



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

NILSON MARCELO DOS SANTOS

**A COMPETÊNCIA PENAL PARA PROCESSAR E JULGAR CIDADÃOS COMUNS
EM COAUTORIA COM QUEM TEM FORO POR PRERROGATIVA DE
FUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Brasília
2013

NILSON MARCELO DOS SANTOS

**A COMPETÊNCIA PENAL PARA PROCESSAR E JULGAR CIDADÃOS COMUNS
EM COAUTORIA COM QUEM TEM FORO POR PRERROGATIVA DE
FUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito e Prática Processual nos Tribunais Superiores.

Orientador: Prof. Dr. José Theodoro Correa de Carvalho.

Brasília

2013

NILSON MARCELO DOS SANTOS

**A COMPETÊNCIA PENAL PARA PROCESSAR E JULGAR CIDADÃOS COMUNS
EM COAUTORIA COM QUEM TEM FORO POR PRERROGATIVA DE
FUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito e
Prática Processual nos Tribunais
Superiores.

Orientador: Prof. Dr. José Theodoro
Correa de Carvalho.

Brasília, ____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora

Prof^ª. Dr^ª. Tânia Cristina da Silva Cruz

Prof. Me. André Pires Gontijo

“[...] Ainda que a figueira não floresça, nem haja fruto na vide; o produto da oliveira minta, e os campos não produzam mantimento; as ovelhas sejam arrebatadas do aprisco, e nos currais não haja gado, todavia, eu me alegro no SENHOR, exulto no Deus da minha salvação. O SENHOR Deus é a minha fortaleza, e faz os meus pés como os da corça, e me faz andar altaneiramente (Livro do Profeta Habacuque, Capítulo 3, Versículos 17-19).”

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, quero dar graças ao Deus Todo Poderoso por ter me abençoado com saúde, disposição e sabedoria para fazer este trabalho de pesquisa acadêmica e também por ter me presenteado com uma família que amo muito: minha esposa Sueli Alves Bezerra e meu filho Eduardo Alves Bezerra Santos. Também quero agradecer aos meus irmãos da Igreja Presbiteriana do Setor Sudoeste pelas orações de intercessão. Quero agradecer, ainda, aos meus colegas da Seção de Processos Originários Criminais do STF por ter tocado o barco durante a minha licença capacitação. Agradeço, igualmente, aos meus professores da pós-graduação e, para não ser injusto com algum em caso de esquecimento, agradeço a todos por atacado. Agradeço de maneira mais próxima ao meu orientador, Professor José Theodoro Correa de Carvalho pelos brilhantes apontamentos e correções deste trabalho. Também agradeço ao Dr. Gilson Ciarallo pelas ótimas aulas de metodologia da pesquisa científica e pelo formulário da formatação da monografia e dicas excelentes que facilitaram sobremaneira a elaboração do texto.

“[...] O entendimento de que o pacto de São José da Costa Rica, nos artigos 8, h e 25, obrigaria os Estados a prover, no caso, duplo grau de jurisdição, constituiria interpretação extensiva da Convenção. A doutrina internacional, porém, adota, de regra, a interpretação restritiva dos tratados, principalmente quando a interpretação extensiva tiver como consequência limitações à soberania estatal ou a submissão do Estado a uma jurisdição internacional, arbitral ou permanente.”
CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO.

RESUMO

O julgamento do “Mensalão” (Ação Penal nº 470) foi de suma importância para o Brasil no combate à corrupção. No entanto, a condenação dos cidadãos comuns sem foro funcional deixou uma dúvida no que diz respeito à competência do Supremo Tribunal Federal. Este trabalho visa pesquisar, na jurisprudência e doutrina, fundamentos sustentáveis da competência penal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar cidadãos comuns acusados de cometerem crimes em co-autoria com autoridades que têm prerrogativa funcional pela atração por conexão e continência, como debatido no julgamento da Ação Penal nº 470. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada sobre o assunto na Súmula nº 704. Porém, segundo a doutrina e jurisprudência, ainda minoritárias, essa súmula precisa ser revista para serem processados e julgados no Supremo Tribunal Federal apenas as autoridades com foro funcional previsto constitucionalmente (artigo 102, Constituição Federal) e os cidadãos comuns no seu juízo natural: o de 1º grau de jurisdição. A ampliação da competência por lei ordinária (Código de Processo Penal), atraindo estes cidadãos comuns, fere os princípios do juiz natural, devido processo legal, isonomia e duplo grau de jurisdição, previsto este último no Pacto de São José da Costa Rica. Os vários julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre desmembramentos ou não de processos penais originários não têm critérios objetivos, claros, constitucionais, sendo casuístas e com bases infraconstitucionais. Após o julgamento do “Mensalão”, parece haver uma mudança de paradigma e adoção da interpretação de direito estrito (recomendada nesta pesquisa), como corroboram dois casos analisados pelo pleno posteriormente.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Competência por prerrogativa de função. Conexão e Continência. Cidadão Comum. Juiz Natural.

ABSTRACT

The trial of "Mensalão" (Criminal Action number 470) was of paramount importance to Brazil in combating corruption. However, the condemnation of ordinary citizens without functional court left a doubt in regard to the jurisdiction of the Supreme Court. This work aims to research in jurisprudence and doctrine, sustainable foundations of criminal jurisdiction of the Supreme Court to adjudicate citizens accused of committing crimes in co-authorship with authorities who have functional prerogative by attraction and connection continece, as discussed in the trial number 470 of the Criminal Action. Therefore, thanks to research the sites (electronic magazines and Supreme Court) and studies of the doctrines (the libraries). The Supreme Court has established law case on the subject in Docket number 704. However, according to the doctrine and jurisprudence, although minority, this summary must be revised to be investigated and prosecuted in the Supreme Court only provided authorities with constitutionally functional jurisdiction (Article 102, Federal Constitution) and the common people in their natural judgment: the 1st degree of jurisdiction. That extension of jurisdiction by law (Criminal Procedure Code), attracting these ordinary citizens hurt the principles of natural justice, due process, equality and double jurisdiction, provided the latter in the Pact of San José, Costa Rica. The various judgments of the Supreme Court on dismemberment or not of original criminal process have no objective criteria, of course, constitutional, and casuists and based infra-constitutionally. After the trial of the "Mensalão" there seems to be a paradigm shift in the interpretation and adoption of strict right (recommended in this study), as corroborated two cases.

Key words: Supreme Court. Competence by prerogative function. Connection and Continece. Common citizens. Judge Nature.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 A JURISDIÇÃO PENAL	12
1.1 Princípios da jurisdição	14
1.2 Princípio do juiz natural	17
1.3 Princípio do devido processo legal	23
1.4 Princípio da isonomia	25
1.5 Princípio do duplo grau de jurisdição	27
2 COMPETÊNCIA PENAL	36
2.1 Critérios para fixação de competência	36
2.2 Competência material	37
<i>2.2.1 Competência racione materiae</i>	37
<i>2.2.2 Competência racione personae</i>	38
<i>2.2.3 Competência racione loci</i>	43
2.3 Competência absoluta e relativa	45
2.4 Competência por conexão e continência	46
3 COMPETÊNCIA PENAL DO STF POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO	51

3.1 Evolução histórica e jurídica das decisões do STF no tocante a ex-ocupantes de função pública.....	52
3.2 Conexão e continência envolvendo pessoa com foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal e cidadão comum.....	55
3.3 Análise crítica da súmula 704 do STF e seus precedentes.....	63
3.4 Desmembramentos de processos originários pelo STF: casuísta.....	68
3.4.1 <i>A ação penal 470: o “mensalão”.....</i>	<i>71</i>
3.4.2 <i>O Inq 2704 e a ação penal 666: mudança de paradigma?.....</i>	<i>76</i>
CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS.....	87

INTRODUÇÃO

O julgamento do “Mensalão” (AP nº 470) trouxe novamente à baila a discussão da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os acusados que não têm foro por prerrogativa de função (cidadãos comuns) pela atração por conexão e continência, ampliando, com base em lei ordinária, a competência constitucional em matéria penal da Suprema Corte. Nesta discussão, pairou uma dúvida, uma lacuna: o STF seria competente para julgar os acusados que não têm foro por prerrogativa de função por atração pela conexão e continência à luz do ordenamento jurídico?

Neste trabalho de pesquisa acadêmica, o autor vai buscar na Jurisprudência da Suprema Corte, na doutrina nacional e no direito internacional os fundamentos jurídicos que sustentam a competência ou incompetência do Pretório Excelso na instrução e julgamento dos cidadãos comuns acusados de cometerem crimes em coautoria com quem tem foro por prerrogativa de função, visando averiguar se foram respeitados os princípios constitucionais explícitos: juiz natural, devido processo legal, isonomia e o princípio constitucional implícito do duplo grau de jurisdição dos cidadãos comuns, buscando dar uma resposta fundamentada à pergunta que desafiou esta pesquisa acadêmica, sem, contudo, pretender esgotar o tema, pois é muito controvertido, como será demonstrado.

Com isso, buscam-se alcançar os seguintes objetivos: 1º) contextualizar o perigo dessa interpretação ampliativa dada pelo Pretório Excelso; 2º) confrontar os institutos da conexão e continência com a Constituição para verificar se foram respeitados os princípios acima mencionados; 3º) investigar qual a corrente

dominante na doutrina: a ampliativa ou a restritiva; e 4º) pesquisar qual o critério usado pela Suprema Corte nas decisões de desmembramento ou não de inquéritos e ações penais; 5º) sugerir uma solução ao problema de maneira fundamentada.

Para alcançar esse desiderato, mister se fez consultar os *sites* de pesquisas na *internet* (*Google* acadêmico e outros), as revistas eletrônicas (Conjur, Jus Brasil, Ciências Criminais e outras), *site* do STF (publicações temáticas em matéria penal, informativos e inteiro teor de acórdãos), estudos doutrinários (manuais de direito constitucional e processual penal) e obras específicas só sobre competência penal para enriquecer a pesquisa. Também foram estudados casos concretos: AP 470, Inq 2704, AP 666 e outros, analisando os fundamentos dos votos dos Ministros do STF e vídeos no *Youtube*, pois ainda não tinham as ementas de alguns julgados.

A pesquisa pode ser justificada de três formas. A primeira, é no sentido técnico, porque, no tocante à legitimidade da condenação dos réus que não tinham foro por prerrogativa de função (cidadãos comuns), o Supremo, *a priori*, não seria o juiz natural desses cidadãos comuns e sim o juiz de 1º grau. A segunda, diz respeito ao prejuízo aos jurisdicionados, uma vez que a Suprema Corte deixou de julgar vários temas de interesse da sociedade: desaposentação, repercussão geral reconhecida e não decidida, e outros tantos ao ficar mais de quatro meses julgando o “mensalão”. E a terceira é pessoal, uma vez que o autor desse trabalho acadêmico lida dia a dia com os inquéritos e ações penais originários e sabe a importância da interpretação restrita aos acusados apenas com foro por prerrogativa de função, como previsto na Constituição, pois, se isso não acontecer, a quantidade de trabalho dos gabinetes e dos Ministros ficará insuportável.

Esse trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro, estudará a

jurisdição penal e seus princípios basilares em especial os princípios do juiz natural, devido processo legal, duplo grau de jurisdição e isonomia, pois se vinculam diretamente ao tema da pesquisa; o segundo, analisará a competência no processo penal e os institutos afins, entre eles a conexão e a continência, devido ao liame direto com o tema do estudo; o terceiro, tratará da competência penal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar quem tem foro por prerrogativa de função, abrangendo, inicialmente, um breve histórico dos julgamentos do STF aos ex-ocupantes de funções públicas. Em seguida, será desenvolvido o item sobre a ampliação da competência do STF para alcançar os cidadãos comuns pela atração por conexão e continência, objeto central deste trabalho de pesquisa acadêmica; continuando, apresentar-se-á uma análise crítica da súmula 704 e seus precedentes e, depois, expor-se-ão os critérios adotados pelo STF para desmembramentos ou não de processos penais originários. Também será apresentado um panorama do julgamento da ação penal 470 e seus pontos controvertidos, e, finalizando, haverá uma exposição da possível mudança de paradigma no julgamento do Inquérito nº 2704 e o desprovimento de um agravo regimental na ação penal nº 666.

1 A JURISDIÇÃO PENAL

Historicamente, quando o homem foi viver com seu semelhante em grupo social, foi necessário criar uma forma de controlar os conflitos, ou seja, um sistema de coordenação e composição dos mais variados e antagônicos interesses que exsurtem da vida em comunidade, para evitar o caos social. Para tanto, foram surgindo alguns institutos: a **autotutela** (primórdios da civilização) que caracterizava pelo uso da força bruta para satisfazer os interesses; a **autocomposição**, que subdivide em três formas: **desistência** (renúncia à pretensão), **submissão** (renúncia à resistência oferecida à pretensão) e **transação** (concessões recíprocas, acordo); a **intervenção de terceiros** (escolha pelos litigantes de um árbitro imparcial) e a **intervenção do Estado em substituição às partes em conflito** que se convencionou chamar de jurisdição (o grifo é nosso).¹

A doutrina clássica ensina que, etimologicamente, jurisdição é formada por *jus, júris* (direito) e de *dictio, dictionis* (dizer), isto é, ação de dizer o direito, tarefa, hoje, atribuída ao Estado-Juiz. Para cumprir os seus fins, o Estado, basicamente, desenvolve três atividades: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. Esta última composta de Juízes e Tribunais. As três funções são incumbências, respectivamente, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cabendo ao primeiro elaborar as normas jurídicas (as leis), ao segundo cabe aplicar a lei em benefício dos interesses do próprio poder administrativo e ao terceiro incumbe procurar na lei (direito objetivo) a solução para um conflito que os particulares

¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49-52.

trouxeram, em substituição às partes antagônicas, visando fazer justiça (dar a cada um o que é seu) e restabelecer a paz social.²

Após esse apanhado geral, mister se faz conceituar o instituto, valendo dos trabalhos dos mestres. Não é pacífico entre os doutrinadores o conceito de jurisdição, o que é até óbvio, pois os conceitos evoluem com a ciência do Direito e a intenção da doutrina é formar opinião de acordo com o contexto onde estão inseridos. Vale citar o conceito de Maria Lúcia Karam, uma vez que é direcionado ao processo penal:

Expressa a jurisdição função do Estado cuja finalidade formal é a interpretação e aplicação das leis, para dirimir conflitos, assegurar a defesa dos direitos legalmente protegidos e reprimir a sua violação. Esta função do Estado – a função judiciária – consiste basicamente em dirimir, em cada caso concreto, as divergências surgidas por ocasião da aplicação das leis, assim solucionando conflitos entre particulares, entre estes e o Estado ou mesmo entre órgãos do próprio Estado, de forma a fazer valer o ordenamento jurídico coativamente toda vez que seu cumprimento não se dê sem resistência. Realizando esta função, o Estado, pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário, se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, de forma imparcial e equidistante, fazer atuar, através do processo, a norma jurídica que deve disciplinar a situação que lhe é concretamente apresentada.³

Cintra, Grinover e Dinamarco conceituam a jurisdição como sendo “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.”⁴

Em sentido semelhante, Tourinho Filho conceitua jurisdição como “aquela função do Estado consistente em fazer atuar, pelos órgãos jurisdicionais, que são os

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2012, p. 77-87.

³ KARAM, Maria Lúcia. **Competência no Processo Penal**. 4. ed., rev., Atual. e apl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 16.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 28. ed. 2012, p. 155.

juízes e Tribunais, o direito objetivo a um caso concreto, obtendo-se a justa composição da lide”.⁵

Cintra, Grinover e Dinamarco trazem três características inerentes ao conceito moderno de jurisdição, a saber: poder, função e atividade. Como poder, é uma emanção da soberania nacional. Como função, é a incumbência afeta ao órgão jurisdicional de, por meio do processo, aplicar a lei aos casos concretos. Como atividade, é o complexo de atos do juiz no processo, tendentes a dar a cada um o que é seu.⁶

Compõe-se a jurisdição, segundo a doutrina clássica, de alguns elementos: a *notio* ou *cognitio* (poder atribuído aos órgãos jurisdicionais de conhecer os litígios e prover à regularidade do processo), a *vocatio* (faculdade de fazer comparecer em juízo todo aquele cuja presença é necessária ao regular desenvolvimento do processo), a *coertio* (possibilidade de aplicar medidas de coação processual para garantir a função jurisdicional), o *juditium* (o direito de julgar e pronunciar a sentença) e a *executio* (poder de fazer cumprir a sentença).⁷

1.1 Princípios da jurisdição

Os princípios são fontes basilares para qualquer ramo do direito, influenciando na formação e na aplicação deste ramo da ciência jurídica. A fonte primordial dos princípios é a Constituição Federal e eles são imperativos cuja

⁵ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 81-82.

⁶ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, op. cit, p. 131.

⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 10. ed. 2000. p. 165-166.

observância é penhor da fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país.⁸

Na doutrina não há uma harmonia no tocante à enumeração desses princípios e também é controvertida a opinião no que pertine à aplicação e às exceções aos princípios, por isso serão citados apenas aqueles mais clássicos e que, de uma forma ou de outra, têm importância para este trabalho sem aprofundar no estudo para não sair do foco principal.

