RODRIGO DE ANDRADE FIGARO CALDEIRA

Conexão e continência na hipótese de competência por prerrogativa de função frente ao princípio do juiz natural, à luz da eficiência e do garantismo

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2019

RODRIGO DE ANDRADE FIGARO CALDEIRA

Conexão e continência na hipótese de competência por prerrogativa de função frente ao princípio do juiz natural, à luz da eficiência e do garantismo

Dissertação de Mestrado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2019

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Caldeira, Rodrigo de Andrade Figaro
Conexão e continência na hipótese de competência por prerrogativa de função frente ao princípio do juiz natural, à luz da eficiência e do garantismo ; Rodrigo de Andrade Figaro Caldeira ; orientador José Raul Gavião de Almeida -- São Paulo, 2019.
211
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

1. Foro por prerrogativa de função. I. Almeida, José Raul Gavião de, orient. II. Título.

Nome: CALDEIRA, Rodrigo de Andrade Fígaro

Título: Conexão e continência na hipótese de competência por prerrogativa de função frente ao princípio do juiz natural, à luz da eficiência e do garantismo

Dissertação de Mestrado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Professor Dr. José Raul Gavião de Almeida.

Aprovado em

Banca Examinadora

Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida – Orientador e Presidente

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1º examinador (a)

2º examinador (a)

3º examinador (a)

4º examinador (a)

Agradecimentos

A Deus, por estar presente em minha vida, dando-me forças para concluir a dissertação.

Ao Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida, que me brindou com sua orientação e conhecimento e contribuiu sobremaneira para minha formação acadêmica, além de se tratar de exemplo de sabedoria e simpatia.

Ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, que, através de seus professores, contribui para a formação e desenvolvimento de todos os operados do direito, de forma nacional e internacional.

Ao Ministério Público do Estado de São Paulo, instituição vocacionada à defesa da sociedade, que me proporciona lutar por justiça e efetivação dos direitos fundamentais e sociais diariamente, além de permitir me ausentar para a elaboração da dissertação.

A minha esposa Viviane, companheira inseparável, meu suporte diário nas decisões que trilham os caminhos de nossas vidas.

Aos meus pais, exemplos de caráter, honestidade, estudo, profissionais reconhecidos além-mar, os quais me inspiram diariamente para novos desafios e engrandecimento pessoal.

Aos meus irmãos, amigos de todas as horas, companheiros de risadas e momentos marcantes, unidos fraternamente.

Ao amigo e Professor Doutor Fábio Ramazzini Bechara, destacado acadêmico e Promotor de Justiça, que acompanha meus passos desde a graduação e me transmitiu a paixão pelo aprendizado e conhecimento.

Por fim, ao amigo Carlos Alberto Pereira Leitão Júnior, irmão que a vida me deu, acadêmico e Promotor de Justiça de primeiro escalão, a quem sempre recorro para discutir os caminhos do processo penal brasileiro.

RESUMO

CALDEIRA, Rodrigo de Andrade Figaro. **Conexão e continência na hipótese de competência por prerrogativa de função frente ao princípio do juiz natural, à luz da eficiência e do garantismo**. 2019. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

O processo penal moderno é desenvolvido com base em dois direitos fundamentais: direito à segurança e direito à liberdade. Assim, de um lado, o processo tem que ser eficiente, para efetivar o direito a segurança pública e, ao mesmo tempo, garantista, visando limitar a atuação do estado, com o fim de evitar arbítrio e preservar a liberdade do cidadão. Nesse sentido, desenvolveram-se os princípios penais e processuais penais, que servem de balizas para a persecução criminal. Dentro desse contexto, determinadas autoridades públicas são detentoras de foro por prerrogativa de função, visando proteger a dignidade do cargo, ao passo que cidadãos comuns são julgados de acordo com as regras de competência criminal. Em determinados crimes, contudo, se as autoridades e os cidadãos comuns são corréus, poderão ser acusados no foro de maior graduação, levando-se então à análise de ausência de regra de competência pré-estabelecida por lei, uma vez que, segundo as regras do Código de Processo Penal, o juiz decidirá se haverá ou não cisão do processo. Todavia, deve ser feito um estudo de todo o ordenamento jurídico, principalmente de tratados e convenções internacionais, para que se possa concluir que, em casos de conexão e continência envolvendo foro por prerrogativa de função, há violação de outros princípios processuais, como o juiz natural e o duplo grau de jurisdição. Após realizar pesquisa em âmbito nacional e internacional, propõe-se soluções para os casos de julgamento de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função em coautoria com acusados não detentores de tal prerrogativa, evitando-se a vulneração de princípios processuais fundamentais, além de evitar a responsabilização do Brasil no âmbito das cortes de direitos humanos, estabelecendo-se o necessário equilíbrio entre a eficiência e o garantismo.

Palavras-chave: Eficiência e garantismo – Foro por prerrogativa de função – Competência criminal – Prorrogação (ou modificação) de competência - Conexão e continência – Foro prevalente.

ABSTRACT

CALDEIRA, Rodrigo de Andrade Figaro. **Connection and continence in the hypothesis of competence by function prerogative against the principle of natural judge, in the light of efficiency and guarantee.** 2019, 204 f. Dissertation (Master) - Law School, University of São Paulo, 2019.

