5º, XXXVIII, letra *d*, da Constituição Federal, quanto à competência do Júri. 5. Em se tratando, portanto, de crimes dolosos contra a vida, os procuradores do Estado da Paraíba não de ser processados e julgados pelo Júri. 6. *Habeas Corpus* deferido para anular, *ab initio*, o processo desde a denúncia inclusive, por incompetência do Tribunal de Justiça do Estado, devendo os autos ser remetidos ao Juiz de Direito da comarca de Taperoá, PB, determinando-se a expedição de alvará de soltura do paciente, se por al, não houver de permanecer preso.

Reitera o posicionamento, o voto proferido pelo Ministro-relator ainda neste sentido:

“Posto agora o art. 136, XII, da Constituição da Paraíba, em confronto com o art. 5º, XXXVIII, *d*, da Constituição Federal, não pode prevalecer, porque somente regra expressa da Constituição Federal, prevendo foro especial por prerrogativa de função, para autoridade estadual, por crimes comuns e de responsabilidade, pode afastar a

incidência do art. 5º, XXXVIII, *d*, da Lei Magna, quanto à competência do Júri. Tenho, em conseqüência, como parcialmente inconstitucional o art. 136, XII, da Carta paraibana, pois lhe dou interpretação conforme à Constituição, para excluir de sua abrangência os crimes dolosos contra a vida. Os Procuradores do Estado devem ser julgados nesses crimes, pelo tribunal do júri. Não cabe, porém, em controle difuso, a solução da interpretação conforme, que leva à declaração parcial da invalidade da norma, sem redução de texto, própria do controle concentrado de inconstitucionalidade.”

De modo diverso ao nosso, visando pela junção dos processos, entende Fernando da Costa Tourinho Filho, que leciona:

“Contudo, guardamos reserva a respeito da Súmula 721 do STF. Se o foro pela prerrogativa de função necessariamente deve situar-se no 2º grau de jurisdição, como reconhecido pela Suprema Corte – *RTJ*, 91/62 (entendimento que serviu de inspiração para a elaboração da Súmula 702 do STF), e sendo o Tribunal de Justiça o órgão de 2º grau do Tribunal do Júri, logo, é evidente que a competência para julgar as pessoas que têm foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual, nos crimes dolosos contra a vida, é do próprio Tribunal de Justiça. A não vingar esse entendimento, tais pessoas devem também ser julgadas pelo órgãos inferiores das Justiças Federal e Eleitoral, cuja competência, à semelhança do Júri, tem sede na Constituição.”¹⁶¹

Contudo, nos parece mais viável concordar com o que leciona Maria Lúcia Karam, em que defende não ser possível, quando da vinculação das causas, sobrepuserem às normas erigidas na Constituição que materializam o princípio do juiz natural, e ainda, a atuação isolada pelos órgãos jurisdicionais decorre justamente do teor da regra contida na Lei Maior, para tanto: “quando em confronto com regra constitucional sobre competência, a conexão de causas deixa de ser fator determinante da competência, não podendo levar à reunião das ações.”

Por fim, reiteramos neste sentido, a súmula se criou de forma correta, e sua atual aplicação tem seguido nesta linha.

¹⁶¹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011 p. 353

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 elenca em seu texto os principais ditames para adequação das normas ao caso concreto, entre eles, os princípios, como foi visualizado neste estudo, o do juiz natural, sistema basilar para qualquer cidadão que venha a ser processado, atribuição de segurança jurídica.

Não apenas proteção aos seus direitos intrínsecos, mas também o dever que se impõe de sê-lo respeitado em qualquer que seja a ocasião, primordialmente, no caso deste estudo, no Âmbito penal, cujo principal enfoque que se trata, é o do agente que está sendo processado.

A partir do respeito a tal princípio, conseqüentemente eleva-se a garantia de outros direitos a quem se processa, o respeito à celeridade, ao real e efetivo exercício de suas defesas, a identidade física ao juiz que lhe processa, entre outros fatores, inclusive a obediência aos critérios de fixação da competência atribuídos a seu caso concreto.

Critérios tais, fixados não apenas em âmbito geral, protegido pela própria Carta Constitucional, mas também, em suas espécies infraconstitucionais, baseando em grande parte, no Código de Processo Penal, principalmente em seu artigo 69, estabelecendo diversos critérios para sua fixação.

Dentre tais critérios, observam-se os absolutos, e em exceção, o relativo, quando da incidência de ação penal privada, onde será possível a escolha do foro para o efetivo processamento. Ocorre que, como último critério, se vê o do foro por prerrogativa de função.

Foro este, que possibilita a órgãos diversos a apuração e julgamento de pessoas detentoras em razão do cargo que exercem, a determinação de critério diferenciado de seu processamento. Diante disso, vislumbrou-se a ocorrência de tais fatos delituosos ocorrerem em coautoria, principalmente, quando este outro agente não fosse detentor de cargo que o permitisse tal prerrogativa.

Neste caso, parte-se para a análise da possível reunião dos processos dos agentes, detentores e não detentores, estudando-se a plausibilidade e esteio legislativo para a ocorrência de tal possibilidade.