Ex positis, a jurisdição é **indeclinável** - o juiz não pode abster-se de julgar os casos que lhe forem apresentados; **improrrogável** - as partes, mesmo que entrem em acordo, não podem subtrair ao juízo natural o conhecimento de determinada causa, na esfera criminal; **indelegável** - não pode o juiz transmitir o poder jurisdicional a quem não possui; e **una** - a jurisdição é única, pertencente ao Poder Judiciário, diferenciando-se apenas no tocante à sua aplicação e grau de especialização, podendo ser: civil – federal ou estadual; penal – federal ou estadual; militar – federal ou estadual; eleitoral e trabalhista (o grifo é nosso).⁹

Outros doutrinadores acrescentam: **a investidura**, a **aderência ao território**, a **inércia**, a **imparcialidade** e o **juiz natural** (o grifo é nosso). No tocante a este último será aberto um tópico para um estudo mais detalhado, pois é o princípio fundamental do tema objeto da pesquisa, qual seja: a ampliação da competência do STF para alcançar quem não tem foro por prerrogativa de função: cidadão comum. Serão também estudados em tópicos próprios: o devido processo legal, a isonomia e duplo grau de jurisdição, pois são princípios que também

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 189.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 202.

coadunam com objeto desse trabalho acadêmico e que, igualmente, não deixam de ser princípios da jurisdição (em sentido amplo).

O princípio da investidura quer dizer que a jurisdição só pode ser exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz.¹⁰ A aderência ao território significa que o magistrado somente pode exercer a função jurisdicional dentro nos limites que lhe são traçados por lei. Tal princípio, no entanto, comporta algumas exceções: a) nos casos de conexão ou continência (CPP, arts. 76, 77, e 79); b) na hipótese do art. 74, § 2º, última parte, do mesmo estatuto; c) no caso do art. 85 do CPP, quando oposta e admitida a exceção da verdade; d) no caso de desaforamento (CPP, arts. 427 e 428).¹¹ A inércia significa que a jurisdição somente poderá ser exercida mediante prévia invocação, sendo vedada a atuação “*ex officio*” do magistrado (*ne procedat iudex ex officio*). No processo penal, a jurisdição somente pode ser exercida quando houver o exercício da pretensão acusatória, por intermédio de queixa-crime (ação privada), ou denúncia oferecida pelo Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da CF (nos delitos de ação pública).¹² A imparcialidade, por sua vez, exige um afastamento estrutural, um alheamento, em relação à atividade das partes (acusador e réu).¹³ Isto é, para a resolução do caso, o juiz não deve se deixar influenciar por nenhum outro interesse a não ser a aplicação correta da lei e a justa solução do caso.¹⁴

¹⁰ CAPEZ, op. cit., p. 54.

¹¹ Ibid. p. 95.

¹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1. p. 428-429.

¹³ Ibid 429-430.

¹⁴ BINDER, Alberto. M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 249.

1.2 Princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural ou juiz constitucional é também chamado de princípio do juiz competente, no direito espanhol, e princípio do juiz legal, no direito alemão, teve origem histórica, no ordenamento anglo-saxão, desdobrando-se, *a posteriori*, nos constitucionalismos norte-americano e francês. Entre nós, o referido princípio inseriu-se deste o início das Constituições. Trata-se de princípio que garante ao cidadão o direito de não ser subtraído de seu Juiz Constitucional ou Natural, aquele pré-constituído por lei para exercer validamente a função jurisdicional.¹⁵

Preceitua a Constituição Federal que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (artigo 5º, inciso LIII) e que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (artigo 5º, inciso XXXVII).

Ademais, prescreve também a Magna Carta que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV).

Nesse sentido, buscam os dispositivos constitucionais impedirem que pessoas estranhas ao poder judiciário exerçam funções que lhe são específicas (salvo, é claro, quando houver autorização da própria Constituição Federal nesse sentido, p.ex., Senado – artigo 52, incisos I e II) e proscrever (banir, abolir, extinguir) os tribunais de exceção, aqueles criados *post factum* (após o fato). Assim, nenhum órgão, por mais importante que seja, se não tiver o poder de julgar assentado na

¹⁵ GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **A jurisdição e seus princípios**. Disponível em: < <http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/a-jurisdiacao-principios/a-jurisdiacao-principios-pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

Constituição Federal não poderá exercer a jurisdição. Tem-se, a mais alta expressão dos princípios fundamentais da administração da justiça.¹⁶

Fernandes Scarance afirma que a dúplice garantia assegurada pelo cogitado princípio – proibição de tribunais extraordinários e de subtração da causa ao tribunal competente, desdobra-se em três regras de proteção:

a) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição Federal; b) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.¹⁷

Grinover, Scarance e Gomes Filho, além de outros doutrinadores, defendem que, com a garantia do juiz natural, assegura-se a imparcialidade do órgão jurisdicional, não como atributo do juiz, mas como pressuposto de existência da própria atividade jurisdicional. Por isso, afirmam que sem o juiz natural não há jurisdição, pois a relação jurídica não pode nascer.¹⁸ Esse posicionamento, como será demonstrado, não é pacífico, porque outros falam em nulidade e não em inexistência.

Os mesmos estudiosos asseveram que além de o julgamento da causa ser de incumbência do juiz natural, é mister que perante este também seja instaurado e desenvolvido o processo, não sendo possível o aproveitamento dos atos instrutórios realizados por juiz constitucionalmente incompetente.¹⁹ Também aqui há divergências, pois há outra corrente doutrinária que defende o entendimento da nulidade dos atos decisórios e aproveitamento dos atos instrutórios.

¹⁶ GARCIA, op. cit.

¹⁷ FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 3. ed., 2002. p. 10.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: RT, 11. ed., 2009, p. 39-40.

¹⁹ Ibid, p. 43-44.

Neste diapasão, os artigos 108, §1º, e 567 do CPP devem ser relidos a fim de se adequarem à garantia do juiz natural, restringindo-se sua aplicação apenas aos casos de incompetência infraconstitucional. Em se tratando de juiz constitucionalmente incompetente, não pode haver aproveitamento dos atos, não-decisórios e decisórios, uma vez que o artigo 5º, inciso LIII, da Lei Maior refere-se à garantia de que “ninguém será **processado** nem **sentenciado** senão pela autoridade competente” (o grifo é nosso).²⁰ Como já dito, o assunto é controvertido.

De igual forma, também carece de releitura o artigo 564, I, do CPP, que dispõe ser caso de nulidade os atos praticados por juiz incompetente. Como já mencionado, a garantia do juiz natural é um pressuposto de existência da atividade jurisdicional.²¹

Sob este prisma, os atos praticados por juiz constitucionalmente incompetente são inexistentes e não nulos. Em decorrência disso, o processo e a sentença, eventualmente prolatada, são juridicamente inexistentes, de acordo com a corrente doutrinária referida.

Neste assunto, como já frisado, ainda não há uma harmonia entre os doutrinadores e nem tampouco entre a Jurisprudência, uma vez que esta entende que os atos não são inexistentes e sim nulos. Ademais, em alguns casos há o aproveitamento dos atos não decisórios e em outros a anulação do processo *ab initio*, conforme pode ser verificado nos seguintes julgados do STF:

Com a superveniente alteração de competência do juízo, é possível a ratificação da denúncia pelo Ministério Público e dos atos instrutórios pelo magistrado competente. (*habeas corpus* nº 98.373, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-4-2010, Primeira Turma, *DJE* de 23-4-2010.) No mesmo sentido: ação penal nº 416, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 8-3-2012, Plenário, *DJE* de 18-6-2012; *habeas corpus* nº 83.006, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 18-6-2003, Plenário, *DJ* de 29-8-2003.

²⁰ GARCIA, op.cit.

²¹ Ibid.

Competência. Declinação. Inquérito. A valia do inquérito realizado há de merecer exame pelo juízo competente. Competência. Justiça Federal *versus* Justiça comum. Declinação. Alcance. Uma vez assentada a incompetência da Justiça Federal, mostra-se insubsistente não só o ato de recebimento da peça primeira da ação penal como também o de formalização pelo MPF. (*habeas corpus* nº 109.893, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 13-12-2011, Primeira Turma, *DJE* de 1º-3-2012.)

A Justiça Castrense é incompetente para processar e julgar militar reformado acusado pela suposta prática dos crimes de falsificação e uso de documentos falsos em face da Caixa Econômica Federal. Com base nessa orientação, a Segunda Turma concedeu *habeas corpus* para determinar a extinção de procedimento penal instaurado contra o paciente perante a Justiça Militar. Asseverou-se que o delito praticado contra aquela instituição financeira não ofenderia as organizações militares e, portanto, competente a Justiça Federal. Determinou-se a invalidação de todos os atos processuais, desde a denúncia, inclusive, por incompetência absoluta daquela Justiça especializada. (*habeas corpus* nº 106.683, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 12-6-2012, Segunda Turma, informativo nº 670).

A decisão proferida por juiz absolutamente incompetente não produz efeitos e, por conseguinte, não demarca nem vincula a atuação daquele indicado para fazê-lo. A competência penal em razão da matéria insere-se no rol de questões de ordem pública, podendo ser alegada ou reconhecida a qualquer momento. (*habeas corpus* nº 107.457, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-10-2012, Segunda Turma, *DJE* de 22-10-2012).²²

Questão interessante é saber se o réu, submetido a julgamento por juiz constitucionalmente incompetente, estaria sujeito a nova persecução penal sobre os mesmos fatos, uma vez considerando-se que a sentença prolatada seria inexistente e, como tal, não estaria tecnicamente suscetível à formação da coisa julgada.

Grinover, Scarance e Gomes Filho entendem que “o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*, fazendo prevalecer o dogma do *ne bis in idem*, impedindo nova persecução penal a respeito do fato delituoso que foi objeto de outra ação penal”.²³

Esclarecem os insignes estudiosos que, não obstante o princípio do *ne bis in idem* estar tecnicamente ligado ao fenômeno da coisa julgada e que

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Publicações Temáticas, Coletânea Temática de Jurisprudência: Matéria Penal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/publicacaoTematica/verTemaTopico.asp#1078>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

²³ GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; GOMES FILHO, op. cit., p. 44.

juridicamente inexistente a sentença esta não poderia transitar em julgado. No terreno da persecução penal estão em jogos valores preciosos do indivíduo, como sua vida, sua liberdade, sua dignidade, e que, nesse particular, o *ne bis in idem* assume dimensão autônoma, impedindo nova persecução penal do réu pelos mesmos fatos já julgados. Observam os autores que a garantia do juiz natural é erigida em favor do réu e não em detrimento aos direitos deste.²⁴

Em sentido contrário, consoante o magistério de Rogério Schiatti M. Cruz, embora no Brasil não se preveja, normativamente, a possibilidade de revisão do julgado favorável ao réu, é curioso constatar que o Supremo Tribunal Federal já desconstituiu, por mais de uma vez, decisão terminativa de mérito em que se declarou extinta a punibilidade do acusado, em conformidade com os artigos 61 e 62 do Código de Processo Penal, tendo em vista a comprovação, posterior ao trânsito em julgado daquela decisão, de que o atestado de óbito motivador do *decisum* fora falsificado.²⁵

E ainda acrescenta o mesmo autor que não se trata, portanto, de ação de revisão criminal - que, certamente, não se amoldaria às hipóteses agasalhadas na legislação processual penal - mas de simples decisão interlocutória por meio da qual se declara inválida a decisão anterior, sedimentada em realidade fática inexistente e em correspondente documentação inválida e nula de pleno direito, com o subsequente prosseguimento da causa.²⁶ Para corroborar o alegado, citem-se os seguintes julgados do STF:

A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. (*habeas corpus* nº 84.525, rel. min. Carlos Velloso,

²⁴ GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; GOMES FILHO, op. cit.

²⁵ M. CRUZ, Rogério Schiatti. **PROCESSO PENAL: A proibição de dupla persecução penal e a revisão criminal pro societate.** Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-proibicao-de-dupla-persecucao-penal-e-a-revisao-criminal-pro-societate/4644>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

²⁶ Ibid.

juízo em 16-11-1994, Segunda Turma, *DJ* de 3-12-2004). No mesmo sentido: *habeas corpus* nº 104.998, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 30-11-2010, Primeira Turma, *DJE* de 9-5-2011.²⁷

Acerca dos chamados tribunais ou juízos de exceção, assim considerados aqueles criados após o fato a ser julgado, a proibição dos mesmos não abrange o impedimento da criação de justiça ou vara especializada, pois, nestes casos, não há criação de órgãos, mas simples atribuição de órgãos já inseridos na estrutura judiciária, fixada na Constituição Federal, para julgamento de matérias específicas, objetivando a melhoria na aplicação da norma substancial.²⁸

Cintra, Grinover e Dinamarco salientam a necessidade de se distinguir tribunais de exceção de justiças especiais, como a Militar, a Eleitoral e a Trabalhista, lembrando que estas são instituídas pela Lei Maior, com anterioridade à prática dos fatos a serem por elas apreciados e, portanto, não constituem ofensa ao princípio do juiz natural.²⁹ Incluem-se na proibição dos tribunais de exceção os foros privilegiados, criados como favor pessoal, mas excluem-se as hipóteses de competência por prerrogativa de função, onde é levada em conta a função exercida pelo réu e não a sua pessoa, inexistindo, neste caso, favorecimento ou discriminação.³⁰

1.3 Princípio do devido processo legal

Pode ser encontrado sob outras definições, tais como: o princípio do processo justo ou princípio da inviolabilidade da defesa em juízo.³¹

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Publicações Temáticas, Coletânea Temática de Jurisprudência**: Matéria Penal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/publicacaoTematica/verTemaTopico.asp#1078>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

²⁸ GARCIA, op.cit.

²⁹ CINTRA, GRINOVER; DINAMARCO, op. Cit., p. 164.

³⁰ GRINOVER, SCARANCA FERNANDES; GOMES FILHO, op. cit., p. 41-42.

³¹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 145.

Para os doutrinadores, não basta que o membro da coletividade tenha direito ao processo, tornando-se, pelo contrário, inafastável também a absoluta regularidade deste, com a verificação de todos os corolários daquele, para o atingimento da referida meta colimada.³²

Dizem mais os mestres que o princípio do devido processo legal está inserido no contexto, mais amplo, das garantias constitucionais do processo, e que somente mediante a existência de normas processuais, justas, que proporcionem a justeza do próprio processo, é que se conseguirá a manutenção de uma sociedade sob o império do Direito.³³

E complementam que o princípio do devido processo legal protege a liberdade, em seu sentido amplo: liberdade de expressão, liberdade de ir e vir, liberdade de fazer e não fazer, de acordo com a lei; e os bens, também, em amplo sentido: bens corpóreos (propriedades, posses, valores) e bens incorpóreos (direitos, ações, obras intelectuais, literárias, artísticas, sua imagem, seu conceito, sua expressão corporal, etc.).³⁴

Ainda, o devido processo legal é uma garantia constitucional do cidadão, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas.³⁵

A doutrina moderna aponta a existência de duas modalidades de devido processo legal: *o substantive due process e procedural due process*.³⁶

³² SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria Geral do Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 22.

³³ HOYOS, Arturo; *apud* WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações Sobre o Princípio do Devido Processo Legal**. São Paulo: Revista de Processo, ano 16, nº 63, 1991, p. 55.

³⁴ CARVALHO, Luiz Airton. **Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: Cartilha Jurídica, TRF/1ª Região, nº 28, 1994, p. 9.

³⁵ PORTANOVA, *op. cit.*, p. 145.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Garantia Constitucional do Direito de Ação e sua Relevância no Processo Civil**. São Paulo: 1972, p. 35.

O devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo, ou a ordem judicial, são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei ou regulamento viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato.³⁷

Convém citar também a sempre abalizada opinião de Cintra, Grinover e Dinamarco, acerca do princípio do devido processo legal:

o devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional.³⁸

Dessarte, é possível concluir que o mais importante dos princípios é o do devido processo legal, já que assegurando este, estar-se-á garantindo os demais princípios previstos na Constituição Federal: contraditório, ampla defesa, juiz natural, inafastabilidade da jurisdição, duração razoável do processo para citar apenas alguns.

1.4 Princípio da isonomia

A igualdade das partes advém da garantia constitucional da qual goza todo cidadão que é a igualdade de tratamento de todos perante a lei.

O *caput* do art. 5º da Constituição Federal menciona que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

³⁷ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 177.

³⁸ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).³⁹

O art. 5º da Constituição Federal, não só declara a igualdade de todos perante a lei, como também garante essa igualdade através de outros princípios insculpidos no próprio artigo. A título de exemplos, podem ser mencionados: a) Princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); b) Princípio da motivação das decisões (CF, art. 93, IX); c) Princípio da publicidade dos atos processuais (CF, art. 5º, LX); d) Princípio da proibição da prova ilícita (CF, art. 5º, LVI); e) Princípio da presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII). Enfim, a própria Constituição Federal criou mecanismos que visam assegurar a igualdade das pessoas perante a lei, conforme se pode constatar dos seus incisos.⁴⁰

Porém, tocando no ponto que desperta maior interesse a esse trabalho acadêmico, pode-se dizer que é do princípio da igualdade, descrito no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que deriva o princípio da igualdade das partes no processo.⁴¹

Tal como ocorre na vida cotidiana, o mesmo deve ocorrer no processo, ou seja, as pessoas também possuem o direito e devem ser tratadas de forma igual perante a lei. Daí nasce o que se alcunha de princípio da isonomia processual.⁴²

O insigne processualista Nery Júnior pontua que o princípio da isonomia processual é o direito que tem os litigantes de receberem idêntico tratamento pelo juiz.⁴³

³⁹ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Princípios de processo civil na Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 5, n. 46](#), 01 out. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/771>>. Acesso em: 04 mar. 2013.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 42.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 314-315.

⁴³ NERY JÚNIOR, op.cit, p. 43.

Vale esclarecer que, no Processo Penal, existe o princípio da paridade das armas, igualando acusador e acusado. Porém, tal paridade não exclui a possibilidade, observando as situações e suas peculiaridades, de dar-se um tratamento especial compensatório, resguardando um certo equilíbrio de armas.