The modern criminal process is based on two fundamental rights: the right to security and the right to liberty. Thus, on the one hand, the process has to be efficient, in order to enforce the right to public security and, at the same time, guaranteeing, aiming to limit the state's action, in order to avoid agency and preserve the freedom of the citizen. In this sense, criminal principles and criminal procedural principles have been developed, which serve as guidelines for criminal prosecution. Within this context, certain public authorities are holders of a forum by virtue of their function, in order to protect the dignity of the office, while ordinary citizens are tried according to the rules of criminal jurisdiction. In certain crimes, however, if the authorities and ordinary citizens are defendants, they may be charged in the higher court, leading to the analysis of the absence of a rule of jurisdiction pre-established by law, since according to the rules Criminal Procedure Code, the judge will decide whether or not to split the case. However, a study should be made of the entire legal system, especially international treaties and conventions, so that it can be concluded that, in cases of connection and continence involving forum by function prerogative, there is a violation of other procedural principles, such as the judge and the dual degree of jurisdiction. After conducting research at national and international levels, solutions are proposed for cases of trial of authorities holding forum by function prerogative in co-authorship with accused non-holders of such prerogative, avoiding the violation of fundamental procedural principles, and avoiding Brazil's accountability in the context of human rights courts, striking the necessary balance between efficiency and guaranteeism.

Keywords: Efficiency and guarantee - Forum by function prerogative - Criminal jurisdiction - Extension (or modification) of jurisdiction - Connection and continence - Prevailing forum.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI Ação Direita de Inconstitucionalidade

AgR ou AgRg: Agravo Regimental

AP Ação Penal

Apn Ação Penal

BGH NStZ Sentença cível do Tribunal Supremo Federal alemão

BGHSt Sentença penal do Tribunal Supremo Federal alemão.

BOE Boletín Oficial del Estado da Espanha

BVerfGE Sentenças do Tribunal Constitucional Federal, coleção oficial

CADH Convenção Americana de Direitos Humanos

CF Constituição Federal

CEDH Corte Europeia de Direitos Humanos

CIDH Corte Interamericana de Direitos Humanos

CONAMP Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

CONJUR Consultor Jurídico

CPP Código de Processo Penal

DF Distrito Federal

DJe	Diário da Justiça eletrônico
EC	Emenda Constitucional
ES	Estado do Espírito Santo
GG	Lei Fundamental da República da Alemanha
GO	Estado de Goiás
HC	Habeas Corpus
Inq	Inquérito
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LCP	Lei de Contravenções Penais
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura
LOPJ	Lei Orgânica do Poder Judiciário espanhol
MG	Estado de Minas Gerais
Min.	Ministro
MPF	Ministério Público Federal
MT	Mato Grosso
ONU	Organizações das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda Constitucional

PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
QO	Questão de Ordem
QO-ED	Questão de Ordem nos Embargos de Declaração
QO-QO	Questão de Ordem da Questão de Ordem
RCL	Reclamação
Rel.	Relator
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RJ	Estado do Rio de Janeiro
RO	Estado de Roraima
SP	Estado de São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
StPO	Código de Processo Penal alemão
TER	Tribunal Regional Eleitoral
TRF	Tribunal Regional Federal
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 11

2. PREMISSAS CONCEITUAIS 13
2.1. Eficiência e Garantismo 13
2.2. Juiz Natural 21
2.2.1. Surgimento e evolução histórica do princípio do juiz natural 22
2.2.2. O princípio do juiz natural no ordenamento jurídico brasileiro 24
2.2.2.1. Da vedação dos tribunais de exceção 26
2.2.2.2. Do juiz competente 32
2.2.2.3. Do juiz predeterminado por lei 33
2.3. O princípio do juiz natural (legal ou imparcial) no direito estrangeiro 35

3. COMPETÊNCIA CRIMINAL 45
3.1. A competência criminal: apontamentos sobre as regras de concretização de competência 46
3.2. A competência de foro por prerrogativa de função 48
3.2.1. Histórico 48
3.2.2. O panorama atual das regras vigentes quanto ao foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro 57
3.2.3. Regras da atualidade e da contemporaneidade 57
3.2.4. O direito estrangeiro 74
3.2.4.1. Espanha 75
3.2.4.2. Portugal 79
3.2.4.3. Itália 82
3.2.4.4. França 85
3.2.4.5. Alemanha 87
3.2.4.6. Estados Unidos da América 88
3.2.4.7. Inglaterra 90
3.2.4.8. Colômbia 91

4. PRORROGAÇÃO (OU MODIFICAÇÃO) DE COMPETÊNCIA 93
4.1. Conexão e Continência 93
4.1.1. Hipóteses de conexão e continência 93
4.1.2. Reunião de processos e prorrogação de competência 97
4.1.3. A separação obrigatória dos processos 102
4.1.4. A separação facultativa dos processos 105

5. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, CONEXÃO E CONTINÊNCIA 109
5.1. Definição do foro prevalente 109
5.1.1. A problemática envolvendo o foro de maior graduação 109
5.1.2. Concorrência entre duas competências constitucionalmente previstas 116
5.1.2.1. O Tribunal do Júri 119
5.1.2.2. Infração de menor potencial ofensivo 120
5.1.2.3. As Justiças Especializadas (Eleitoral e Militar) 122
5.2. Críticas acerca do foro prevalente 127
5.2.1. Violação ao princípio do juiz natural 127
5.2.2. Interpretação restritiva das normas constitucionais 130
5.2.3. O duplo grau de jurisdição, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o direito estrangeiro 134
5.3. Consequências da violação das regras de competência nos casos de conexão e continência com foro por prerrogativa de função 159
5.3.1. Nulidade absoluta ou inexistência dos atos processuais praticados por juiz incompetente 159
5.3.2. A possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos 164
5.4. Proposta de estabelecimento de critérios seguros e prévios quanto à definição do órgão julgador competente 168
5.4.1. Uma tentativa de aprimoramento interno 168
5.4.2. O direito estrangeiro e a solução encontrada 176
5.4.3. O novo Código de Processo Penal (PLS nº 156/09, no Senado, e PL 8045/2010, na Câmara dos Deputados) 179
5.4.4. O necessário equilíbrio entre a eficiência e o garantismo 180
5.5. A extinção do foro de prerrogativa de função 183

6. CONCLUSÃO 187

REFERÊNCIAS 189

1. INTRODUÇÃO

O tema a ser desenvolvido é a conexão e continência na hipótese de competência por prerrogativa de função frente ao princípio do juiz natural, à luz da eficiência e do garantismo.

As regras de competência são estabelecidas de forma rígida, com o fim de preservar o princípio do juiz natural, evitando-se a escolha de um julgador após o cometimento do fato criminoso.

Porém, a jurisprudência apresenta um tratamento casuístico para os julgamentos de fatos envolvendo corréus com foro por prerrogativa de função e outros que não gozam da mesma prerrogativa processual, sendo que, em alguns casos, o processo é cindido e em outros todos os acusados são julgados pelo mesmo juízo, justificando-se, em suma, que a regra de competência deve ser analisada ampliativamente e não de forma restritiva, para esses casos.

A razão para a escolha do tema consiste na ausência de critérios lógicos para determinar a separação de processos na hipótese que envolver corréus detentores de foro por prerrogativa de função e outros que não possuem esta regra processual.

No capítulo 2, apresenta-se, então, algumas premissas conceituais para desenvolvimento do tema, principalmente, à luz da eficiência e do garantismo, que são dois importantes vetores do processo penal.

No capítulo 3, desenvolve-se o conceito de competência criminal, bem como busca-se explicar a existência ou não do foro por prerrogativa de função em diversos países, mostrando ao leitor que não se trata de tema estranho, em alguns países, principalmente Espanha, Portugal e Colômbia.

No capítulo 4, é apresentado ao leitor os critérios de prorrogação (ou modificação) de competência, como conexão e continência, e quais são suas consequências para o processo penal.

Por fim, no capítulo final, são apontadas as críticas acerca da definição do foro competente para o julgamento de corréus quando envolve detentores de foro por prerrogativa de função em coautoria com outros rés que não detém tal prerrogativa, demonstrando-se que são violados princípios processuais, bem como tratados internacionais. Ainda, foi apresentada as consequências do descumprimento das regras, além de soluções para o problema incialmente apontado.

2. PREMISSAS CONCEITUAIS

Para o desenvolvimento científico da pesquisa, é necessária a apresentação de algumas premissas conceituais, para que o leitor possa rememorar alguns conceitos e identificar os pontos de discussão.

Serão apresentados conceitos tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no estrangeiro, a fim de identificar pontos comuns e as possíveis soluções já encontradas para o problema apresentado.

2.1. Eficiência e Garantismo

O iluminismo mudou a forma como se vê o Direito Penal. Foi a partir dele que as ideias de igualdade e de liberdade colocaram limites ao estado absolutista, impondo fronteiras à atividade estatal perante os indivíduos[1]. Dentro desse contexto, foram desenvolvidos diversos princípios penais e processuais penais, visando dar forma ao Estado Democrático de Direito[2].

Nesse aspecto, o processo penal se desenvolveu com base nos direitos e garantias positivados em vários ordenamentos jurídicos. Isso porque foram pensados nos ideais liberais[3].

---

[1] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 20 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

[2] Em tom crítico, Rui Pinheiro e Artur Maurício discordam de tal concepção. Segundo os autores, "Estabelecer a relação Estado-indivíduo ou contrapôr uma imaginária «razão de Estado» a outra não menos imaginária «razão individual» é fazer esquecer a verdadeira natureza do fenómeno político numa sociedade de classes e pretender que o Estado representa uma entidade super-classista que paira acima dessa sociedade, pronta a abater o seu poder repressivo sobre o indivíduo, explorador ou explorado, ambos em idêntica posição face à estraneidade desse poder. Em suma, portanto, não há interesses opostos do Estado e do indivíduo, mas oposição de classes em que o Estado representa os interesses da classe dominante" (PINHEIRO, Rui e MAURÍCIO, Artur. *A Constituição e o Processo Penal.* 1 ed. 1976. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editores, 2007, p. 15).

[3] Segundo Luigi Ferrajoli, "A epistemologia garantista – O direito penal nos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. Os filões que se misturam nessa tradição, maturada no século XVIII, são muitos e distintos: as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação de poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções utilitaristas do direito e da pena. Estes diversos filões, contudo, além de não serem filosoficamente homogêneos entre si, tampouco são univocamente liberais. Por exemplo, as filosofias utilitaristas podem fundamentar, como nas doutrinas da Escola Clássica italiana de Beccaria a Carrara, uma concepção da pena

Pode se observar, de um lado, que vários diplomas surgiram com o fim de limitar o poder do Estado frente ao indivíduo, como, por exemplo, a Declaração dos Direitos Universais do Homem (1948), a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1948), etc., e, de outro lado, com o fim de reprimir condutas típicas que atentam contra praticamente todos os países, foram criados outros diplomas legais, como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1948), a Convenção para a Preservação e Repressão do Crime de Genocídio (1948), etc.[4].