Especificando-se, passa a tratar da instituição mais popular e democrática, constitucionalmente protegida, o Tribunal do Júri popular, desde sua historicidade, seus princípios, propriamente elencados, até sua repercussão trabalhada pela Carta Cidadã

desta República e a abrangência de sua competência, concernente não apenas aos crimes dolosos contra a vida, mas também a abrangência de sua competência, qual seja, os crimes conexos.

Conceitua-se o instituto das súmulas, que resultaram da reiteração de julgamentos acerca de matéria idêntica, e para que não houvesse maior afogamento dos tribunais, enquadra-se ao seu contexto histórico e a razão que ensejou a criação deste instituto.

Passando então à análise da súmula 704 do Supremo Tribunal Federal, que trata da atração por continência ou conexão das causas ao juízo de maior graduação, quando um dos corréus possui foro por prerrogativa de função. Ocorre que, é evidente o prejuízo, em que deve-se ressaltar, ocorre a elevação de uma norma infraconstitucional em detrimento de um princípio constitucional, qual seja o do Juiz Natural.

Não obstante o problema citado, suas aplicações revestem-se de arbitrariedades, não levando em consideração os precedentes e o contexto norteador da criação do verbete, demonstrando sua adequação a casos em que nada correspondem a sua criação, pretendendo, sua reavaliação, mesmo que esta não seja possível, pelo menos maior acuidade do magistrado quando da sua aplicação.

Defendendo veementemente a cisão dos processos, para que cessem irregularidades, e cada agente seja julgado não apenas em razão de suas qualidades intrínsecas, mas essencialmente, pelo seu juiz natural constitucionalmente determinado.

Por fim, ao estudar a súmula 721 também do Pretório Excelso, vê-se a relação não apenas quanto aos precedentes utilizados para sua criação, mas também, quanto à aplicação ao caso concreto.

Concluindo-se que mesmo que não havendo por unânime os votos ensejadores de sua criação, respeitou-se os contornos constitucionais da cisão processual quando a Lei Maior assim o determinou, elevando, então simples aplicação do princípio do juiz natural.

REFERÊNCIAS

- BRASIL.** Código de Processo Penal. **5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.**
- BRASIL.** Constituição Federal da República Federativa do Brasil. **46. ed.**
- CHEDID, Luciano; WEBER, Luciana. *Noções Introdutórias de Teoria Geral do Processo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- CHEDID, Luciano; WEBER, Luciana. *Noções Introdutórias de Teoria Geral do Processo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- MARQUES, José Frederico. Da competência em matéria penal. – Campinas : Millennium, 2000.
- Lezioni*, vol. II, nº 291.
- CARNELUTTI, *Lezione*, PP. 244 e 245. Sobre a absorção da competência pelo valor da causa, na competência material, cf. Alcalá-Zamora e R. Levene, h., (op. Cit., vol. I, pp. 310 e 311) e Clariá Olmedo, (*Competencia Penal en la República Argentina*, 1945, p. 94).
- FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal.* 1952, vol. I.
- MACHADO, Angela C. Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Processo Penal.* São Paulo: Prima Cursos Preparatórios, 2004.
- FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro.* Brasília : Brasília Jurídica, 2006.
- FERNANDES, Antonio Escarance. *Processo Penal Constitucional.* – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades.* – São Paulo : Saraiva, 1989.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal.* -14. ed.- São Paulo : Saraiva, 2011.
- TORNAGUI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976, v. 2.
- CAMARGO SOBRINHO, Mário de. *Tribunal do Júri.* REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE FRANCA – Franca-SP. v.8, n.14, p. 237-246, janeiro/ junho. 2005.
- SOBRINHO, Mário de. *Tribunal do Júri.* REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE FRANCA – Franca-SP. v.8, n.14, p. 237-246, janeiro/ junho. 2005.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. – 16. ed. atual. de acordo com as Leis nº 12.403, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. – São Paulo : Atlas, 2012;

TASSE, Adel El. *Tribunal do Júri*. – Curitiba : Juruá, 2004.

MOSSIN, Heráclito. *Júri: crimes e processo*. São Paulo : Atlas, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

BRITO, Orlande Maria. *Imunidade parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº35, de 2001*. R. Informação Legislativa. Brasília a. 44, n. 173, p. 239 – 254, jan./mar. 2007.

CALÇADO, Gustavo Silva. *Imunidades Parlamentares*. R. Jur. UNIJUS, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.261-286, novembro, 2008.

MACEDO, Claiton Renato Macedo. FISCHER, Douglas. *Considerações sobre a correta aplicação da Súmula 704 do STF*. REVISTA INTERESSE PÚBLICO - v.10 n.55, p.141 – 156, maio / junho de 2009.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Comentários à jurisprudência*. Brasília, 2007.

Disponível

em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27699/limites_constitucionais_competencia_prerrogativa.pdf?sequence=1>. Acesso em 16 de outubro de 2012.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Os limites constitucionais da aplicação da súmula 704 do Supremo Tribunal Federal*. Santa Catarina, 2009. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33793-44161-1-PB.pdf>>