Portanto, esse tratamento diferenciado adotado pela política do processo penal, entre acusação e defesa, origina e justifica outros princípios relevantes. Como é o caso do *in dubio pro reo* e do *favor rei*. O primeiro, é decorrente do princípio do estado de inocência onde se deve concluir que, para condenar o acusado, o magistrado deverá ter a certeza de que o réu é responsável pelo delito. Outrossim, basta apenas a dúvida, isto é, a ausência de certeza, para que se possa absorver o acusado. No segundo caso, quando existir o conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do acusado, deve-se decidir em favor deste último, qualquer divergência de entendimento entre os julgadores, deverá triunfar na liberdade do acusado.⁴⁴

Evidencia-se, pois, que as diferenças surgidas entre o réu e o Ministério Público que são encontradas na legislação adjetiva penal não chegam a ser nenhuma afronta ao princípio constitucional da isonomia. Com efeito, não são admitidos como inconstitucionais os artigos 621 a 631 do CPP, que disciplinam o instituto da revisão criminal (proibindo a revisão *pro societate*) ou, quando o réu utiliza-se do *Habeas Corpus* e o Ministério Público fica sem impugnar as decisões interlocutórias.⁴⁵

Se associar as idéias, observa-se que, no processo penal, na sua fase

⁴⁴ PINTO JÚNIOR, Nilo Ferreira. **O Princípio da Igualdade no Processo Penal**: a igualdade no processo penal entre acusação e defesa. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17199-17200-1-PB.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

⁴⁵ PINTO JÚNIOR, op. cit.

indiciária, nota-se um desequilíbrio em prol do Estado, no sentido da obtenção dos indícios no tocante ao fato criminoso.

Citado por Tourinho Filho, o jurista Jimenez Asenjo preceitua o seguinte comentário:

"É difícil estabelecer igualdade absoluta de condições jurídicas entre o indivíduo e o Estado no início do procedimento, pela desigualdade real que o momento tão crítico existe entre um e outro. Desigualdade provocada pelo próprio criminoso. Desde que surge em sua mente a idéia do crime, estuda cauteloso um conjunto de precauções para subtrair-se a ação da justiça e coloca o Poder Público em situação análoga à da vítima, a qual sofre o golpe de surpresa, indefesa e desprevenida. Para restabelecer, pois, a igualdade nas condições da luta, já que se pretende que o procedimento criminal ser senão um duelo 'nobrememente' sustentado por ambos os contedores, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para recolher os vestígios do crime e os indícios da culpabilidade do seu autor."⁴⁶

1.5 Princípio do duplo grau de jurisdição

No passado, o duplo grau de jurisdição surgiu em função da delegação do poder de julgar conferido pelo monarca. Atualmente, o princípio está ligado à necessidade de uma decisão mais justa (a decisão revista tem maior probabilidade de não conter erro).⁴⁷

A opção pelo duplo grau de jurisdição está profundamente enraizada na ordem constitucional brasileira, sendo expressamente consagrada pela Carta de 1824.⁴⁸ Hoje, no entanto, tal princípio não está mais expresso na Constituição vigente. Apesar desta omissão, o espírito da Constituição Federal de 1988 expressa

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ BENUCCI, Renato Luis. O Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal. *Revista TRF 3ª Região*, vol. 76, mar. e abr. 2006, p. 125-136. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>>. Acesso em: 5 mar. 2013.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 23.

uma opção nítida pela possibilidade de recursos contra as decisões judiciais, ao dispor sobre os recursos a serem endereçados aos Tribunais integrantes da Justiça da União (Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunais Regionais Federais). Por isso, embora o duplo grau de jurisdição não seja **um princípio explícito**, é **um princípio implícito**, sendo inferido pela estrutura da Lei Maior, na qual são previstos determinados recursos e a atribuição de competência para o julgamento destes (o grifo é nosso).⁴⁹

Para Grinover, Dinamarco e Cintra, duplo grau de jurisdição é a “possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), que corresponde à denominada jurisdição inferior. Garante, assim, um novo julgamento, por parte dos órgãos da jurisdição superior, ou de segundo grau (também denominada de segunda instância)”.⁵⁰

No tocante à natureza jurídica, para Dinamarco ele é um princípio, mas não garantia, porque há casos em que não há o duplo grau de jurisdição.³ Citam-se, como exemplos, as competências originárias dos Tribunais, o que fecha o caminho para o recurso amplo; determinadas causas na Justiça do Trabalho; Juizado de Pequenas Causas, onde o órgão de primeiro grau faz um duplo exame. Em oposição, Grinover, Scarance e Gomes Filho ensinam que o duplo grau é uma “garantia fundamental de boa justiça”.⁵¹

Os doutos apontam três razões que fundamentam o duplo grau de jurisdição, são elas: as razões jurídicas, políticas e até psicológicas.

O fundamento jurídico é que a decisão pode efetivamente ser injusta ou incorreta, devendo ser possível a sua revisão em grau de recurso, recurso este

⁴⁹ BENUCCI, op. cit.

⁵⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 83.

⁵¹ GRINOVER, MAGALHÃES e SCARANCE. Op. cit.

quase sempre submetido a julgamento por um tribunal de segundo grau, portanto através de um número maior de juízes, de maior experiência e cultura, tendo em vista que, em nosso país, a organização judiciária é realizada através de carreira, com promoções por merecimento e antiguidade.

Existe também a conveniência psicológica de oferecer aos perdedores mais uma oportunidade de vitória, além do que se evidencia que o juiz de primeiro grau se cerca de maiores cuidados no julgamento quando sabe que sua decisão poderá ser revista pelos tribunais de jurisdição superior.

Além, e talvez acima destes fundamentos, tem-se a necessidade política de pôr os juízes inferiores sob o controle dos superiores, como modo de legitimar a própria atuação do Judiciário como um todo. Como nenhum ato estatal pode ficar imune a qualquer controle, a revisão das decisões judiciais (espécie de controle interno) é verdadeira condição do Estado de Direito, evitando-se que o exercício do poder jurisdicional se concentre nas mãos do órgão, com as conseqüências que poderiam advir desta situação, como a ocorrência de desmandos.⁵²

Outro ponto debatido na doutrina é quanto à abrangência do duplo grau de jurisdição e aqui há divergência na opinião comum dos doutores. Dinamarco entende que o princípio do duplo grau de jurisdição leva a uma pluralidade de graus jurisdicionais;⁵³ enquanto Grinover, Scarance e Gomes Filho entendem que os recursos de terceiro grau das Justiças trabalhista e eleitoral, o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal não se enquadram na garantia do duplo grau de jurisdição, sendo outro o seu fundamento.⁵⁴

⁵² BENUCCI, op. cit.

⁵³ DINAMARCO, op. cit.

⁵⁴ GRINOVER, MAGALHÃES E SCARANCE, op. cit., p. 25.

Ainda sobre a abrangência do duplo grau de jurisdição, acrescenta-se o debate quanto à matéria e às decisões jurisdicionais a que se aplicam. Quanto à matéria, existem duas questões: uma é saber se a garantia do duplo grau se aplica apenas aos erros de julgamento do mérito, ou se também os erros processuais podem ser levados à apreciação do órgão *ad quem*. Outra é saber se a garantia se aplica apenas à matéria de direito, ou também à matéria de fato.⁵⁵

Mais uma vez, cita-se a bem alicerçada posição defendida por Grinover, Magalhães e Scarance para quem: no tocante à matéria, a opinião que prevalece é que qualquer vício pode ser sanável por meio de recurso, quer se trate de erro no julgamento do mérito, quer se trate de erro do juiz sobre questões processuais, desde que presentes os requisitos próprios de admissibilidade dos recursos.

Quanto à apreciação pelo órgão *ad quem* de matéria apenas de direito, ou também de matéria de fato, existe uma forte tendência na ciência processual contemporânea em reservar a apreciação do tribunal *ad quem* às questões de direito, no caso das provas não puderem ser reproduzidas no Tribunal. Isto se deve ao fato de que o juiz de primeiro grau, em geral, tem melhores condições de formar o seu convencimento, enquanto o órgão de segundo grau, via de regra, julga apenas com base nos documentos escritos, não reproduzindo as provas.

No que se refere ao último item, quais sejam: às decisões que devem observar a garantia do duplo grau, dizem os mencionados processualistas que, embora se diga que apenas as sentenças que encerram o processo estão acobertadas pela garantia do duplo grau de jurisdição, deve ser feita uma análise, em cada sistema processual, da possibilidade de recursos das decisões interlocutórias. [...]

⁵⁵ BENUCCI, op. cit.

No sistema processual penal, as decisões interlocutórias são, de regra, irrecorríveis, excetuando-se as hipóteses do art. 581 do CPP e de outras previstas em leis especiais, em que cabe recurso em sentido estrito ou agravo. No entanto, mesmo com relação às decisões interlocutórias irrecorríveis, seu conteúdo poderá ser reexaminado como preliminar de apelação, não sendo atingidas pela preclusão. Assim, no nosso sistema processual penal, as decisões interlocutórias recorríveis submetem-se de imediato ao duplo grau de jurisdição; enquanto as decisões interlocutórias irrecorríveis submeter-se-ão ao duplo grau de jurisdição por ocasião da apelação.⁵⁶

Portanto, no que se refere ao processo penal, pode-se dizer que, fundamentalmente, o duplo grau é a garantia processual do condenado de ter a sua sentença revista.⁵⁷

Há um movimento, não só no processo civil (com o prequestionamento necessário, uma maior rigidez quanto aos requisitos de admissibilidade dos recursos), mas também no processo penal, de se restringir o duplo grau de jurisdição, pelo menos em relação à acusação. Podem ser destacadas, algumas particularidades, especialmente com relação à soberania do Tribunal do Júri, aos recursos exclusivos da defesa e à inobservância da correlação entre a sentença e todas as teses da acusação e da defesa. A questão está em se determinar se a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, assegurada pelo art. 5º, XXXVIII, “c”, da Magna Carta, constitui ou não uma exceção ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Obviamente, para o nosso Código de Processo Penal, esta soberania não significa onipotência desenfreada e desmedida, pois o art. 593, III, “d”, permite, por

⁵⁶ GRINOVER, MAGALHÃES e SCARANCE, op. cit., p. 26-27.

⁵⁷ BENUCCI, op. cit.

uma única vez, apelação das sentenças do Tribunal do Júri, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, determinando a realização de novo julgamento. Resta saber se este dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal, pois há quem entenda que contra as decisões do Júri, sendo soberanas, não caberia duplo grau de jurisdição.⁵⁸

Frederico Marques defende a ideia de que a expressão significa a impossibilidade de uma decisão, calcada em veredicto dos jurados, ser substituída por outra sentença que não tenha esta base.⁵⁹

O STF jamais proclamou a inconstitucionalidade da letra “d” do inc. III do art. 593 do Código de Processo Penal, e pelo contrário, tem decidido no sentido de que este dispositivo não afronta o art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal. A Instância Superior funciona como verdadeira *giurisdizione regolatrice*, sendo-lhe dada a oportunidade de, por uma única vez, corrigir a iniquidade.⁶⁰

Tourinho Filho entende que melhor seria se, *de lege ferenda*, fosse vedado à acusação o direito de apelar do veredicto do Tribunal do Júri, sob o fundamento de ter sido a sentença absolutória manifestamente contrária à prova dos autos, permitindo-se apenas o apelo à defesa, se condenatória for. Entende que nada haveria demais nesta desigualdade de tratamento, sendo plenamente justificável pelo princípio do *favor rei*.⁶¹

Porém, mesmo neste sentido pelo qual a soberania do tribunal leigo é entendida, um sentido mais contido de soberania, não há dúvidas de que a garantia do duplo grau de jurisdição sofre um estreitamento diante desta soberania do

⁵⁸ BENUCCI, op. cit.

⁵⁹ FREDERICO MARQUES, José. **O júri no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1955.

⁶⁰ BENUCCI, op. cit.

⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 4. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63.

Tribunal do Júri, sendo possível a apelação apenas quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos.⁶²

Como denota a sua própria posição topográfica na Constituição Federal (Capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) o Tribunal do Júri tem por finalidade tutelar o direito de liberdade individual nos crimes dolosos contra a vida, sendo, portanto, a soberania, ainda que mitigada, fundamental para sua caracterização, sob pena de não passar de um órgão burlesco de primeiro grau de jurisdição, e não ser possível explicar sua posição neste Capítulo.⁶³

O estreitamento do duplo grau é perfeitamente justificável, pois qualquer princípio ou garantia não pode ser visto de maneira absoluta, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades e, neste caso, a faculdade jurídica de se provocar um reexame de uma decisão judicial (em toda a sua amplitude) cede diante da soberania do veredicto do Tribunal do Júri.⁶⁴

No processo penal existem recursos utilizáveis exclusivamente pela defesa, como os embargos infringentes ou de nulidade. Como podem ser analisadas estas prerrogativas, tendo como parâmetro o duplo grau de jurisdição? Estes recursos podem ser considerados como cabíveis no âmbito do duplo grau de jurisdição? Se forem, não feririam a garantia do duplo grau de jurisdição por parte da acusação?

Aqui o entendimento deve ser que estes recursos não pertencem ao princípio do duplo grau de jurisdição, sendo outros os seus fundamentos. Caso se considere estes recursos como manifestação do duplo grau de jurisdição, o mesmo raciocínio utilizado para a análise da soberania do Tribunal do Júri pode ser aqui

⁶² BENUCCI, op. cit.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

aplicado. É perfeitamente compreensível o não estendimento destes recursos à acusação pelo princípio da convivência das liberdades, e, neste caso, o que deve prevalecer é o *favor rei*.⁶⁵

Vários doutrinadores defendem que o duplo grau de jurisdição, em nosso ordenamento jurídico, não é um mero princípio implícito na CF/88, mas uma garantia inerente ao Estado de Direito, que torna efetivos todos os outros princípios e garantias processuais. Apesar de bem fundamentada essa posição, atualmente, na Suprema Corte de nosso país, a posição predominante é outra, ou seja, de que não há previsão explícita do Duplo Grau de Jurisdição na Lei Máxima.⁶⁶

Apesar da previsão apenas implícita na Constituição, segundo o entendimento acima, a partir de 1992, com a ratificação da Convenção Americana sobre direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica) o duplo grau de jurisdição passou a ter previsão expressa neste Pacto (art. 8º, nº 2, letra “h”). Os seus dispositivos foram admitidos em nosso ordenamento jurídico com mesmo nível de normas constitucionais, conforme prevê o art. 5º, § 2º, da CF/88.⁶⁷ Também entendem dessa maneira Grinover, Scarance e Gomes Filho (e boa parte da doutrina constitucionalista).⁶⁸

Todavia, esse não é o posicionamento do STF, pois a referida convenção foi recebida com nível de supra legalidade, isto é, acima da lei ordinária, porém abaixo da Constituição Federal, prevalecendo esta última sobre a convenção de direitos humanos.⁶⁹

⁶⁵ BENUCCI, op. cit.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 79785**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e AI-AGR 601832, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mar. 2013.

⁶⁷ BENUCCI, op. cit.

⁶⁸ GRINOVER, MAGALHÃES e SCARANCE, op. cit., p. 71.

⁶⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A tese da Supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://ww3.fg.com.br/public_html/article.php?story=20090403112247716&mode=print>. Acesso 7 abr. 2013.

Como a votação foi apertada, em favor da tese da supralegalidade do Ministro Gilmar Mendes, provavelmente, em outras oportunidades, a Suprema Corte pode trazer novamente o tema para deliberação e aí talvez os Ministros coloquem uma pá de cal ao assunto, seguindo a melhor doutrina, ou seja, que as convenções internacionais sobre de direitos humanos que o país seja signatário são normas materialmente constitucionais, podendo ser também formalmente constitucionais após o crivo do congresso nacional com as mudanças trazidas pela emenda constitucional nº 45 de 2004.

2 COMPETÊNCIA PENAL

Após o estudo da jurisdição no primeiro capítulo deste trabalho acadêmico, neste segundo capítulo será estudada a competência penal. Os doutrinadores conceituam o instituto da seguinte forma: “trata-se da delimitação da jurisdição, ou seja, o espaço dentro do qual pode determinada autoridade judiciária aplicar o direito aos litígios que lhe forem apresentados, compondo-os.”⁷⁰ Ou competência é “o âmbito, legislativamente delimitado, dentro no qual o órgão exerce o seu Poder Jurisdicional.”⁷¹

2.1 Critérios para fixação de competência

A doutrina tradicionalmente distribui a competência considerando três aspectos diferentes: em razão da natureza do crime praticado; de acordo com a qualidade das pessoas inculpas; e conforme o local em que foi praticado ou consumado o crime, ou o local da residência do seu autor. Essa classificação doutrinária coincide com a do CPP em seu art. 69 e incisos, a saber: I e II: pelo lugar da infração ou pelo domicílio do réu (*ratione loci*); III: pela natureza da infração (*ratione materiae*); VII: pela prerrogativa de função (*ratione personae*).⁷²

⁷⁰ NUCCI, op. cit., p. 205.

⁷¹ TOURINHO FILHO, op. cit., 2012, p. 112.

⁷² CAPEZ, op. cit., p. 254-255.

2.2 Competência material

É a delimitação da jurisdição ditada pelos três aspectos acima mencionados. E que nos itens subseqüentes serão estudados mais detalhadamente.

2.2.1 *Competência ratione materiae*

Para fixação da competência, ora em estudo, importa verificar se o julgamento compete à jurisdição comum ou especial (subdividida em eleitoral, militar e política). Em relação à jurisdição política, essa não será tratada neste trabalho acadêmico, pois foge do objeto da pesquisa propriamente dita.

A Constituição Federal estabelece as seguintes jurisdições especializadas: a) Justiça Eleitoral: para o julgamento de infrações penais dessa natureza (arts. 118 a 121); b) Justiça Militar (federal ou estadual): para processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124);

Ao lado dessas jurisdições especiais, a Constituição prevê a jurisdição comum estadual ou federal: a) à justiça federal (art. 109, IV), valendo esclarecer que as contravenções penais competem à justiça comum estadual (Súmula 38, STJ), mesmo em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades; b) à justiça comum estadual compete tudo o que não for de competência das jurisdições especiais e federal (competência residual).