O processo penal moderno é desenvolvido através de um processo eficiente, que atenda à justa expectativa dos integrantes de uma sociedade, detentores do direito subjetivo à segurança pública (art. 5º, *caput*, da CF) e, de outro lado, garantista, que limite a atuação do estado em face de seus integrantes, para evitar qualquer tipo de arbítrio, preservando a liberdade do cidadão, que também tem assento constitucional (art. 5º, *caput*, da CF)[5].

Dentro desse aspecto, é preciso ter em mente que a evolução do processo penal sempre foi pautada por limitações da atuação do Estado perante o indivíduo, sem perder de vista o interesse público na efetivação da segurança pública. Assim, vários direitos

---

como mínima aflição necessária, mas também podem informar tecnologias penais autoritárias e antigarantistas, como as da prevenção especial ou da defesa social, orientadas ao objetivo da máxima segurança possível. E o positivismo jurídico, se por um lado também permite modelos penais absolutistas, caracterizados pela ausência de limites ao poder normativo do soberano, ao mesmo tempo em que se mostra, em todo caso, completamente neutro a respeito de todas as demais garantias penais e processuais. Sem falar das concepções contratualistas, que têm servido igualmente de base à teoria hobbesiana do Estado absoluto, à lockeana dos direitos naturais e do Estado de direito, à fichteana do Estado pedagogo e à rousseauniana da democracia direta (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*; prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 37/38).

[4] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 24.

[5] Segundo Antônio Scarance Fernandes, "São dois os direitos fundamentais do indivíduo que interessam especialmente ao processo criminal: o direito à liberdade e o direito à segurança, ambos previstos no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Como decorrência desses dois direitos fundamentais, os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes assegurem segurança e lhes garantam a liberdade. Dessa ótica, o procedimento a ser instituído, para ser obtido um resultado justo, deve proporcionar a efetivação dos direitos à segurança e à liberdade dos indivíduos" (FERNANDES, Antonio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião e MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 09).

e garantias penais foram desenvolvidos, a fim de se possibilitar a criação de regras para a atuação dos entes de persecução penal em face do cidadão[6].

O garantismo penal tem como referência o autor italiano Luigi Ferrajoli. Segundo o autor, o modelo penal garantista apresenta um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva. Todavia, o referido autor apresenta três significados de garantismo. O primeiro designa um modelo normativo de direito, o segundo designa "uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si mas, também, pela existência ou vigor das normas" e o terceiro designa uma filosofia política[7].

O modelo garantista não se opõe ao modelo eficiente. Ambos devem coexistir. Isso porque um dos maiores desafios atuais é equilibrar o contraponto entre a eficiência e o garantismo. É desse embate que deve surgir tanto a necessidade de proteção

---

[6] Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, "Apesar de contornos nem sempre suficientemente nítidos das mencionadas garantias, até porque, como se verá, há entre elas um complementaridade recíproca, o moderno constitucionalismo faz uma distinção entre as garantias gerais (ou políticas, em sentido amplo), que são as instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes, e, assim, visam a impedir o arbítrio, e as garantias especiais, assim entendidos aqueles mecanismos de proteção aos direitos individuais (...). A afirmação dessa dupla dimensão garantista inerente ao processo – tanto sob o aspecto político como pela ótica individual – traz como desdobramento natural a constatação de que a proteção que ele representa seria inócua e ineficaz se a própria estrutura processual não fosse concebida de forma a atingir aqueles mesmos objetivos de correção no exercício do poder estatal e de defesa do indivíduo no confronto com o poder punitivo estatal" (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais.* 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 23/27). Ainda, Marta Saad adverte: "Ressalta-se, porém, que há certa dificuldade em distinguir claramente, no plano fático, o que são direitos e o que são garantias, mesmo porque o direito, às vezes, passa a ser garantia da realização de outro direito, constitucionalmente enunciado" (SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – (Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v.9,* p. 210).

[7] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*; prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 785/787. Conforme explica Fábio Bechara, "O primeiro designa um modelo normativo de direito, relacionado com o Direito Penal, um modelo de estrita legalidade, que sob o plano epistemológico caracteriza-se como um sistema cognitivo. Sob o plano político, o modelo normativo caracteriza-se como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade. E sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado para garantia dos direitos dos cidadãos. O segundo significado de garantismo designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas entre si, mas também entre a existência ou vigência das normas. O garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação interna do direito penal, que demanda do jurista uma constante revisão crítica acerca das leis vigentes, tanto do ponto de vista do direito válido como do efetivo. O terceiro e último significado de garantismo designa uma filosofia política, que pressupõe a separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ser e dever ser" (BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31).

de direitos e garantias fundamentais do acusado quanto a eficiência do poder punitivo estatal[8].

A eficiência no processo deve ser entendida como um meio apto à correta aplicação da sanção penal, respeitando todas as garantias processuais e direitos fundamentais do acusado[9]. Todavia, em sentido contrário, Geraldo Prado, de forma minoritária, discorre que não é possível estabelecer um sistema garantista e eficiente. Para referido autor, os elementos epistemológicos que os compõem são opostos[10].

---

[8] SOARES, Gustavo Torres e SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão. Denúncia e queixa criminais: entre a técnica e o garantismo In: *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antônio Scarance Fernandes.* Denise Provasi Vaz et al (organizadores). São Paulo: LiberArs, 2017, p. 127/128. No mesmo sentido, Augusto Silva Dias destaca que "[...] Em meu entender, o Estado de Direito não obriga à paralisia ante tais práticas [atos terroristas] mas sim, e desde logo, a um rigorosa concordância prática, a um equilíbrio óptimo, entre garantias e eficácia na perseguição e punição de crimes, mesmo deste jaez: nem as garantias devem ser entendidas tão rigidamente que impeçam a eficácia no combate ao terrorismo e restante crime organizado, nem a busca de eficácia deve levar à dissolução das garantias e do Estado de Direito. Sempre que este equilíbrio é rompido ou por via de excesso de garantismo ou por via de uma eficácia a qualquer preço, é dado um passo respectivamente no sentido da descrença da capacidade de os Estado de Direito lidarem com situações extremas ou no sentido da sua corrupção e conversão em Estado autoritário" (DIAS, Augusto Silva. *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português.* Coordenação Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Noversa Loureiro. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 699/700).

[9] Segundo Diego Fajardo Maranha Leão de Souza, "Ao contrário do que se possa extrair de uma primeira impressão, a noção de eficiência não pode ser simplificada em uma visão utilitarista de processo como veículo de aplicação da pena, em que o processo seria tão mais eficiente à medida que maior fosse a proporção "condenados *versus* acusados". Muito ao contrário, a eficiência do processo engloba todos os caracteres que o compõem, tais como o rito procedimental, as partes atuantes, os institutos manejados no seu desenrolar e as garantias que infundem a maior parte de sua composição axiológica. Em outros termos, fica peremptoriamente afastado qualquer dualismo entre eficiência e garantismo ou eficiência e tutela dos direitos fundamentais, pois uma leitura legítima do conceito de eficiência à luz de um sistema constitucionalmente democrático impõe, como condição de validade do próprio conceito, a observância das garantias individuais. Desse modo, a questão não está em definir um contrapeso ao conceito de eficiência do processo para a obtenção de um justo equilíbrio, mas, sim, no correto balanceamento dos caracteres do processo penal para que resultem, em seu conjunto e na sua aplicação concatenada, em um instrumento reconhecidamente eficiente" (SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova.* Belo Horizonte, Arraes Editores, 2012, págs. 07/08).

[10] Segundo o autor, "Como já se mencionou, existem discursos que, apesar da essência utilitarista ou garantista, são construídos como elementos da epistemologia oposta. Assim, por exemplo, costuma-se apresentar modelos de processo penal que pretendem conjugar a busca da verdade material pelo juiz (própria da epistemologia eficientista/utilitarista) com o respeito às garantias constitucionais (epistemologia garantista), dentre elas a imparcialidade do órgão julgador. Esses discursos "mistos" são perigosos justamente por isso: ocultam o que fazem (os efeitos reais da prática judicial) pelo discurso que apresentam (discurso declarado). Note-se que a impossibilidade de coerência discursiva ou consistência teórica não têm desestimulado os defensores de modelos que procuram unir o *eficientismo* e o *garantismo penal* (naquilo que chama de "garantismo da sociedade", "garantismo integral", etc.). Não se pode, porém, esquecer que o eficientismo penal caracteriza-se por uma visão otimista e finalista do poder penal, que se apresenta como algo "bom", garantido pela "bondade" daqueles que o detém, correlata a uma desconfiança do valor dos textos legais que limitam esse poder, enquanto a marca diferenciadora do garantismo é justamente o oposto, isto é, a desconfiança em relação a esse poder, o "pessimismo politológico" diante das vocações despóticas e a crença no princípio da legalidade estrita" (PRADO, Geraldo. Eficientismo repressivo e garantismo penal: dois exemplos de ingenuidade epistemológica *In:* CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Processo penal do espetáculo e outros ensaios*. 2ª ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 198/199). No mesmo sentido,

Todavia, em que pese o esforço doutrinário para se se chegar a um processo eficiente e garantista, é fato que o conceito desenvolvido é abstrato, pois não existe uma regra estabelecida no sentido de que uma previsão normativa, por si só, é garantista ou eficaz, carecendo de objetivação. Nesse contexto, surge na doutrina nacional e estrangeira o conceito de processo justo ou equitativo (*proceso justo, giusto processo, fair trail* ou *procès équitable*), em que é possível extrair regras explícitas e objetivas com a finalidade de concretizar o referido princípio[11].

A doutrina nacional aponta que a constitucionalização e a internacionalização de direitos fundamentais, principalmente através da jurisprudência dos tribunais constitucionais e instâncias supra-nacionais, *v.g.*, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), revelaram a tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, através de um número de regras mínimas que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo. Essas garantias visam tratar o imputado com dignidade humana, como sujeito de direitos e não como mero objeto da investigação, desenvolvendo a confiança do cidadão no Estado Democrático de Direito[12].