Finaliza o autor consultado que em relação aos crimes dolosos contra a vida, e outros a que o legislador infraconstitucional posteriormente vier a fazer

expressa referência, a competência para o julgamento será do Tribunal do Júri, da jurisdição comum estadual ou federal, dependendo do caso (art. 5º, XXXVIII, d).⁷³

2.2.2 Competência *ratione personae*

Após ser fixada a competência em razão da matéria, cumpre verificar o grau do órgão jurisdicional competente, ou seja, se o órgão incumbido do julgamento é juiz, tribunal ou tribunal superior. Essa delimitação de competência é feita pela Carta Magna de acordo com a prerrogativa de função (competência *ratione personae*).⁷⁴

E fundamenta o autor que, de fato, confere-se a algumas pessoas, devido à relevância da função exercida, o direito de serem julgadas em foro privilegiado (prerrogativa de foro, segundo alguns Ministros do STF). Não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia (ou igualdade), já que não se estabelece a preferência em razão da pessoa, mas da função.

Acresce mais o autor que, verdadeiramente, o foro por prerrogativa visa preservar a independência do agente político, no exercício de sua função, e garantir o princípio da hierarquia, não podendo ser tratado como se fosse um simples privilégio estabelecido em razão da pessoa. Porém, essa posição não é pacífica na doutrina. Veja a crítica de Nucci:

[...] Se todos são iguais perante a lei, seria uma particular e relevante razão para afastar o criminoso do seu juiz natural, entendido este como o competente para julgar todos os casos semelhantes ao que foi praticado. Não vemos motivo suficiente para que o Prefeito seja julgado na Capital do Estado, nem que o juiz somente possa sê-lo pelo Tribunal de Justiça ou o desembargador pelo Superior Tribunal de Justiça e assim por diante. [...] O

⁷³ CAPEZ, op. cit., p. 255-256.

⁷⁴ Ibid.

fato de se dizer que não teria cabimento um juiz de primeiro grau julgar um Ministro de Estado que cometa um delito, pois seria uma “subversão de hierarquia” não é convincente, visto que os magistrados são todos independentes e, no exercício das suas funções jurisdicionais, não se submetem a ninguém, nem há hierarquia para controlar o mérito de suas decisões. Logo, julgar um Ministro de Estado ou um médico exige do juiz a mesma imparcialidade e dedicação, devendo-se clamar pelo mesmo foro, levando em conta o lugar do crime e não e não a função do réu. [...] Quanto à pretensa proteção que se busca não vemos base para tanto. O juiz de 2º grau está tão exposto quanto o de 1º grau em julgamentos dominados pela política ou pela mídia. Por outro lado, caso o magistrado de 1º grau, julgando um Governador, por exemplo, sofresse algum tipo de pressão, poderia denunciar o caso, o que somente seria prejudicial a quem buscou influenciar o julgador. Por outro lado, caso se deixe levar pela pressão e decida erroneamente, existe o recurso para sanar qualquer injustiça. Enfim, a autoridade julgada pelo magistrado de 1º grau sempre pode recorrer, havendo equívoco na decisão, motivo pelo qual é incompreensível que o foro privilegiado mantenha-se no Brasil. Por que não haveria sentido, como muitos afirmam, que um juiz julgasse um Ministro do Supremo Tribunal Federal? Não está julgando o cargo, mas sim a pessoa que cometeu o delito. Garantir que haja o foro especial é conduzir justamente o julgamento para o contexto do cargo e não do autor da infração penal. Por acaso teria o Judiciário maior zelo para condenar um Presidente da República do que um brasileiro comum? Pensamos que jamais deveria agir com tal postura discriminatória, o que justifica deverem ser todos julgados pelo magistrado do lugar da infração ou do domicílio do réu, excetuados apenas os casos de matérias específicas. [...].

Cita Nucci, também, trechos de uma entrevista do Ministro Marco Aurélio Mello do STF que abraça a mesma causa:

[...] Ele disse que é contra o foro especial ‘porque deve prevalecer tratamento igualitário aos cidadãos’. ‘Ninguém deve ter privilégio. Muitos buscam o mandato parlamentar como um escudo. Um escudo para não se verem processados no juízo competente, a primeira instância’. Ele reiterou que em um regime democrático deve prevalecer a isonomia. Claudicou? Que responda na primeira instância’, argumentou. ‘Devemos lutar para que todos, inclusive servidor ou agente público, sejam submetidos ao primeiro grau’[...].⁷⁵

Não é diferente o pensamento do Ministro Celso de Mello do STF, conforme alguns trechos da sua entrevista à Folha de São Paulo e também publicada pela Revista Conjur (Consultor Jurídico):

[...] Como o senhor analisa a situação do foro privilegiado no Brasil?

A minha proposta é um pouco radical, porque proponho a supressão pura e simples de todas as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal. Mas, para efeito de debate, poderia até concordar com a subsistência de foro em favor do presidente da República, nos casos em que ele pode ser responsabilizado penalmente, e dos presidentes do

⁷⁵ NUCCI, op. cit., p. 267-269.

Senado, da Câmara e do Supremo. E a ninguém mais. Eu sinto que todas as autoridades públicas não de ser submetidas a julgamento, nas causas penais, perante os magistrados de primeiro grau. Ao contrário do STF, que é um tribunal com 11 juízes, você tem um número muito elevado de varas criminais [na primeira instância], e pelo Estado inteiro. Com essa pluralização, a agilidade de inquéritos policiais, dos procedimentos penais é muito maior. Acho importante nós considerarmos a nossa experiência histórica. Entre 25 de março de 1824, data da primeira carta política do Brasil, e 30 de outubro de 1969, quando foi imposta uma nova carta pelo triunvirato militar, pela ditadura, portanto um período de 145 anos, os deputados e os senadores não tiveram prerrogativa de foro. Mas nem por isso foram menos independentes ou perderam a sua liberdade para legislar até mesmo contra o sistema em vigor. A Constituição de 1988, pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática, porque ampliou de modo excessivo as hipóteses de competência penal originária.

Como é o foro especial em outros países?

Algumas cortes constitucionais européias detêm competência penal originária. A Corte Constitucional italiana, por exemplo, mas para hipóteses muito limitadas, quatro ou cinco, e nada mais. Na França, o Conselho Constitucional detém competência penal originária em relação a pouquíssimas autoridades, cinco, se tanto. Ou seja, são constituições republicanas, mas que refletem a mesma parcimônia que se registrara na carta monárquica brasileira de 1824. No modelo norte-americano, já ao contrário, não há prerrogativa de foro. Temos algumas constituições que se aproximam do modelo brasileiro, mas este é quase insuperável, quase invencível. Vale a pena pegar algumas constituições estaduais do Brasil para ver as autoridades com foro junto ao Tribunal de Justiça. Começa com o vice-governador e vai embora. Entra Deus e todo mundo [...].⁷⁶

Mas enquanto não vem a emenda constitucional, a prerrogativa permanecerá e os tribunais são obrigados a cumprir a Lei das Leis.

A competência *ratione personae* está assim distribuída: a) Supremo Tribunal Federal: (art. 102, I, b e c, CF); b) Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, a, CF); c) Tribunais Regionais Federais (art. 108, I, a, CF); d) Tribunais de Justiça dos Estados e do DF (arts. 96, III e 29, X, CF); e) Tribunais Regionais Eleitorais dos Estados e DF (Membros do Ministério Público Estadual e Juízes Estaduais – crime eleitoral, art. 96, III, *in fine*, CF).

A doutrina traz alguns esclarecimentos importantes: no Supremo Tribunal Federal as pessoas com prerrogativa de função que cometerem um crime comum,

⁷⁶ VALENTE, Rubens; SELIGMAN, Felipe; MELLO, Fernando. Fim da Prerrogativa: Celso de Mello critica foro por prerrogativa de função. **Consultor Jurídico Revista Eletrônica: Notícias**. 26 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-26/celso-mello-defende-fim-foro-prerrogativa-funcao>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

eleitoral, militar (ou contravenção penal), serão julgadas no Pretório Excelso. Prevalece a prerrogativa sobre qualquer outra justiça ou grau de jurisdição. No Superior Tribunal de Justiça da mesma forma, isto é, se cometerem um crime comum, militar ou eleitoral, serão julgadas no STJ. Como no caso anterior, também prevalece a competência da Superior Instância sobre qualquer outra Justiça ou grau de jurisdição (salvo a do STF, por elementar).⁷⁷

No tocante aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (no processo e julgamento de Membros do Ministério Público Estadual e Juízes Estaduais) a Constituição faz uma ressalva expressa: se qualquer dos agentes praticar um crime eleitoral, será julgado pelo TRE, órgão de segundo grau da justiça eleitoral. Fora essa ressalva constitucional, eles ficam vinculados ao Tribunal de Justiça do respectivo estado e, mesmo que cometa o agente um delito de competência da Justiça Federal, tem-se entendido que prevalece a prerrogativa de ser julgado pelo seu TJ.⁷⁸

Em se tratando de crime de competência do Tribunal do Júri, prevalece a prerrogativa de função, pois assegurada na Constituição (princípio da especialidade). [...] Também o local da prática do crime: em outra unidade da federação, não desloca a competência, sendo esta do Tribunal Justiça do Estado dos Juízes e Ministério Público.⁷⁹

Nos Tribunais Regionais Federais, em simetria, os juízes federais, militares e da justiça do trabalho e membros do MP da União serão julgados nas mesmas condições, mas pelo respectivo Tribunal Regional Federal, art. 108, I, "a", da Constituição. Também existe a ressalva em relação aos crimes eleitorais, de

⁷⁷ LOPES JR., op. cit., p. 485-486.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

modo que, se um desses agentes cometer um crime dessa natureza, será julgado pelo órgão de segundo grau da Justiça Eleitoral, ou seja, o TRE. Em se tratando de crime de competência do Tribunal do Júri, prevalece a competência do TRF.⁸⁰

O Deputado Estadual tem a prerrogativa de ser julgado pelo mais alto tribunal do estado ao qual está vinculado. Logo, se cometer um crime de competência da Justiça Comum Estadual, será julgado pelo Tribunal de Justiça; em se tratando de crime de competência da Justiça Federal, será julgado no TRF; por fim, sendo crime eleitoral, será julgado no TRE. Em se tratando de crime de competência do Tribunal do Júri, continua prevalecendo a prerrogativa de função, pois está assegurada na Constituição (princípio da simetria). No entanto, aqui se abre um parêntese, pois este último posicionamento de Aury Jr, está contra a Jurisprudência consolidada do STF, pois a súmula 721 preceitua: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual”.⁸¹

No que pertine ao prefeito, se ele cometer um crime de competência da Justiça Comum Estadual, será julgado no Tribunal de Justiça, mesmo que se trate de um crime de competência do Tribunal do Júri. Contudo, se for um crime eleitoral, será julgado pelo TRE. Se o delito for de competência da Justiça Federal será julgado pelo TRF. Neste sentido, afirma a Súmula nº 702 do STF: “A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau”. Importante ainda, nessa matéria, consultar as Súmulas números 208 e 209 do STJ.⁸²

⁸⁰ LOPES JR., op. cit.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

Mais detalhes em relação à competência *ratione materiae*, serão trazidos no Capítulo três, quando será estudada a prorrogação da competência penal do STF para alcançar cidadão comum por conexão e continência, objeto desta pesquisa acadêmica.

2.2.3 Competência *ratione loci*

Há três teorias a respeito do lugar do crime: a) **teoria da atividade**: lugar do crime é o da ação ou omissão, sendo irrelevante o lugar da produção do resultado; b) **teoria do resultado**: lugar do crime é o lugar em que foi produzido o resultado, sendo irrelevante o local da conduta; c) **teoria da ubiqüidade**: lugar do crime é tanto o da conduta quanto o do resultado (o grifo é nosso).⁸³

Entendeu o legislador que o juiz competente para processar e julgar uma causa criminal é o do lugar onde a infração se consumou (*locus delicti commissi*). Este é o foro comum, para as infrações penais em geral. É a regra em matéria de competência penal. É o lugar onde se consumou a infração que firma a competência para o processo e julgamento da causa. [...] Diz o art. 70 do CPP: “A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”.⁸⁴

É, pois, no foro (território) onde a infração penal se consumou que o culpado deve ser processado e julgado. [...] Mas quando se tem por consumada uma infração penal? Quando nela se reúnem todos os elementos da sua definição

⁸³ CAPEZ, op. cit., p. 275-276.

⁸⁴ TOURINHO FILHO, 2012, op. cit., p. 132-133.

legal. A regra, aparentemente simples, às vezes torna-se complexa, intervindo a doutrina e a jurisprudência para a equação do problema.⁸⁵

Portanto, dependendo do crime praticado, será escolhida qual teoria a ser aplicada (casuísmo). Primeiro analisa a regra geral acima mencionada e, não sendo o caso, socorre-se das outras teorias com a ajuda da doutrina e jurisprudência.

Para ilustrar, a doutrina traz algumas regras especiais: a) quando incerto o limite entre duas comarcas, se a infração for praticada na divisa, a competência será firmada pela prevenção (art. 70, § 3º); b) no caso de crime continuado ou permanente, praticado em território de duas ou mais jurisdições, a competência será também firmada pela prevenção (art. 71); c) no caso de alteração do território da comarca, por força de lei, após a instauração da ação penal, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado analogicamente o art. 87 do CPC, que trata da *perpetuatio jurisdictionis*, mantendo-se a competência original. [...].⁸⁶ Os demais casos especiais serão omitidos, para não fugir do tema objeto deste trabalho acadêmico, evitando o alongamento e saindo do foco.

No tocante à competência pelo domicílio ou residência do réu: a) não sendo conhecido o lugar da infração, a competência será firmada pelo domicílio do réu (CPP, art. 72, *caput*); b) se o réu tiver mais de um domicílio, a competência será firmada pela prevenção (CPP, art. 72, § 1º); c) se o réu tiver residência certa ou for ignorado o seu paradeiro, será competente o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato (CPP, art. 72, § 2º); d) no caso de ação penal exclusivamente privada, o querelante poderá preferir o foro do domicílio ou residência do réu, em vez do foro do local do crime, ainda que este seja conhecido (CPP, art. 73); e) domicílio é o lugar onde a pessoa se estabelece com ânimo definitivo, onde exerce suas

⁸⁵ TOURINHO FILHO, 2012, op. cit.

⁸⁶ CAPEZ, op. cit., p. 276.

ocupações habituais (arts. 70 e 71, CC); f) no caso da pessoa ter vários domicílios, qualquer um será considerado como tal (art. 70, CC).⁸⁷

2.3 Competência absoluta e relativa

Chama-se absoluta a hipótese de fixação de competência que não admite prorrogação, isto é, deve o processo ser remetido ao juiz natural determinado por normas constitucionais ou processuais penais, sob pena de nulidade do feito. Exemplos: encaixam-se nesse perfil a competência em razão da matéria (ex: federal ou estadual; cível ou criminal; matéria criminal geral ou especializada, como júri etc.) e a competência em razão da prerrogativa de função (ex.: julgamento de juiz de direito deve ser feito pelo Tribunal de Justiça; julgamento de Governador deve ser feito pelo Superior Tribunal de Justiça etc).⁸⁸

Já relativa, é a hipótese de fixação de competência que admite prorrogação, ou seja, não invocada a tempo a incompetência do foro (lugar), reputa-se competente o juízo que conduz o feito, não se admitindo qualquer alegação posterior de nulidade. Exemplo: é o caso da competência territorial, tanto pelo lugar da infração quanto pelo domicílio ou residência do réu. Vale acrescentar que a divisão entre competência absoluta e relativa – a primeira improrrogável, enquanto a segunda admitindo prorrogação – é dada pela doutrina e confirmada pela jurisprudência, embora não haja expressa disposição legal a respeito.⁸⁹

⁸⁷ CAPEZ, op. cit., p. 277-278.

⁸⁸ NUCCI, op. cit., p 205.

⁸⁹ Ibid.

Também, aqui não haverá maior extensão na discussão do assunto, para não ficar redundante, pois os detalhes doutrinários e jurisprudenciais já foram expostos, no estudo do princípio do juiz natural, no capítulo anterior.

2.4 Competência por conexão e continência

Conexão é o vínculo, o liame, o nexos 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 em um mesmo processo e **a prorrogação de competência** (o grifo é nosso).⁹⁰

Os doutrinadores classificam a conexão da seguinte forma:

a) **Conexão intersubjetiva** (artigo 76, I, CPP), onde há infrações penais interligadas que devem ser praticadas por duas ou mais pessoas: a.1) **Conexão intersubjetiva por simultaneidade**: na hipótese, ocorrem várias infrações praticadas ao mesmo tempo por várias pessoas reunidas que não estão de forma prévia acordadas; a.2) **Conexão intersubjetiva concursal**: ocorre quando várias pessoas, previamente acordadas, praticam várias infrações embora diverso o tempo e o lugar; a.3) **Conexão intersubjetiva por reciprocidade**: ocorre quando várias infrações são praticadas, por diversas pessoas, umas contra as outras, havendo o que se chama de reciprocidade na violação de vínculo jurídico, algo que se distancia do crime de rixa, crime único (o grifo é nosso).⁹¹

⁹⁰ CAPEZ, op. cit., p. 285.