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), os artigos 7º e 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) listam inúmeros direitos, onde a doutrina, apesar de críticas, também identificou a presença do *fair trial*[13].

CASARA, Rubens Roberto Rebello. Eficientismo Repressivo vs Garantismo Penal: onde fica a Constituição? *In: Tributo a Afrânio Silva Jardim: estudos e escritos/organizadores: Marcelo Lessa Bastos, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim.* – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 981/992.

[11] Segundo Antônio Scarance Fernandes, "Com a organização do Estado, definiram-se estruturas e órgãos dirigidos à atuação eficaz do direito punitivo, prevendo-se, nos procedimentos, atos e fases destinados a assegurar a ação de tais órgãos. Por outro lado, forte movimento de reação ao excessivo fortalecimento da atuação do Estado no sistema criminal conseguiu que fossem afirmadas garantias essenciais para assegurar, ao acusado, meios para se defender e para proteger a sua liberdade, garantias essas que se formaram na longa evolução histórica do processo penal e estão previstas nos ordenamentos como garantias do devido processo ou, segundo outras denominações, garantias do justo processo ou do processo *équitable*, mais especificamente, garantias do devido processo penal, as quais, na atualidade, são apreciadas numa perspectiva mais publicista do que individualista" (FERNANDES, Antonio Scarance. *Procedimento no Processo Penal: noções, perspectivas simplificadoras e os rumos do direito brasileiro.* Tese apresentada para Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal da USP. São Paulo: 2004, págs. 36/38). Para aprofundamento, ver MAZZA, Oliviero. *Il garantismo al tempo del giusto processo*. Milano: Giuffrè Editore, 2011, onde o autor desenvolve toda a relação do garantismo e o processo justo.

[12] Nesse sentido, GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: O processo justo.* Novos Estudos Jurídicos – Ano VII – Nº 14 – p. 9-68, abril 2002.

[13] Segundo Alberto Binder, Ed Cape e Zaza Namoradze, "No âmbito da doutrina e jurisprudência latino-americana, é frequente um uso indiscriminado entre os conceitos de "devido processo" e julgamento justo ou imparcial. Ao mesmo tempo, essas duas expressões, que constituiriam a tradução de *fair trial*, podem trazer ambiguidades decorrentes de diversas tradições, dentre as quais a mais débil a que provém do seu uso

A doutrina espanhola destaca que o processo penal espanhol passou por uma grande reforma, inspirada na alteração legislativa da Alemanha e da Itália, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, no sentido de incrementação do direito de defesa e de potencializar o princípio acusatório, conferindo ao Ministério Público a direção da investigação[14].

Todavia, novos fenômenos criminais foram ocorrendo, como a criminalidade organizada e o terrorismo, levando a doutrina espanhola a refletir acerca da eficácia do processo penal como instrumento de política criminal[15].

Assim, não há dúvidas de que a doutrina espanhola também se debruça sobre o tema da eficiência e do garantismo, procurando afastar qualquer interpretação que diminua a proteção da sociedade e dos direitos fundamentais do acusado.

A doutrina italiana[16], ao discorrer sobre o *giusto processo*[17], elenca inúmeras regras processuais objetivando explicar, concretamente, o que significa um processo

---

no mundo do direito de matriz anglo-saxã. Essas mesmas indeterminações existem na jurisprudência da Corte IDH e, consequentemente, têm um grande impacto na prática, já que se englobam todas as garantias no conceito de devido processo ou se enfraquece a ideia de julgamento (*trial*), produto da falta de uma construção histórica de longa data do julgamento oral, público e contraditório" (BINDER, Alberto, CAPE, Ed e NAMORADZE, Zaza. *Parâmetros sobre defesa penal efetiva na América Latina*. São Paulo: ADC/ CERJUSC/ CONECTAS/ DEJUSTICIA/ IDDD/ ICCPG/ IJPP/ INECIP, 2016, p. 47).

[14] SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho Procesal Penal.* Segunda edición. Navarra, Espanha: Thomson Reuters, 2015, p. 68/69.

[15] Segundo Victor Moreno CATENA, "De un escaso número de procesos por delitos (según los datos del CGPJ, menos de 8.500 procesados hubo 100 años atrás), en el marco de uma economia rural, se ha passado en el siglo XXI a enjuiciar el crimen organizado, que actúa a través de relaciones y contactos trasnacionales, con una trama compleja y métodos sofisticados, la criminalidad económico-financiera, los delitos de cuello blanco o las acciones de corrupción política. En definitiva, los tribunales penales se enfrentan ahora con nuevos desafiós y no siempre disponen de los conocimientos especializados que resultan imprescindibles ni encuentran el suficiente apoyo del personal técnico de investigación criminal; en estos casos, una mejora en la preparación del personal, y medios más adecuados, pueden contribuir a la eficacia de la respuesta penal ante estos delitos. Por otro lado, se ha producido una avalancha de procesos por delitos de lo que se conoce como «pequeña criminalidad» que genera un profundo sentimiento colectivo de inseguridad e impotencia. Las serias dudas sobre el cumplimiento por parte del sistema penal de los diferentes intereses y fines a que atender, junto con la propria ineficacia de los actuales mecanismos procesales, incapaces de hacer frente a las nuevas realidades de la delincuencia, ha aconsejado la búsqueda de soluciones que satisfagan al proprio tempo ambas exigencias, que en la mayoría de los casos pasan por el abandono de la tradicional consideración del principio de legalidade penal" (CATENA, Victor Moreno y DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. *Derecho Procesal Penal*. 8 edición. Valência, Espanha: Tirant lo Blanch, 2017, p. 49).

[16] CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*. Settima Edizione. Milano: Utet Giuridica, 2017, p. 16/28.

[17] Segundo Paolo Tonini, o conceito de justo processo pode ser entendido como um conceito ideal de Justiça. "(...) A nostro avviso, il "giusto processo" si riferisce ad un concetto ideale di Giustizia, che preesiste rispetto alla legge e che è direttamente collegato a quei diritti inviolabili di tute le persone coinvolte nel processo, che lo Stato, in base all´art. 2 Cost., si impegna a roconoscere. Il contenuto dei diritti può essere ricavato dai

equitativo, em que se respeita tanto a eficiência quanto o garantismo. Como ponto de partido, invoca-se o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos[18], que expressamente menciona a existência de um processo equitativo. No mesmo sentido, a Constituição italiana, em seu artigo 111, expressamente dispõe sobre o justo processo[19].

Em seguida, a doutrina ainda aponta a existência de, no mínimo, os direitos elencados no artigo 6º, itens 2 e 3, da Convenção Europeia de Direitos Humanos[20] para que se possa garantir um *giusto processo*.

A doutrina francesa, discorrendo acerca do princípio da não culpabilidade, também aponta a existência do processo equitativo (*procès équitable*) na Convenção Europeia de Direitos Humanos, nos artigos já mencionados[21].

A doutrina alemã, por sua vez, entende que o *fair trial* se refere ao princípio da paridade de armas[22].

---

patti internazionali ai quali l´Italia ha aderito (TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale.* Diciottesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 42)

[18] Art. 6º - Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

[19] Art. 111 - A jurisdição atua-se mediante o justo processo regulado pela lei.

[20] Art. 6º, item 2 - Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

[21] Segundo Bernard Bouloc, "Sur le fondement de l´article 6-1, combiné avec l´article 6-3, la cour européenne a dégagé une notion du procès équitable qui conduit à écarter, comme preuves suffisantes, les déclarations anonymes ou à interdire le renvoi en jugement une personne inapte à être entendue. Le droit de ne pas s´auto-accuser a été affirmé par le cour européenne des droits de l´Homme dans l´affaire Funke, le 25 février 1993, bien que ce droit ne figure pas dans la Convention. Ce principe a été réaffirmé dans les affaires Murray et Sanders (BOULOC, Bernard. *Procédure pénale.* 26 édition. Paris: Dalloz, 2018, pág. 98). No mesmo sentido, CLÉRAC, Céline Laronde. *Les indispensables de la procédure pénale.* 1 ed. Paris: Ellipses, 2015.

[22] Segundo Claus Roxin e Bernd Schünemann, "(...) En virtud de su anclaje en la tradición anglo-americana del proceso de partes, la garantía del *fair trial* se refiere al "*principio de igualdad de armas*", en el sentido de la posición más equilibrada posible de los intervinientes del procedimiento. El concepto "igualdad de armas" es, al menos, confuso. Una verdadera igualdad de armas, ni se puede compatibilizar con nuestra

Ainda, na Alemanha, é possível apontar a existência da chamada capacidade de funcionamento da justiça penal (Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege), através da leitura conjunta do arts. 1, III, 20, III, 28, I, GG, da Lei Fundamental, segundo o qual a justiça deve se abster de violar direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, realizar a justiça para que o autor do fato seja punido[23].

Observa-se, desse modo, que a doutrina estrangeira, assim como a brasileira, procurou desenvolver o conceito de processo justo com o fim de evitar que o acusado seja processado sem se utilizar das garantias processuais e, ao mesmo, atingir a eficiência do processo.

Todavia, o sistema processual penal deve funcionar corretamente, de forma a garantir os direitos fundamentais do acusado e, ao mesmo tempo, atingir a sua finalidade, aplicando-se o direito. A doutrina italiana adverte que o processo deve ser pautado com ética, não se exigindo um heroísmo do acusado, mas também deve-se evitar manobras injustas do acusado[24].

---

estructura del proceso (..), ni tampoco siquiera sería factible en un proceso de partes puro (...). Per eso, la función de la garantía del *fair trial* se expressa mejor, a través de la ideia del *balance procesal*: el imputado tiene que recibir una chance justa, para analizar criticamente y contraatacar frente a las pruebas de cargo, que son aportadas conjuntamente por las autoridades de persecución penal en superioridad de poder" (ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho procesal* penal – 1 ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Didot, 2019, pág. 149).

[23] Nesse sentido, Jüngen Wolter discorre que "(...) Esse princípio imporia não apenas um dever de abster-se de violar direitos fundamentais, que em geral funcionaria como uma barreira à persecução penal, como também um dever de realizar a justiça e, portanto, de cuidar para que o crime não permaneça impune. "O Estado de Direito só poderá realizar-se se houver a garantia de que os criminosos serão, nos limites das leis vigentes, perseguidos, julgados e conduzidos a sua justa punição" (BVerfGE 46, 214 [222]). Uma justiça penal capaz de cumprir essa tarefa de justiça seria, assim, um imperativo inerente à própria noção constitucional de Estado de Direito, a qual operaria, portanto, de forma ambivalente, não apenas em favor, mas também contra o imputado (WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informal dos poderes) diante da persecução penal*. Jünger Wolter; organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 49).