⁹¹ Ibid.

b) **Conexão objetiva, material, teleológica ou finalística** (artigo 76, II, do Código de Processo Penal): ocorre quando uma infração é praticada para facilitar ou ocultar outra, ou para conseguir impunidade ou vantagem;

c) **Conexão instrumental ou probatória** (artigo 76, III, do Código de Processo Penal): ocorre quando a prova de uma infração ou de suas elementares influir na prova de outra infração. A chamada conexão na fase preliminar investigatória nada mais é que uma forma de conexão instrumental, quando se dá a reunião dos inquiridos, na Polícia, com o objetivo de obter a verdade real e a melhor forma de acompanhar a investigação (o grifo é nosso).⁹²

Já a continência provém de continente, aquilo que contém ou tem capacidade para conter algo. No contexto processual penal, significa a hipótese de um fato criminoso conter outros, tornando todos uma unidade indivisível.⁹³

Depois do conceito, serão analisadas às hipóteses apresentadas.

1ª) quando duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração (CPP, art. 77, I), nesse caso, existe um único crime (e não vários), cometido por dois ou mais agentes em concurso, isto é, em coautoria ou em participação, nos termos do art. 29, caput, CP. Aqui, o vínculo se estabelece entre os agentes e não entre as infrações. É o caso da rixa (crime plurissubjetivo de condutas contrapostas), em que se torna conveniente o *simultaneus processus* entre todos os acusados. Há um só crime praticado, necessariamente, por três ou mais agentes em concurso.

2ª) no concurso formal, (CP, art. 70), *aberratio ictus* (CP, art. 73) e *aberratio delicti* (CP, art. 74) – aqui, existe pluralidade de infrações, mas unidade de conduta. No

⁹² ROMANO, Rogério Tadeu. **Continência e Conexão como Formas de Modificação de Competência no Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.ifrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina264-continencia-e-conexao-formas-processo-penal.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

⁹³ NUCCI, op. cit., p. 244.

concurso formal, o sujeito pratica uma única conduta, dando causa a dois ou mais resultados [...]. Na *aberratio ictus*, o sujeito erra na execução e atinge pessoa diversa da pretendida ou, ainda, atinge quem pretendia e, além dele, terceiro inocente. Na *aberratio delicti*, o sujeito quer pratica um crime, mas, por erro na execução, realiza outro, ou, ainda, realiza o crime pretendido e não o querido. [...] Em todos esses casos, as causas são continentais e devem ser julgadas pelo mesmo juiz.⁹⁴

Após esse apanhado geral, serão agora analisadas as regras destes dois institutos acima estudados. Capez diz que, ocorrendo a reunião dos processos pela conexão ou continência, poderá haver prorrogação de competência em relação a um dos crimes, gerando a dúvida: qual o juízo que fará prevalecer a sua competência sobre a do outro? O art. 78 do CPP elucida:

- a) no concurso entre a competência material do júri e a de outro órgão da jurisdição comum prevalecerá a do júri, (exceto se houver prerrogativa de função prevista na CF);
- b) no concurso entre infrações penais de competência da jurisdição comum, não havendo crime da competência do júri, prevalecerá a do juízo competente para o julgamento da infração mais grave; [...]
- c) no concurso entre infrações penais de igual gravidade [...], todas da competência da jurisdição comum, e não havendo nenhuma de competência do Júri, prevalecerá a competência do juízo do lugar onde tiver sido cometido o maior número de infrações;
- d) não havendo diferença entre jurisdição competente, gravidade e número de infrações, a competência será determinada pela prevenção;

⁹⁴ CAPEZ, op. cit., p. 286.

e) no concurso entre a jurisdição comum e a especial, em que ambas estejam fixadas por lei, prevalecerá a especial, de modo que os processos deverão ser reunidos por força da conexão e julgados todos perante o juízo dotado de jurisdição especial. Entretanto, esclarece o doutrinador, que, quando a competência comum tiver sido estabelecida diretamente pela Constituição Federal, não haverá reunião de processos, devendo cada qual seguir perante o seu correspondente juízo; [...]

f) no concurso entre jurisdição comum estadual e jurisdição comum federal prevalece a da justiça federal, embora não haja diferença de hierarquia entre ambas, nem se possa falar que a justiça federal é especial em relação à estadual (Súmula 122 do STJ);

g) na hipótese de crime cometido por juiz de direito em concurso com outros agentes que não gozam de foro privilegiado (cidadão comum), ao Tribunal de Justiça com competência para julgar o magistrado, nos termos do art. 98, III, da Constituição Federal, incumbirá julgar os demais acusados [...]. Tal entendimento está consubstanciado na Súmula 704 do STF [...]. Este assunto será mais bem analisado em item separado no capítulo três.

Mais adiante, esclarece os doutos que, nos termos do art. 82 do CPP, se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva. Neste caso, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas.⁹⁵

Os demais estudos (separação de processos, competência por prevenção, *perpetuatio jurisdictionis*) não serão aqui tratados, pois fogem um pouco

⁹⁵ CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 286-288.

do objeto desta pesquisa acadêmica. Além disso, maiores detalhes doutrinários e jurisprudenciais no tocante à conexão e continência serão melhores apreciados no último capítulo deste trabalho em tópicos separados, evitando-se assim a redundância.

3 COMPETÊNCIA PENAL DO STF POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

De acordo com o artigo 102 da Constituição Federal (inciso I, alíneas b e c), apenas pessoas com prerrogativa de foro podem ser processadas criminalmente no Supremo. Neste artigo, verifica-se que o STF é competente para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; também é competente o Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente, nas 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 art. 52, I – os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, totalizando aproximadamente 800 autoridades com foro especial por prerrogativa de função.

Em 2013, tramitam no STF 491 inquéritos e 163 ações penais, nos quais autoridades como deputados federais, senadores e ministros de Estado, entre outras, conforme acima demonstrado, são investigadas e processadas pelos mais diversos crimes.^{96 97}

Os crimes eleitorais são os mais comuns nos inquéritos e nas ações penais, seguidos de crimes de responsabilidade, supostamente cometidos quando a autoridade atuou como prefeito municipal, crimes previstos na Lei de Licitações (lei

⁹⁶ STF. **Estatística**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**: Atuação de magistrados instrutores agiliza tramitação de processos penais no STF. 06 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188495>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

nº 8.666/93), crimes contra a ordem tributária e crimes contra a administração pública, como peculato.⁹⁸

3.1 Evolução histórica e jurídica das decisões do STF no tocante a ex-ocupantes de função pública

Anteriormente ao cancelamento da Súmula 394 do STF (editada em abril de 1964) e que, portanto, subsistiu ao longo de mais de três décadas, procedida a revogação de seu enunciado em decisão no Inq. 687-4, em 25.8.1999 (DJU 9.9.1999), Rel. Min. Sidney Sanches, sempre prevaleceu o entendimento, à luz do referido verbete, que, mesmo com a cessação do exercício da função, persistia o foro privilegiado por crime praticado durante o exercício funcional, ainda que o inquérito ou a ação penal tivessem sido iniciados após a cessação daquele exercício.⁹⁹

No julgamento do mencionado inquérito, ponderou o Min. Sidney Sanches que:

a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. (...) **as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos** (o grifo é nosso).

Pelo atual entendimento do STF, a competência por prerrogativa de função somente se firma no caso de o indiciado, acusado ou réu ainda se encontrar,

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**: Atuação de magistrados instrutores agiliza tramitação de processos penais no STF. 06 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188495>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

⁹⁹ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Competência Penal**: Doutrina e Jurisprudência. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007, p. 35.

no curso do inquérito ou da ação penal, desempenhando cargo ou mandato que lhe garanta o foro especial. O Supremo emprestou interpretação restritiva ao art. 102, I, b e c da Constituição Federal, entendendo que este dispositivo não alcança pessoas que não mais exercem mandato ou cargo.¹⁰⁰

Deixando o cargo (por cassação, renúncia ou simples término do mandato) o ex-titular responderá no foro comum por atos praticados no desempenho da função pública. Ou seja, ele passa a ser processado e julgado na primeira instância, competindo aos juízes federais processar e julgar ex-presidentes da República, ex-ministros de Estado, ex-deputados federais, ex-senadores da República, ex-magistrados federais (mesmo os que integraram tribunais), além de outros ex-ocupantes de cargos públicos acusados da prática de crimes em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas entidades autárquicas e empresas públicas. Em se tratando de ex-autoridades estaduais e municipais – que não se tenham envolvido em delitos de âmbito federal – caberá aos juízes de Direito o respectivo julgamento.¹⁰¹

Porém, aqueles que tinham o foro privilegiado não se deram por vencidos e tentaram dar um golpe. O que fizeram com a alteração legislativa do art. 84 do CPP, a qual foi urdida com a urgência própria de fim de mandato, com o objetivo de que o foro por prerrogativa de função ficasse assegurado aos exercentes de funções públicas, mesmo depois de cessada a investidura. [...] E, num assomo de criatividade, os parlamentares ainda acrescentaram que o foro por prerrogativa de

¹⁰⁰ SILVA MENESES, Geraldo Magela. **Foro por prerrogativa de função**: nova diretriz do STF. (cancelamento da Súmula 394). Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/846>>. Acesso em: 7 abr. 2013.

¹⁰¹ Ibid.

função se estenderia não só à matéria criminal, mas até para quaisquer infrações cíveis previstas na lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92).¹⁰²

Com isso, foi editada e sancionada a Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, publicada no DOU de 26.12.2002. Por força dela, assim ficou redigido o art. 84 do CPP:

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

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

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

E como não poderia ser diferente, o STF fulminou a referida lei pela inconstitucionalidade latente. Vejam trechos do julgado:

EMENTA: I. [...] 2.[...]. II. [...]. III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1.[...]. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, insita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4.[...]. 5.[...]. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2.[...]. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a

¹⁰² MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Foro por Prerrogativa de Função e a Lei n. 10.628/02**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2003. Disponível em: <http://5ccr.pgr.mpf.gov.br/publicacoes/publicacoes-diversas/prerrogativa-de-foro/prerrogativa_foro_hugo_nigro.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2013.

última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4.[...]. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6.[...]. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1.[...]. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo – cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos – a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.¹⁰³

Concluindo, o golpe não deu certo. O STF, conforme o exposto, manteve a interpretação estrita do art. 102 da CF, não alcançando, por óbvio, a ação de improbidade administrativa de natureza civil e o foro por prerrogativa para as altas autoridades só vigoraria durante a investidura no cargo, ou seja, os ex-ocupantes de cargos públicos responderiam perante o Juízo de Primeiro Grau de Jurisdição.

3.2 Conexão e continência envolvendo pessoa com foro por prerrogativa de função prevista na Constituição Federal e cidadão comum

Este é o ponto nevrálgico deste trabalho acadêmico, isto é, analisar a compatibilidade com o texto constitucional da prorrogação legal da competência, por conexão e continência, do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de acusados que não detém prerrogativa de foro funcional (cidadãos comuns).

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19/12/2006.

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado em sua jurisprudência acerca da atração para a sua competência, por conexão e continência, de ações penais que deveriam ser julgadas originariamente por outros foros, na Súmula nº 704, cujo conteúdo é o seguinte: “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

A partir da Emenda Constitucional 35/2001, além do considerável aumento da quantidade de autoridades sujeitas diretamente ao foro do Supremo Tribunal Federal (aproximadamente 800 pessoas, art 102, CF, já estudado), sem a imunidade formal dos parlamentares, as ações que, antes permaneciam suspensas desde longas datas na Secretaria do Tribunal, por falta de autorização pela respectiva Casa do Congresso Nacional, voltaram a ter curso normal. E as novas ações, as quais foram propostas após este momento histórico, passaram a tramitar regularmente, sem paralisações.¹⁰⁴

A real problemática da reunião, por conexão e continência, de ações penais originárias com ações propostas contra outros acusados que não detém foro funcional no Supremo Tribunal Federal, só surgiu a partir da referida Emenda Constitucional, mas as consequências do não desmembramento das ações só foram percebidas durante a tramitação destas ações.¹⁰⁵

E foi no curso da Ação Penal 470 que a situação se mostrou mais inconveniente. O ministro Celso de Mello, apesar de ter votado pela reunião das ações, registrou inconvenientes que seriam causados ao Supremo Tribunal Federal:

¹⁰⁴ LAGO, op. cit.

¹⁰⁵ Ibid.

Essa outorga constitucional de prerrogativa de foro culmina por gerar, muitas vezes, considerada a regra de *'forum attractionis'* – que confere prevalência à jurisdição penal desta Suprema Corte – a instauração de processos multitudinários, cuja existência representa fatos aptos a romper a regularidade dos trabalhos do Tribunal, tumultuando-lhe a ordem dos serviços e obstruindo o normal desenvolvimento e execução de sua agenda de julgamentos [...].¹⁰⁶

Para o Ministro Marco Aurélio, precursor do debate sobre a não ampliação da competência para alcançar cidadãos comuns, a interpretação da constituição no tocante à competência de foro por prerrogativa de função deve ser de direito estrito, a alcançar apenas e tão somente quem tem competência por prerrogativa de função prevista na Lei Máxima, o que pode ser observado no seguinte trecho de seu voto na AP nº 470:

Partindo-se da premissa relativa à taxatividade da competência originária do Supremo, mostra-se contrário à Carta da República o alargamento de atuação do Tribunal por interpretação da legislação ordinária. Rege-a, na espécie, a Constituição Federal. Sob esse ângulo, o que previsto em termos de competência do Supremo é direito estrito, valendo notar que as normas reveladoras da prerrogativa de foro consubstanciam exceção, consubstanciam competência funcional, e esta é de natureza absoluta – o que afasta, por isso, a preclusão – é o que se contém no artigo 102 da Constituição Federal. Normas instrumentais comuns, como são as do Código de Processo Penal relativas à continência e à conexão, não implicam aditamento ao que previsto na Lei Maior, sob pena de esta perder a característica que lhe é própria, ou seja, a rigidez.¹⁰⁷

Quando será analisado o item sobre o Inq nº 2704 e AP nº 666, adiante, verificarão que alguns Ministros já abraçam a mesma causa. A maioria doutrinária, contudo, está em consonância com a Jurisprudência dominante no STF, da aplicação da conexão e continência, nos termos da Súmula nº 704. No entanto, alguns doutrinadores abalizados coadunam com o mesmo entendimento da corrente minoritária.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq-QO-QO 2245, op. cit., voto do ministro Celso de Mello, p. 86.

¹⁰⁷ **Consultor Jurídico Revista Eletrônica: notícias.** AP 470: Leia voto de Marco Aurélio para desmembrar a AP 470: Notícias. 6 agosto 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br> >. Acesso em: 12 nov. 2012.

Carlos Maximiliano preceitua o seguinte:

Interpreta-se estritamente a norma que determina os casos submetidos ao *veredictum* de tribunais especiais. [...] Em geral, a competência é de direito estrito, não se presume. Entretanto, na dúvida entre a comum e a especial, prevalece a primeira.¹⁰⁸

Uadi Lamêgo Bulos, constitucionalista de renome, também segue a mesma linha:

As competências do Supremo Tribunal Federal foram enumeradas taxativamente no Texto de 1988, motivo pelo qual nem o Poder Legislativo, mediante edição de leis ou atos normativos, nem o Poder Executivo, por meio de medidas provisórias, poderão ampliá-las ou restringi-las. [...] o Congresso Nacional encontra-se impossibilitado de estender ou diminuir o rol de atribuições taxativas do Supremo Tribunal Federal (art. 102) ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 105). Ambos só podem processar e julgar os temas delimitados constitucionalmente, porque o juízo natural a que se vinculam inadmite alargamento ou diminuição de competências.¹⁰⁹

Soma-se, às demais opiniões, o posicionamento do mestre em processo penal Fernando da Costa Tourinho Filho:

[...] se houver conexão ou continência envolvendo pessoas que devam ser processadas e julgadas pelo STF, ou STJ, ou Tribunal Regional Federal, e outras não elencadas nos arts. 102, 105 e 108 da CF? A competência desses Tribunais vem fixada na Lei Maior. Como nesta não existe nenhuma regra explícita, ou implícita, permitindo-lhes o julgamento de outras pessoas, além daquelas ali elencadas, e não podendo a lei ordinária alterar-lhes a competência, segue-se deva haver a disjunção dos processos. Na verdade, se não há na Constituição nenhuma regra implícita ou explícita permitindo a esses Tribunais o julgamento de outras pessoas, como poderia ocorrer o *simultaneus processus*? É possível que a solução não seja justa, em face das inconveniências resultantes da cisão dos processos; contudo é legal e, além do mais, parece-nos um não senso dar ao texto constitucional interpretação extensiva [...].¹¹⁰

Maria Lúcia Karam, outra processualista de muito respeito, na mesma linha de raciocínio, faz uma síntese perfeita do assunto:

¹⁰⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 230, nota 3.

¹⁰⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1282.

¹¹⁰ TOURINHO FILHO, 2012, op. cit., p. 267.

Ao conceituar o órgão jurisdicional pré-constituído como sendo aquele cuja competência resulta, no momento do fato, de determinadas normas abstratas já existentes, há que se entender, portanto, que esta competência resultante de normas abstratas é estabelecida em regras constitucionais, não abrangendo, a princípio, a competência delimitada e atribuída por regras constantes da legislação infraconstitucional, no que se referem à simples divisão de trabalho entre os diversos órgãos jurisdicionais cujo âmbito de atuação decorre da distribuição de competências constitucionalmente estabelecida [...].¹¹¹

Noutra oportunidade, também na mesma obra, a mesma processualista

verbera:

[...] o que importa ressaltar é que da mesma forma que não se pode afastar quanto ao cidadão comum acusado da prática de crime doloso contra a vida a competência do júri – seu juiz natural, tampouco se poderia afastar quanto ao cidadão comum acusado de infração penal de diversa natureza a competência de outro órgão jurisdicional de 1º grau – igualmente seu juiz natural, nenhuma diferença havendo no fato de não estar tal competência, no que se refere aos juízes estaduais, explicitada em regra constitucional específica. **A competência originária dos órgãos jurisdicionais de 1º grau das justiças estaduais é, tanto quanto a competência do júri, constitucionalmente estabelecida, sendo apenas, porque residual, implícita e não explicitamente atribuída. Induvidoso que o cidadão comum tem como seu juiz natural o órgão jurisdicional de 1º grau, não podendo a vinculação de causas levá-lo a ser originariamente processado perante órgão superior** (o grifo é nosso).

[...] A competência originária dos órgãos superiores não pode estender ao exame de causas, que, embora conexas àquelas possuidoras das particularidades consideradas, não as possuem, **pois tal ressalva a Constituição Federal não faz – e, não o fazendo, mantém e impõe a competência originária implicitamente atribuída aos órgãos jurisdicionais de 1º grau para toda e qualquer causa não excepcionada nas regras constitucionais** (o grifo é nosso).

Necessária, assim, a participação da competência, em todos os casos em que, havendo causas conexas, as regras constitucionais atribuem a competência originária para o exame de umas e outras a órgãos jurisdicionais de diferentes graus, impondo-se para a determinação do juízo competente a consideração isolada daquelas causas, vedada, portanto, a reunião das ações, deixando aqui de incidir as regras infraconstitucionais que fazem a conexidade funcionar como fator determinante da competência, não estando, evidentemente, o legislador ordinário autorizado a excepcionar ou ampliar regras constitucionais.¹¹²

Não destoam dos entendimentos citados, o pensamento de Fernando

Capez ao criticar a Súmula nº 704 do STF:

¹¹¹ KARAM, Maria Lúcia. **Competência no Processo Penal**. 4. ed. rer., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 67.

¹¹² *Ibid.*, p. 101-102.

Essa posição jurisprudencial, aparentemente firmada de modo irreversível, pode ser criticada pelo fato de que uma regra meramente processual, como é a da conexão e da continência, não deveria ter o condão de afastar o juiz natural fixado pela própria CF.¹¹³

Por outro fundamento, Renato Brasileiro de Lima preceitua:

[...] o que determina o *simultaneus processus* em relação a sua pessoa perante o Supremo é a continência por cumulação subjetiva, norma prevista em lei ordinária – Código de Processo Penal (art. 77, I). Ocorre que, por força desse julgamento perante o Supremo, o co-autor não terá direito de apelar. Fica a dúvida, então: poderia uma lei ordinária (CPP, art. 77, I) prevalecer sobre dispositivo que tem *status* normativo supralegal (Pacto de São José da Costa Rica, art. 8º, n. 2, “h”), privando o co-autor do direito de apelar? Pensamos que não.¹¹⁴

De fato, quando o artigo 102, I, “b” e “c” da Constituição de 1988 fixou a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de ações penais originárias contra determinadas autoridades não autorizou a prorrogação desta competência para outros réus em crimes conexos com aqueles. Poder-se-ia argumentar, tal como fez o ministro Moreira Alves na Petição 760, que isso estaria implícito, sendo desnecessária a sua expressa previsão no texto constitucional. Mas não é bem assim.¹¹⁵

O próprio ministro Moreira Alves consignou em seu voto que no artigo 52, I da Constituição há expressa previsão para a atração pelo Senado de competência para julgar crimes de responsabilidade praticados pelos ministros de Estado, desde que conexos com crimes praticados pelo presidente da República. Ora, se é assim, para se admitir a prorrogação da competência do Supremo Tribunal Federal para alcançar outros acusados não detentores de foro funcional na Corte, também seria necessário que o próprio texto constitucional previsse a conexão. Mas não o fez.

¹¹³ CAPEZ, op. cit., p. 270.

¹¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Competência Criminal**. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 390.

¹¹⁵ LAGO, op. cit.

Não há razão para, dentro do mesmo texto constitucional, ser feita distinção entre as hipóteses.¹¹⁶

Caso fosse desnecessária a previsão expressa de prorrogação de competência em casos de conexão, bastaria que a Constituição previsse no artigo 52, I a competência para julgar os crimes de responsabilidade do presidente e do vice-presidente da República, ficando implícito que os demais corréus em crimes conexos também seriam julgados no mesmo foro. Para superar este problema, ponderou o ministro Moreira Alves que “a circunstância de ser expressa nesse caso não dá margem à aplicação do brocardo *inclusio uniua exclusiu alterius*”, porque “quando não há a conexão ali prevista, a competência para processar e julgar originariamente Ministro de Estado nos crimes de responsabilidade é desta Corte e não do Senado Federal”.¹¹⁷

Ora, tivesse razão o ministro Moreira Alves, e que a previsão acerca dos crimes conexos só foi expressa no artigo 52, I da Constituição, porque a própria Constituição fixava foro diverso para ministros de Estado, que era no próprio Supremo Tribunal Federal, então só seria possível prorrogar a competência para acusados por crimes conexos que não tivessem no próprio texto constitucional a fixação de um foro diverso. Ou seja, aplicando-se os mesmos fundamentos que serviram à interpretação feita na Petição 760, a competência do Supremo Tribunal Federal só seria prorrogada para julgar crimes conexos imputados a acusados que não tivessem outro foro constitucional fixado no texto constitucional. Exemplificando, se um cidadão comum fosse acusado de ter cometido um crime conexo com um congressista, salvo o caso da conveniência do desmembramento, ele deveria responder criminalmente perante o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, caso a

¹¹⁶ LAGO, op. cit

¹¹⁷ Ibid.

acusação recaísse sobre outra autoridade com foro originário diverso do STF, mas fixado no próprio texto constitucional, não se aplicaria a conexão. Seria o caso, por exemplo, do acusado do crime conexo ser um governador de Estado, que permaneceria sendo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, I, “a” da Constituição de 1988. Logo se vê o equívoco de tal interpretação. O que mais parece é que a Constituição foi silente no artigo 102, “b” e “c” sobre os crimes conexos, e o foi exatamente porque não admite a prorrogação de sua competência.¹¹⁸

Outro argumento que não foi observado quando da formação do precedente da Petição nº 760 é que **não se pode admitir que a Constituição da República seja interpretada segundo a lei** (o grifo é nosso). É a lei que deve ser interpretada segundo a Constituição (interpretação conforme). Ainda na segunda questão de ordem na Ação Penal nº 470, o ministro Celso de Mello reconheceu que “a conexão e a continência são modalidades de prorrogação legal de competência e que provocam, quando ocorrentes, a unidade de processo e de julgamento”.¹¹⁹ Ora, se é assim, é razoável que o Supremo Tribunal Federal seja obrigado a buscar na lei, infraconstitucional, os limites de sua competência? Havendo alteração legislativa acerca da definição das hipóteses de conexão ou continência, estaria sendo alterada, indiretamente, a competência do Supremo Tribunal Federal? A lei pode alterar a competência do Tribunal, ou somente uma emenda constitucional poderia fazê-lo?¹²⁰

Por esta nova leitura, propõe-se seja admitida a mutação constitucional, com a superação dos precedentes, revogando-se a Súmula nº 704, não se

¹¹⁸ LAGO, op. cit.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq-QO-QO 2245, op. cit., p. 88.

¹²⁰ LAGO, op. cit.

admitindo a aplicação do artigo 76 do Código de Processo Penal aos casos de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal.¹²¹

Em síntese, a melhor interpretação do tema em debate, respeitando as opiniões contrárias, é a de direito estrito, ou seja, não abrangente dos institutos da conexão e continência (que ampliam a competência) previstos em lei infraconstitucional, sob pena de ferir o princípio do juiz natural (explícito na Constituição) e duplo grau de jurisdição (implícito na Constituição e explícito no Pacto de São José da Costa Rica), estes dois sendo direitos intransponíveis dos cidadãos que não têm foro por prerrogativa funcional (cidadãos comuns), como restou demonstrado e exaustivamente fundamentado. Logo, todos os processos que envolvam quem tem foro por prerrogativa de função e os que não têm essa prerrogativa (cidadãos comuns) devem ser separados para que sejam processados e julgados nos juízos naturais competentes, nos termos previstos na Lei Maior.

3.3 Análise crítica da súmula 704 do STF e seus precedentes

Inicialmente serão analisados os julgados que deram origem à Súmula 704 do STF, pois a interpretação de súmula deve ser feita contextualizando os precedentes que a originaram. O conteúdo da referida Súmula é o seguinte: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq-QO-QO 2245, op. cit., p. 88.

atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.¹²²

Nos precedentes que serviram de base ao Supremo Tribunal Federal, o ponto central da discussão dizia respeito ao alcance dos artigos 76 e 80 do CPP. Em geral, o debate foi travado apenas acerca da existência ou não de conexão entre as ações dos vários acusados, detentores e não detentores de foro funcional. Foi assim no HC 68.846 (Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 02/10/1991, Tribunal Pleno); no RE 170.125 (Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 20/09/1994, Primeira Turma); no HC 75.841 (Relator Ministro Octavio Gallotti, julgado em 14/10/1997, Primeira Turma); e no HC 74.573 (Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 10/03/1998, Segunda Turma).¹²³

Por isso, salvo melhor juízo, o que se extrai do verbete sumular é apenas que o julgamento de todos os réus, incluindo os que não gozam de foro por prerrogativa de função, perante o tribunal originariamente competente, não viola as garantias constitucionais enumeradas. Todavia, o preceito não impõe, obrigatoriamente, que sempre deverá haver tal reunião de causas conexas ou com relação de continência. A garantia do juiz natural, como já estudado no capítulo um, significa que toda pessoa tem direito de ser julgada pelo órgão jurisdicional competente fixado por lei. Além disso, as normas que definem o juiz competente devem estabelecer critérios gerais, abstratos e objetivos de determinação de competência, não se admitindo qualquer possibilidade de alteração de tais critérios por atos discricionários de quem quer que seja.¹²⁴

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 704**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> . Acesso em: 12 nov. 2012.

¹²³ LAGO, op. cit.

¹²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A ação penal 470/DF e a garantia do juiz natural. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo : IBCCRIM, ano 21, n. 242, p. 02-03, jan., 2013. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4797>. Acesso em: 11 mar. 2013.

Por outro lado, a necessidade de determinação da competência, como um dos elementos integrantes da garantia do juiz natural, exige, segundo ensina Figueiredo Dias, que para cada fato criminoso concreto seja previsto apenas um único juiz ou tribunal competente.¹²⁵ E a lei que define o juiz competente não pode deixar “**qualquer discricionariedade ao sujeito encarregado de aplicá-la**” (o grifo é nosso).¹²⁶

Com isso estará assegurando-se a imparcialidade do julgador, ou melhor, nas palavras de Romboli, haverá certeza de que não se tratará de um **juiz escolhido especificamente para aquele processo** e, portanto, um juiz que não seja, seguramente, parcial (o grifo é nosso).¹²⁷ Em última análise, a garantia do juiz natural assegura **a objetividade ou a não manipulação na individualização do juiz** (o grifo é nosso).¹²⁸

O direito à certeza, determinação e não manipulação do juiz concretamente competente não é incompatível com os fatores legais de modificação da competência. A conexão e a continência – e neste ponto se coloca a questão do concurso de agentes, quando um deles goza de foro por prerrogativa de função – são compatíveis com a garantia do juiz natural, desde que suas disciplinas legais se fundem em critérios objetivos e claros que definam, sem qualquer margem para escolhas discricionárias: 1) as hipóteses de conexão e continência; 2) o efeito de reunião dos processos ou de suas separações; 3) o órgão competente para o conhecimento dos processos conexos [...].¹²⁹

¹²⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. v. 1, p. 329. *apud* BADARÓ, op. cit.

¹²⁶ SCAPARONE, Metello. **Elementi di procedura penale – i principi costituzionali**. Milano: Giuffrè, 1999. p. 55, *apud* BADARÓ, op. cit.

¹²⁷ ROMBOLI, Roberto. **Il giudice naturale. Studi sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano**. Milão: Giuffrè, 1981. p. 132, *apud* BADARÓ, op. cit.

¹²⁸ BADARÓ, op. cit.

¹²⁹ NOBILI, Massimo. **Commentario art. 25 comma 1.º. Commentario alla Costituzione a cura di Giuseppe Branca. – arts 24-26, rapporti civili**. Roma, Bologna: Zannichelli, 1981, p. 215; DíEZ, Luis-Alfredo de Diego. **El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley**. Madrid: Tecnos, 1998. p. 159, *apud* BADARÓ, op. cit.

Todavia, nos casos de conexão e continência envolvendo acusados com foro por prerrogativa de função, o STF tem escolhido, **discricionariamente**, se julga ou não todos os acusados, ou se desmembra o processo, como será demonstrado adiante, julgando só aqueles que exercem funções egrégias (o grifo é nosso).¹³⁰

A raiz do problema, segundo Badaró, está numa amplíssima aplicação da parte final do art. 80 do CPP que permite ao juiz, **facultativamente**, separar os processos quando “por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”.¹³¹ A expressão é totalmente aberta, sem qualquer referência segura dos casos em que haverá separação. Prova disso é o comentário feito por Borges da Rosa: “Merece elogios o que estabelece o citado art. 80 do Código, porque mitiga a rigidez dos textos legais concernentes à competência pela conexão e favorece o arbítrio do juiz”.¹³² Ora, mitigar a lei e favorecer o arbítrio é aceitar a discricionariedade incompatível com a garantia do juiz natural.¹³³

A referência a motivo relevante é desnecessária e ineficaz. Certamente, não iria se cogitar de um motivo irrelevante como autorizador da separação do processo, com a mudança de competência. Aliás, se é irrelevante, com ele sequer deverá se preocupar o juiz. Por outro lado, relevante ou não, **o que é um motivo conveniente?** Conveniente é aquilo que convém. O que convém exige um complemento, pois deve convir a algo ou alguém. A lei, todavia, não estabelece qualquer delimitação (o grifo é nosso).¹³⁴

Inevitável concluir que, nesse passo, o art. 80 do CPP viola a garantia do juiz natural, como norma formal, a exigir que as hipóteses de fixação e modificação

¹³⁰ BADARÓ, op. cit.

¹³¹ Ibid.

¹³² ROSA, Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: RT, 1982. p. 184.

¹³³ BADARÓ, op. cit.

¹³⁴ Ibid.

de competência sejam definidas com base em precisos e rigorosos critérios objetivos fixados em lei, não deixando margem a atuações discricionárias.¹³⁵

Admitir que um juiz, ainda que se trate do STF, possa, com base em critérios puramente discricionários, escolher se separa ou mantém reunido um processo e, em última análise, definir quem será competente para julgar os acusados significa dar-lhe poder para determinar, *ex post factum*, quem será o juiz competente. É transformar a garantia do juiz competente predeterminado por lei, em juiz competente pós-determinado discricionariamente.¹³⁶

Urge que o STF defina um critério, claro, seguro e objetivo para tal hipótese, pouco importando qual seja ele. Poderá optar por considerar que sua competência, por ser fixada na Constituição, é de interpretação estrita, não podendo ser alargada por normas infraconstitucionais de conexão e continência e, conseqüentemente, desmembrar todos os processos, julgando apenas quem goza de foro por prerrogativa de função. Poderá, diversamente, concluir que havendo conexão ou continência, a regra constitucional estará preservada desde que, todos os acusados sejam sempre julgados pelo tribunal originariamente competente. O que não é compatível com a garantia do juiz natural, e gera soluções iníquas, com profunda insegurança para os jurisdicionados, é ora o STF manter o *simultaneus processus* e julgar todos os acusados, ora separar os processos e julgar apenas quem tem nele a competência originária.¹³⁷

Conclui-se com as palavras de Franco Cordero: a garantia do juiz natural assegura que “entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de

¹³⁵ ROMBOLI, na doutrina italiana, em relação à expressão, “in ogni caso in cui ne ritenga la convenienza”, Il giudice naturale (...), cit., p. 181. *Apud* BADARÓ, op. cit.

¹³⁶ BADARÓ, op. cit.

¹³⁷ *Ibid.*

competência, que exclui qualquer alternativa resolúvel arbitrariamente”.¹³⁸ E, em edição posterior da mesma obra, complementa: “ninguém pode escolher o juiz ou sujeitar-se a tal escolha”.¹³⁹

3.4 Desmembramentos de processos originários pelo STF: casuística.

O Supremo Tribunal Federal, como será demonstrado, não possui, ainda, um critério objetivo no tocante ao desmembramento de processos originários, decidindo as questões de forma casuística, isto é, caso a caso, de modo subjetivo e discricionariamente, usando as regras do Código de Processo Penal hierarquicamente inferior à Constituição Federal, ferindo, com isso, os Princípios do Juiz Natural (previsto na Constituição Federal) e do duplo grau de jurisdição (estampado no Pacto de São José da Costa Rica) dos cidadãos comuns.

Isso ficou transparente no Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na questão de ordem no início do julgamento da AP 470 (o “mensalão”). Por isso, com a devida vênia, serão transcritos alguns trechos do referido voto, que bem expõe o assunto em comento:

[...] O Supremo Tribunal Federal, levando em conta o estatuído no art. 80 do CPP em inquéritos e ações penais que nele tramitam, tem, de uns tempos para cá, sistematicamente, determinado o seu desmembramento pelos mais variados motivos [...]:

No Inq 517-QO/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, julgado em 8/10/1992, o Plenário decidiu, à unanimidade, que o fato isolado atribuído a certo deputado federal não apresentava vínculo de conexão com os demais indiciados, o que permitiria o desmembramento do feito. [...]

No Inq 559-QO/MG, também relatado pelo Min. Octávio Gallotti e julgado em 9/12/1992, o Plenário, por maioria de votos, assentou a necessidade de desmembramento do feito envolvendo três indiciados, um deles parlamentar, uma vez que, ausente a licença da Câmara dos Deputados, exigível à época para iniciar o processamento, com a consequente

¹³⁸ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milano: Giuffrè, 1966. p. 128-129. *Apud* BADARÓ, op. cit.

¹³⁹ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 5 ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 111. *Apud* BADARÓ, op. cit.

suspensão da prescrição, tornava-se conveniente a separação do processo, com base no art. 80 do CPP. [...]

No mesmo sentido, esta Suprema Corte também decidiu pelo desmembramento nos feitos a seguir destacados: Inq 542-QO/DF, redator para o acórdão Min. Néri da Silveira; Inq 242-QO/DF e Inq 736-QO/MS, Rel. Min. Celso de Mello; Inq 675-QO/PB, Rel. Min. Néri da Silveira; Inq 212/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão e Inq. 1720 – QoRJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

No Inq 1871-QO/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, por sua vez, o Supremo optou pelo desmembramento do processo por entender que a apuração de crimes que exteriorizam tipos penais distintos, sem qualquer liame, envolvendo magistrados de tribunais diversos e pessoas não detentoras de foro privativo, exigiria inexoravelmente tal solução. [...]

Já no Inq 336-AgR/TO, Rel. Min. Carlos Velloso, também por maioria de votos, entendeu-se que, como apenas um dos 60 réus detinha foro por prerrogativa de função, o feito deveria ser desmembrado, pois não se afigurava razoável fazer-se a instrução da ação penal nesta Suprema Corte.[...]

Igualmente no Inq 2.628-QO/RJ e na AP 396/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, esta Corte assentou que, considerada a elevada quantidade de indiciados, seria de bom alvitre o desmembramento dos feitos para propiciar uma tramitação célere, sobretudo objetivando evitar eventual prescrição. [...]

Outro exemplo em que o desmembramento foi ordenado pelo Plenário, tendo como fundamento preponderante a presença de apenas um indiciado com prerrogativa de foro, é o Inq 2.443-QO/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa,[...]

No julgamento do Inq 2.051-AgR/TO, Rel. Min. Ellen Gracie, este Tribunal manteve desmembramento por ela determinado, considerando a “indicativa clara da existência de dificuldades para o encerramento das investigações, dado o número elevado de investigados, e a complexidade dos fatos objeto de apuração [...]”. **Naquele julgamento a Relatora, consignou, ainda, que: “[...] relativamente à investigação sobre possível crime de quadrilha, esta Corte já decidiu que há possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal, [...] ‘também em relação aos crimes de quadrilha ou bando’”** (o grifo é nosso).

Cito, ainda, diversos outros acórdãos do órgão colegiado do Supremo Tribunal Federal em que o desmembramento foi determinado pelos mais diversos motivos: Inq 2.548-ED-AgR/DF, Inq 2.706-AgR/BA e Inq 2.168-ED/RJ, todos de relatoria do Min. Menezes Direito; Inq 2.527-AgR/PB, Rel. Min. Ellen Gracie; Inq 2.578/PA, Inq 2.718-QO/GO e Inq 2.471-AgR-este último de minha relatoria [...]

É bem verdade que, em algumas situações – poucas, ressalte-se – esta Suprema Corte entendeu que o desmembramento do feito não seria conveniente. Por exemplo, no julgamento da AP 307-QO-QO/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, a separação foi indeferida porquanto se entendeu que as circunstâncias em que o crime foi cometido estariam a revelar o fenômeno da conexão e continência, justificando, assim, o julgamento conjunto de todos os acusados. [...]

Ainda em 01/5/2012, deferi pedido do Procurador-Geral da República para remeter o Inquérito 3.430/DF, que investigava o ex-Senador Demóstenes Torres, o qual teve o mandato cassado, para o Tribunal Regional da Primeira Região. [...]

Um dos casos mais emblemáticos nesse sentido ocorreu no citado Inq 2.280/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, instaurado para apurar o que a imprensa cunhou de “mensalão tucano”, nos quais os envolvidos foram acusados de atuar com um *modus operandi* muito parecido com aquele

descrito na inicial da presente ação, na qual estão envolvidos apenas três réus com foro especial. Naquele feito deferiu-se o pedido de desmembramento [...]

Como se percebe, pelos diversos precedentes antes mencionados, as raras decisões no sentido do não desmembramento dos feitos são, em geral, de natureza casuística, repousando, quase sempre, em argumentos de ordem pragmática, quando não baseados em uma ótica eminentemente subjetiva. Tal constatação impede que se delimite conceitualmente os casos em que o desmembramento deve ou não ocorrer, levando a um indesejável casuísmo ou reprovável voluntarismo decisório. [...] ¹⁴⁰

Na AP nº 470 manteve-se a mesma postura, pois o STF considerou não haver motivo relevante para reputar conveniente a separação do processo em questão e julgou tanto os dois deputados federais quanto os outros trinta e seis acusados que não gozavam de foro por prerrogativa de função. Se, porém, entendesse que lhe convinha a separação, julgaria somente os dois deputados federais, remetendo os demais acusados para o primeiro grau de jurisdição.

Não convém à Suprema Corte julgar de maneira casuísta e subjetiva, precisa decidir a questão em comento de maneira objetiva, vale recordar que foi proposta uma resolução para o problema no item 3.2 de maneira fundamentada, qual seja: desmembrar todos os processos e só julgar que tem foro por prerrogativa funcional previsto na Magna Carta.

3.4.1 A ação penal 470: o “mensalão”

O julgamento do “Mensalão” pelo Supremo Tribunal Federal, historicamente, foi de suma importância, visto que foram condenados vários réus

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Min. Ricardo Lewandowski. **Voto na Questão de Ordem na AP 470**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/Noticianoticia/anexo/Qoap470rl.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

envolvidos com o esquema criminoso, dando uma resposta ao povo brasileiro e ao mundo inteiro sobre como será tratada a corrupção no país doravante.

Porém, tecnicamente, ou seja, no tocante à segurança jurídica e à legitimidade do julgamento dos réus que não tinham foro por prerrogativa de função (cidadãos comuns) restou uma dúvida, uma lacuna, pois o Supremo, à luz do ordenamento jurídico, não seria o juiz natural desses condenados. A ampliação de sua competência para alcançá-los foi baseada em lei ordinária e não na Constituição. E também, para o Direito a nível nacional e internacional, porque, em assim agindo, o Pretório Excelso negou vigência ao Pacto de San José da Costa Rica que garante aos acusados comuns, sem foro por prerrogativa de função, o direito ao duplo grau de jurisdição, como já estudado alhures.

Os números deste julgamento de mérito impressionam. Foram 53 sessões dedicadas apenas ao julgamento de mérito da ação, tendo o Tribunal sido obrigado a aprovar previamente um cronograma, marcando sessões extraordinárias do Plenário durante todo o segundo semestre de 2012. Algumas vezes, o Supremo Tribunal Federal realizou sessões durante todos os dias da semana. Ao advogado ou defensor de cada um dos 38 réus foi garantido o direito de sustentar oralmente as suas razões de defesa durante uma hora, totalizando, sem eventuais intervalos, 38 horas somente de sustentações orais. Ao final, somente da fase pública do processo, e ainda antes da publicação do acórdão de condenação, foram redigidos 26 acórdãos, entre o recebimento da denúncia, agravos regimentais e questões de ordem.¹⁴¹

¹⁴¹ LAGO, op. cit.

Ademais, fora a questão técnica, também houve um prejuízo para a sociedade nessa decisão do STF, pois foram sacrificados vários meses com esse julgamento, uma vez que, durante esse período, a Suprema Corte ficou quase que exclusivamente julgando essa ação penal, deixando de julgar vários temas de interesse social, citando, como exemplos, as causas de mais de quinhentos mil aposentados que estão esperando o julgamento do STF sobre a constitucionalidade do instituto da desaposentação, fora a quantidade imensa de processos suspensos nos tribunais inferiores, aguardando uma resposta da Suprema Corte no tocante ao instituto da repercussão geral reconhecida, no entanto sem julgamento dos temas.

Para ilustrar, veja a retrospectiva do caso. Após se tornar público, no Congresso Nacional, o que seria o denominado “Escândalo do Mensalão”, foi instaurado procedimento de investigação criminal para apurar os fatos. Considerando a presença de vários deputados federais, o inquérito tramitou sob a fiscalização do Supremo Tribunal Federal, tendo sido autuado como Inquérito 2.245.

Concluídas as investigações, o procurador-geral da República ofereceu denúncia contra 40 réus, por diversos crimes contra a Administração Pública. Antes de deliberar sobre o recebimento da denúncia, que poderia resultar na instauração de ação penal contra os até então denunciados, o ministro Joaquim Barbosa apresentou o processo em mesa, no Plenário, para a deliberação sobre uma questão de ordem que formulou — registrada como a segunda questão de ordem na Ação Penal nº 470. Nesta, seria discutido o pedido de alguns dos denunciados para que o processo fosse desmembrado, de forma que apenas os acusados com prerrogativa de foro continuassem sendo processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme relatou o ministro Joaquim Barbosa, a questão de ordem foi suscitada por alguns dos denunciados ao argumento de que a reunião do processo perante o Supremo Tribunal Federal ofenderia a garantia constitucional de razoável duração do processo. Seria mais morosa a tramitação de uma ação penal, com 40 réus, no Supremo Tribunal Federal, do que se tramitasse perante o juízo comum.

Ao final, o ministro Joaquim Barbosa propôs o desmembramento do processo, entendendo que deveria permanecer no Supremo Tribunal Federal apenas os acusados ocupantes de cargos com foro funcional na própria Corte. Mas a sua proposta foi rejeitada, por maioria, ficando assim ementado o acórdão:

QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO. DESMEMBRAMENTO. ARTIGO 80 DO CPP. CRITÉRIO SUBJETIVO AFASTADO. CRITÉRIO OBJETIVO. INADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO INTEGRAL DO INQUÉRITO SOB JULGAMENTO DA CORTE. Rejeitada a proposta de adoção do critério subjetivo para o desmembramento do inquérito, nos termos do artigo 80 do CPP, resta o critério objetivo, que, por sua vez, é desprovido de utilidade no caso concreto, em face da complexidade do feito. Inquérito não desmembrado. Questão de ordem resolvida no sentido da permanência, sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, de todas as pessoas denunciadas.¹⁴²

Ao analisar os debates nesta questão de ordem, em todas as 120 laudas do acórdão que a decidiu, verifica-se que a controvérsia gravitou tão somente sobre a conveniência ou não do desmembramento da ação penal, observada a faculdade prevista no artigo 80 do Código de Processo Penal, uma vez que havia conexão entre as ações contra cada um dos réus, nos termos do artigo 76 do Código de Processo Penal.¹⁴³

Por certo, nestes debates, a única referência sobre o aspecto constitucional, mesmo que indireta, foi feita pelo ministro Gilmar Mendes. O ministro assentou que a norma do artigo 76 do Código de Processo Penal, como de resto a

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq-QO-QO 2245, Relator ministro Joaquim Barbosa, julgado em 06/12/2006, publicado em 09/11/2007, Tribunal Pleno.

¹⁴³ LAGO, op. cit.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indica, ao longo de anos, nunca foi apontada como inconstitucional, ainda que envolvesse absorção de competências de outras instâncias em razão de coautoria.¹⁴⁴ Todavia, o ministro Gilmar Mendes, como também o próprio Supremo Tribunal Federal, não se debruçou na oportunidade sobre a questão constitucional mais sensível, se poderia uma norma infraconstitucional modificar ou ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal.¹⁴⁵

Após o intenso debate, limitado aos aspectos infraconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal decidiu não acolher a proposta do ministro Joaquim Barbosa, e manteve a unidade e a reunião das ações penais, atraindo para si a competência para julgar, originariamente, pessoas que não tinham aquele Tribunal como os seus juízes naturais (cidadãos comuns).¹⁴⁶

A única ressalva ao que afirmado diz respeito ao voto do ministro Marco Aurélio, que no julgamento da segunda questão de ordem sustentou que “a competência do Supremo é, no campo penal, estrita, conforme prevista na Constituição Federal”, e que “somente aqueles mencionados na Carta da República devem ser julgados, no campo penal, pelo Supremo”.¹⁴⁷ Mas, sob este fundamento, o voto do ministro Marco Aurélio foi voz isolada no Plenário, e se somou aos outros votos vencidos apenas no dispositivo, porque propôs o desmembramento, apesar da fundamentação diversa.¹⁴⁸

Superada a questão de ordem, permanecendo unificado todo o processo, incluindo todos os 40 réus, a tramitação prosseguiria perante o Supremo Tribunal Federal até que restasse maduro para julgamento acerca do recebimento da

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid.

denúncia e conseqüente instauração de ação penal. Neste momento, novamente foi suscitada pela defesa, em preliminar, a questão da prorrogação da competência do Supremo Tribunal Federal, por conexão, para alcançar réus que não dispunham de foro criminal originário perante a Corte. Vale acrescentar que foi discutido também o duplo grau de jurisdição, nos termos do pacto de São José da Costa Rica para os acusados que não tinha foro por prerrogativa de função.

Apesar de não tratar de conexão de ações penais, foi rememorado o RHC 79.785 (Caso Jorgina de Freitas) que tinha como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o qual trouxe importante debate acerca do foro por prerrogativa de função e a suposta ofensa à garantia do duplo grau de jurisdição. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal assentou que a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressa em convenção internacional não poderia se sobrepor ao texto constitucional, só podendo ser invocada quando possível, ou seja, nas hipóteses clássicas para impugnar as sentenças proferidas pelo Juízo de Primeiro, o que não seria a hipótese das ações penais originárias.¹⁴⁹ Nesta oportunidade, vale acrescentar, ainda o STF não tinha decidido que os tratados internacionais de direitos humanos eram superiores às leis ordinárias e inferiores à Constituição Federal (Supra Legalidade), o que foi debatido no julgamento da questão de ordem no início do julgamento da AP 470, sendo essa tese também vencida.

O ministro Ricardo Lewandowski chegou a propor que o Tribunal revisitasse a questão acerca da conexão das ações penais, desta vez sob uma perspectiva ainda não enfrentada, de maneira a resolver não apenas a objeção aqui arguida, mas também para balizar futuras decisões que venha a prolatar em situações análogas. Neste voto, o ministro Lewandowski registrou que a

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 79.785, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002, p. 00057).

competência do STF é taxativamente definida na Constituição, não cabendo ampliá-la por força de lei. Todavia, apenas o ministro Marco Aurélio o acompanhou, decidindo os demais que a matéria estaria preclusa e que já não caberia desmembrar a ação na fase em que já se encontrava, afirmando outros ministros a aplicação da Súmula nº 704.¹⁵⁰

No item seguinte será demonstrado que parece que haverá mudança de paradigma. Ao que tudo indica, a maioria dos Ministros da Suprema Corte não querem julgar outros processos semelhantes a este, a experiência deste julgamento os fez repensar seus pontos de vista.¹⁵¹

3.4.2 O Inquérito 2704 e a ação penal 666: mudança de paradigma?

Em 17 de outubro de 2012, o plenário do STF mais uma vez debateu a questão dos cidadãos comuns em coautoria com quem tem foro por prerrogativa de função, sendo atraídos à Suprema Corte por conexão e continência. Os ministros julgaram questão de ordem no Inquérito 2704 sobre se seria ou não da competência do STF apreciar o pleito. Apenas Anthony Garotinho, por exercer o mandato de deputado federal (2011-2014), ainda dispunha de prerrogativa de função para ser julgado pelo Supremo. Os outros três réus, Geraldo Pudim (Geraldo Roberto Siqueira de Souza), Carlos Eduardo Azevedo Miranda e Êrve Júnior Gonçalves de Almeida, não exerciam mandatos que justifiquem a prerrogativa de foro.¹⁵²

¹⁵⁰ LAGO, op. cit.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² BALIARDO, Rafael. Rastro do Mensalão: STF discute desmembramento de outras ações penais. **Consultor Jurídico Revista Eletrônica: Notícias**. 17 outubro 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br> >. Acesso em: 10 nov. 2012.

O Plenário, por nove votos a um, acabou rejeitando o recebimento da denúncia. No entanto antes disso, houve a discussão sobre a referida questão de ordem. A relatora do inquérito, ministra Rosa Weber, votou no sentido de rejeitar o pedido de desmembramento feito pelos advogados dos réus. Entendeu que remanesce a competência da corte para julgar o pleito em razão da conexão entre as condutas imputadas aos investigados. Contudo, a relatora propôs o desmembramento em relação apenas ao investigado Carlos Eduardo em razão de problemas relacionados ao cerceamento do direito de defesa dele.¹⁵³

Coube ao ministro Dias Toffoli abrir a divergência ao acolher a arguição de incompetência do Supremo. Foi ele também o primeiro a trazer ao debate o julgamento da AP nº 470, criticando o fato de o Supremo julgar aquela ação a despeito de apenas três réus terem prerrogativa de foro. “No caso da Ação Penal nº 470, não acompanhei a divergência, porque entendi que já havia sido votada a matéria antes de eu integrar a corte. Devemos, no entanto, julgar aqui exclusivamente aqueles que têm foro de função”.¹⁵⁴

O ministro acolheu o desmembramento da ação para os três réus que não tinham prerrogativa de foro e afirmou ainda que a preocupação com a prescrição das penas em ações do tipo não podia servir de baliza para que o Supremo decidisse julgar processos análogos.

A mim não me preocupa a questão da prescrição. Esta é uma questão objetiva da lei. Preocupa-me o julgamento apenas daqueles que têm prerrogativa de função. Se prescrevesse em um ano, nós iríamos deferir? E se prescrevesse semana que vem então não se defere? [...] Não fosse Anthony Garotinho, receberíamos a denúncia mesmo sem ser o foro competente, mesmo sem ser o juiz natural? [...].¹⁵⁵

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ibid.

O ministro Gilmar Mendes observou, porém, que, em casos onde seja verificado o entrelaçamento de ações e se constate o risco de decisões controversas por instâncias inferiores, cabe, sim, julgar os demais réus sem prerrogativa de função. No caso de crimes plurais e de quadrilha, estamos tendo incongruências [...]:

É bom que se diga também que não cabe falar em recurso junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos por não se observar o direito ao duplo grau de jurisdição, pois consta uma ressalva: não há violação ao princípio do juiz natural quando a decisão é tomada pela corte suprema de Justiça do país [...].

Gilmar Mendes se referia à manifestação de alguns advogados dos réus da AP nº 470, que, após a condenação de seus clientes, declararam que iriam recorrer à Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).¹⁵⁶

Depois que a ministra Cármen Lúcia votou com a relatora, entendendo que, para a melhor “compreensão de todos os fatos”, o processo não deveria ser desmembrado; coube ao ministro Ricardo Lewandowski criticar duramente o fato de o Supremo Tribunal Federal julgar réus sem prerrogativa de função em ações do tipo. “Não se pode banalizar a atração que exerce a prerrogativa de função, só porque existe conexão. Estamos gerando uma hipertrofia jurisdicional ao julgar casos de competência tipicamente de instâncias inferiores” [...].

Ele, que é revisor do mensalão, criticou ainda o fato de se paralisar a suprema corte por três meses por conta de três réus, na AP 470, concordando com o ministro Dias Toffoli ao dizer que a prescrição é um dado de natureza absolutamente objetiva.¹⁵⁷

Acrescentou Lewandowski o seguinte:

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid.

Entendo, na medida em que atraímos artificialmente a competência de réus que têm o direito de serem julgados na primeira instância, para a jurisdição dessa suprema corte, estamos, sim, ofendendo, o princípio constitucional do juiz natural e, mais, ao direito ao duplo grau de jurisdição.

Lewandowski discordou ainda da conclusão do Ministro Gilmar Mendes de que o Tratado de São José da Costa Rica dispensa o duplo grau de jurisdição quando o julgamento ocorre pelo tribunal constitucional do país. **Para ele, isso só é válido no caso dos réus com prerrogativa de função** (o grifo é nosso). E arremata:

Tenho uma visão de longo prazo, se nós persistirmos nessa sistemática, qualquer que seja a justificativa, e encontraríamos várias delas inclusive na legislação infraconstitucional, no Código de Processo Penal, a médio prazo, inviabilizaremos os trabalhos desta suprema corte [...].¹⁵⁸

O ministro Gilmar Mendes rejeitou a conclusão do colega. Afirmou que, tendo em vista a discrepância de juízos, cabe trazer à competência do Supremo o julgamento de réus sem prerrogativa. Disse Gilmar Mendes que:

Não há inconstitucionalidade nem ilegitimidade na decisão que consagra a competência quando se verificar esse tipo de entrelaçamento. Se fôssemos levar ao extremo e afirmar que o Supremo só julga casos daqueles que têm prerrogativa de foro expressa no texto constitucional, eliminaríamos até os casos singelos de coautoria.

É preciso que haja um critério em relação ao desmembramento. A própria Ação 470, acredito, é um belo exemplo que, em casos vitais, não deve haver desmembramento, porque vimos quão intrincada era a relação, como os vasos se comunicavam. O ministro disse, ainda, que a AP 470 é irrepetível, dada sua dimensão e peculiaridades e citou o 'caso Maluf', sob a relatoria de Ricardo Lewandowski, como exemplo de que o desmembramento potencial prejudicaria a análise do mérito daquele processo.¹⁵⁹

Acompanharam a divergência, além de Dias Toffoli, os ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Os três acabaram vencidos pelos votos dos colegas

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

Cármem Lúcia, Gilmar Mendes e Ayres Britto, que votaram com a relatora, ministra Rosa Weber. O ministro Luiz Fux se declarou impedido. Os ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa não estavam presentes. Apesar da longa discussão sobre o desmembramento e do Plenário decidir, por quatro votos a três, em não o desmembrar, o recebimento da denúncia contra Anthony Garotinho acabou rejeitado pela maioria dos ministros, por nove votos a um, vencida a relatora. Dessa forma, o inquérito acabou involuntariamente desmembrado, por este último motivo, ficando a discussão aberta para outra oportunidade. Os outros três réus sem prerrogativa de foro serão julgados em primeira instância.¹⁶⁰

A *posteriori*, em 13 de dezembro de 2012, novamente o pleno voltou a discutir o assunto de desmembramento envolvendo prerrogativa de foro e cidadãos comuns. A maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu negar provimento a um recurso (agravo regimental) na AP 666, na qual o Ministério Público Federal acusa o deputado federal (PRP-BA) Jânio Natal Andrade Borges pela suposta prática dos crimes de falsidade ideológica (artigo 299) e sonegação de contribuição previdenciária (337, inciso I), ambos do Código Penal.

Ao examinar o recurso, o Plenário do STF entendeu que deveria permanecer a decisão do relator, ministro Marco Aurélio, que determinou o desmembramento do processo, uma vez que os outros dois acusados nos autos (Aloízio Vaz Lacerda Filho e Antônio Miguel Ballejo) não têm prerrogativa de foro para serem julgados pelo Supremo.¹⁶¹

A Procuradoria-Geral da República (PGR) sustenta, no recurso, a necessidade de reforma da decisão do relator, com base no fato de as

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**: STF mantém desmembramento em ação penal contra deputado federal baiano. 13 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226594>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

circunstâncias nas quais foram praticados os delitos imporem o julgamento conjunto dos réus, sob pena de haver prejuízo no exame das provas a serem apreciadas pelo Supremo. A PGR defende que as condutas delituosas “estão relacionadas de modo indissociável, tanto que é possível enquadrá-las nas três hipóteses de conexão previstas no artigo 76 do Código de Processo Penal”.¹⁶²

Mesmo assim, a Suprema Corte manteve uma postura firme no tocante ao desmembramento. Ministros que, no “Mensalão”, entenderam de uma forma, aqui, nesta ação penal, entenderam de forma diversa, a saber: Cármen Lúcia, Luiz Fux e Dias Toffoli, este último já tinha demonstrado isso no Inq nº 2704, anteriormente estudado.

De acordo com o Relator - o Ministro Marco Aurélio - a competência do Supremo é de direito estrito, está delimitada na Constituição Federal. Normas instrumentais comuns, como são as alusivas à conexão e à continência, não a dilatam. Então, cumpre sanear o processo.

O relator afirmou que, conforme a Constituição Federal, as regras reveladoras da prerrogativa de foro consubstanciam exceção, consubstanciam competência funcional, absoluta, portanto. Segundo ele, normas instrumentais comuns, como são as do Código de Processo Penal, relativas à continência e à conexão, não implicam aditamento ao que previsto na Lei Maior, sob pena de esta perder a característica que lhe é própria, ou seja, a rigidez.¹⁶³

Ele, ainda, salientou que o princípio do juiz natural se mostra inerente à cidadania. Os demais acusados – Aloízio Vaz Lacerda Filho e Antônio Miguel Ballejo – têm o direito ao devido processo legal e este há de fazer-se com a atuação da

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid.

primeira instância e com a recorribilidade cabível. Diz mais ele que “o Supremo tem adotado uma postura rígida quanto à competência. Se não for assim, em todo o caso em que houver coautoria, nós concentraremos a acusação no Supremo ainda que o acusado não detenha prerrogativa de foro”, ressaltou ao votar pelo desprovimento do recurso.¹⁶⁴

Houve divergência de quatro ministros. O ministro Teori Zavascki votou pelo provimento do agravo regimental. Ele considerou que a regra é interpretar restritivamente a competência por prerrogativa de foro, porém salientou que existem certas competências implícitas que decorrem da natureza das coisas. Eu não vejo como se desmembrar em duas ações penais diferentes em se tratando de uma conduta praticada em coautoria, nessas circunstâncias, acrescentando que há certos delitos que, por natureza, são cometidos por mais de um agente, e citou como exemplo o crime de quadrilha. Acompanharam a divergência os ministros Joaquim Barbosa, Rosa Weber e Gilmar Mendes.¹⁶⁵ E votaram com o Relator, a Min. Cármen Lúcia, e os Ministros Ricardo Lewandowski, Luiz Fux e Dias Toffoli. Estava ausente o Ministro Celso de Mello por problema de saúde.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Ibid.

CONCLUSÃO

A pesquisa buscou na jurisprudência e na doutrina fundamentos que sustentassem a competência do Pretório Excelso para instrução e julgamento dos cidadãos comuns acusados de cometerem crimes em coautoria com quem tem foro por prerrogativa de função no STF, sendo atraídos para este tribunal pelos institutos da conexão e continência, chegando-se as seguintes conclusões, conforme abaixo exposto.

A jurisdição é o poder estatal de dizer o direito, cuja atribuição compete ao magistrado que, por provocação, aplica o direito objetivo para solucionar um conflito de interesses e restabelecer a paz social. Os princípios da jurisdição mais vinculados à pesquisa são: o juiz natural, o devido processo legal, o da isonomia e o duplo grau de jurisdição.

Já a competência penal é a delimitação da jurisdição. E, como esta, os institutos que mais coadunam com o trabalho são: a) a conexão, isto é, a ligação entre dois ou mais fatos, devendo os processos separados serem julgados pelo mesmo juiz, para uma melhor análise probatória; b) a continência, a qual provém de continente (aquilo que contém algo), significando a hipótese de um fato criminoso conter outros, tornando todos uma unidade indivisível, pois há uma vinculação entre os agentes criminosos. Logo, tanto a conexão quanto a continência são hipóteses legais de prorrogação e ampliação da competência e, por isso, não podem prorrogar ou ampliar competências constitucionais, por causa dos princípios da supremacia e rigidez constitucionais.

Outrossim, foi estudada a competência absoluta que não admite prorrogação (devendo o processo ser remetido ao juiz natural), e a relativa que pode ser prorrogada nas hipóteses previstas em lei, divisões essas dadas pela doutrina e jurisprudência, pois não têm previsão legal. E, como as competências constitucionais dizem respeito à matéria ou à pessoa, são tidas como absolutas e, portanto, não deveriam admitir prorrogação legal por conexão e continência, o que, como visto neste trabalho, não acontece na prática da Suprema Corte.

Foi objeto de pesquisa, ainda, a competência do STF por prerrogativa de função. No tocante aos ex-ocupantes de funções públicas, o STF evoluiu histórica e juridicamente e, hoje, adota uma postura restritiva, ou seja, só quem exerce o cargo ou função será julgado pelo Corte Suprema (critério de atualidade no cargo).

No que se refere à conexão e continência envolvendo pessoa com foro funcional previsto na CF e cidadão comum, tema principal da pesquisa, a melhor interpretação, respeitando as opiniões contrárias, é a de direito estrito, isto é, não abrangente dos referidos institutos (que prorrogam e ampliam as competências constitucionais por lei ordinária), ferindo, por isso, os princípios do devido processo legal, isonomia, juiz natural e duplo grau de jurisdição, provocando a nulidade do processo por incompetência absoluta. Sendo assim, todos os processos envolvendo cidadãos comuns em coautoria com autoridades com prerrogativas funcionais deveriam ser desmembrados para serem julgados nos juízos naturais competentes, nos termos constitucionais.

Após a análise crítica da súmula 704 do STF e seus precedentes, sugere-se que o STF adote um critério, claro, seguro e objetivo, podendo ser a interpretação de direito estrito, como acima defendida. E, para isso, urge que seja revista ou revogada a mencionada Súmula, devido à mutação constitucional, após a emenda

35 de 2001 que aumentou sobremaneira os andamentos dos feitos, pois, antes, ficavam, na sua grande maioria, sobrestados na secretaria da Corte Suprema, aguardando resposta do Legislativo. E, caso isso não ocorra, o Guardião da Constituição ficará sobrecarregado, o que prejudicará a sua função primordial de tribunal constitucional.

Em relação ao desmembramento ou não de processos originários, a Suprema Corte não adota, ainda, um critério objetivo, constitucional, valendo-se dos critérios legais (conexão e continência e, principalmente, número excessivo de agentes criminosos), usando os poderes discricionários e arbitrários previstos no CPP que ferem o princípio do juiz natural e a taxatividade do art. 102, da CF. No julgamento da AP nº 470 ficou a dúvida na condenação dos cidadãos comuns que não tinham foro por prerrogativa de função, pois, *a priori*, o juiz natural destes condenados seria o juízo de primeiro grau, com previsão constitucional implícita e de maneira residual, faltando, salvo melhor juízo, legitimidade à condenação deles e, principalmente, negativa de vigência ao Pacto de São José da Costa Rica, pois eles foram privados do duplo grau de jurisdição.

Ocorreram recentemente dois julgamentos plenários do STF (Inq nº 2704 e a AP nº 666), onde se constata uma possível mudança de paradigma no sentido do ponto de vista defendido neste trabalho acadêmico de desmembramento de todos os processos de cidadãos comuns em concurso de agentes com quem tem foro por prerrogativa de função.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Princípios de processo civil na Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/771>>. Acesso em: 04 mar. 2013.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A ação penal 470/DF e a garantia do juiz natural. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo : IBCCRIM, ano 21, n. 242, p. 02-03, jan., 2013. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4797>. Acesso em: 11 mar. 2013.

BALIARDO, Rafael. Rastro do Mensalão: STF discute desmembramento de outras ações penais. **Consultor Jurídico Revista Eletrônica**: Notícias. 17 outubro. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

BENUCCI, Renato Luis. O Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal. **Revista TRF 3ª Região**, vol. 76, mar. e abr. 2006, p. 125-136. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0> >. Acesso em: 5 mar. 2013.

BINDER, Alberto. M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 79.785, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. **Voto na Questão de Ordem na AP 470**. p. 28. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/NoticiaNoticia/anexo/Qoap470rl.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Publicações Temáticas, Coletânea Temática de Jurisprudência: Matéria Penal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/publicacaoTematica/verTemaTopico.asp#1078> >. Acesso em: 16 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AGR 601832, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatística**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**: Atuação de magistrados instrutores agiliza tramitação de processos penais no STF. 06 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188495>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 704**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2797/DF**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19/12/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq-QO-QO 2245**, Relator ministro Joaquim Barbosa, julgado em 06/12/2006, publicado em 09/11/2007, Tribunal Pleno.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**: STF mantém desmembramento em ação penal contra deputado federal baiano. 13 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226594>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Luiz Airton. **Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: Cartilha Jurídica, TRF/1ª Região, nº 28, 1994.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 28. ed. 2012.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milano: Giuffrè, 1966. p. 128-129. Apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. A ação penal 470/DF e a garantia do juiz natural. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo : IBCCRIM, ano 21, n. 242, p. 02-03, jan., 2013. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4797>. Acesso em: 11 mar. 2013.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 5 ed. Milano: Giuffrè, 2000. Apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. A ação penal 470/DF e a garantia do juiz natural. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo : IBCCRIM, ano 21, n. 242, p. 02-03, jan., 2013. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4797>. Acesso em: 11 mar. 2013.

CRUZ, [Rogerio Schietti M.](#) **PROCESSO PENAL: A proibição de dupla persecução penal e a revisão criminal pro societate**. Disponível em:<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-proibicao-de-dupla-persecucao-penal-e-a-revisao-criminal-pro-societate/4644>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

Consultor Jurídico Revista Eletrônica. Leia voto de Marco Aurélio para desmembrar a AP 470: Notícias. 6 agosto 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 3. ed., 2002.

FREDERICO MARQUES, José. **O júri no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1955.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **A jurisdição e seus princípios**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/a-jurisdicao-principios/a-jurisdicao-principios-df>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Garantia Constitucional do Direito de Ação e sua Relevância no Processo Civil**. São Paulo: 1972.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: RT, 11. ed., 2009.

HOYOS, Arturo; *apud* WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações Sobre o Princípio do Devido Processo Legal**. São Paulo: Revista de Processo, ano 16, nº 63, 1991.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. **Depois do Mensalão**: Atração de prerrogativa por conexão deve acabar. Disponível em: <[http:// www.osconstitucionalistas.com.br](http://www.osconstitucionalistas.com.br)>. Acesso em: 09 abr. 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Competência Criminal**. Bahia: Jus Podivm, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no Processo Penal**. 4. ed., rev., Atual. e apl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A tese da Supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090403112247716&mode=print>. Acesso 7 abr. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 10. ed. 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Competência Penal: Doutrina e Jurisprudência**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

PINTO JÚNIOR, Nilo Ferreira. **O Princípio da Igualdade no Processo Penal: a igualdade no processo penal entre acusação e defesa**. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17199-17200-1-PB.htm> >.
Acesso em: 14 mar. 2013.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ROMBOLI, Roberto. **Il giudice naturale. Studi sul significato e la portata del princípio nell'ordinamento costituzionale italiano**. Milão: Giuffrè, 1981. p. 132, apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. A ação penal 470/DF e a garantia do juiz natural. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo : IBCCRIM, ano 21, n. 242, p. 02-03, jan., 2013. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4797>.
Acesso em: 11 mar. 2013.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Continência e Conexão como Formas de Modificação de Competência no Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina264-continencia-e-conexao-formas-processo-penal.pdf> >. Acesso em: 18 mar. 2013.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria Geral do Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SCAPARONE, Metello. **Elementi di procedura penale – i principi costituzionali**. Milano: Giuffrè, 1999. p. 55. apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. A ação penal 470/DF e a garantia do juiz natural. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo : IBCCRIM, ano 21, n. 242, p. 02-03, jan., 2013. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4797>. Acesso em: 11 mar. 2013.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 177.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 4. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2012.

VALENTE, Rubens; SELIGMAN Felipe; MELLO Fernando. Fim da Prerrogativa: *Celso de Mello critica foro por prerrogativa de função*. **Consultor Jurídico Revista**

Eletrônica: Notícias. 26 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-26/celso-mello-defende-fim-foro-prerrogativa-funcao>>. Acesso em: 18 mar. 2013.