[24]Segundo Mario Chiavario, "Nell´ambito dei valori evocati con il concetto di équité - e soprattutto con quello di fairness, tramite il suo richiamo a una fondamentale idea di correttezza - d´altronde sembra implicita, sempre in termini generali, anche un´attenzione per l´esigenza di assicurare, nel processo, una soglia minima per una reciproca e complessiva lealtà nell´atteggiamento di vari soggetti che vi operano. Con ciò non si vuol dire che le parti - quelle private, in particolare - debbano sacrificare, a una sorta di (non richiesto) "eroismo" autolesionista, gli interessi di cui sono portatrici. Ne viene, tuttavia, un sicuro limite all´uso di strumenti como la menzogna, specilamente se ciò produce un danno per altri soggetti; e comporta poi che l´apparato instituzionale possa dotarsi di contromisure efficaci - i che non vuol dire rispondere con gli stessi mezzi - per contrastare le manovre sleali di qualcuno tra i soggetti processual" (CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*. Settima Edizione. Milano: Utet Giuridica, 2017, p. 23).

Assim, é preciso compreender que deve haver limites para a utilização dos direitos individuais do cidadão, para evitar o abuso de garantias processuais. Para Mario Chiavario, se o acusado violar os direitos ou faculdades processuais que o ordenamento jurídico o reconhece, não teria ele o direito de invocar a proteção que o direito ou a faculdade processual o garante. No mesmo sentido, não é possível ao Ministério Público praticar o exercício abusivo da acuação, por exemplo, com atrasos arbitrários na investigação[25].

Dentro desse contexto, o presente trabalho realizará, ainda que brevemente, a relação da eficiência e do garantismo com o tema da conexão e continência envolvendo o foro de prorrogativa de função, com a finalidade de tecer comentários e críticas sobre as regras atuais do Código de Processo Penal.

2.2. Juiz Natural

A sociedade civilizadamente organizada pode ser observada através de um sistema de Justiça Penal em que o Estado figura como detentor do *jus puniendi*, distinguindo-se as funções de acusar, defender e julgar. Somente pode ser imposta uma sanção a um indivíduo que comprovadamente praticou um delito ou, por sua vez, uma absolvição quando as provas produzidas não autorizarem uma condenação[26].

---

[25] Segundo Mario Chiavario, “Il tem richiama anche quello degli "abusi di garanzia", spesso coinvolti in un´onnicomprensiva nozione di "abuso del processo". Sembra peralto opportuno distinguere, como "abuso del processo" in senso stretto, ciò che può considerarsi un abusivo esercizio dell´azione penale (e del correlativo dispiegarsi di attività investigativa) e ciò che è invece da inquadrare como abusivo esercizio di diritti "nel" processo o per sfuggire "al" processo: atteggiamenti, tutti, comunque, da considerare contrastanti con I´idea del processo "*fair*", sebbene non sia sempre facile individuare gli strumenti normativi e giudiziari idonei a reprimerli o quantomeno a scoraggiarli senza però depauperare il contenuto dei diritti e dei poteri di cui viene fatto abuso. È nel primo, e più proprio, dei vari significati dell´espressione che si parla di "*abuse of process*" nel Regno Unito, per giustificare interventi giudiziali in virtù dei quali - in una logica ben diversa da quella che sostanzia I´instituto della precrizione del reato o dell´azione penale con effetti automatici - può venir posta fine ad arbitrarie lungaggini o inerzie nell´attività investigativa, con conseguenze libertorie per chi via sia sottoposto. Nella seconda prospettiva si segnala invece una prouncia, a sezioni unite, della nostra Corte di cassazione, la quale - richiamandosi anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte di giustizia dell´Unione europea - ha ritenuto di dare anche una definizione dell´"abuso del processo" come «vizio, per sviamento, della funzione» nonché, in relazione «all´esercizio di diritti potestativi», come «frode alla funzione», deducendone, in particolare, che, quando un tale sviamento o una tale frode si realizzino, «l´imputato che ha abusato dei diritti o delle facoltà che l´ordinamento processuale astrattamente gli riconosce, non ha titolo per invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti»” (CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*. Settima Edizione. Milano: Utet Giuridica, 2017, p. 23/24).

[26] Nesse sentido, Rogério Schietti Machado Cruz vaticina, “A atividade jurisdicional criminal tem como objetivo maior a descoberta da verdade *processual* e *constitucionalmente válida*, a partir da qual se possa ou aplicar uma sanção àquele que se comprovou culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar sua inocência quando as evidências não autorizarem o julgamento favorável à pretensão punitiva (CRUZ,

Dentro desse aspecto, o Direito Processual tem a função de traçar as regras e garantias para se chegar a um processo justo. Para fazer frente ao poder do Estado, bem como respeitar as regras éticas que devem pautar a conduta dos agentes públicos, então, são criadas as garantias fundamentais do imputado, dentre elas a do juiz natural.

O princípio ou garantia do juiz natural, como se verá adiante, é um importante instrumento de imparcialidade do Estado-juiz e, ao mesmo tempo, de garantia de que o sujeito será processado e julgado por um juiz pré-determinado, com competência para tanto, evitando-se a criação de um tribunal somente para o julgamento de determinada causa.

O conceito do princípio do juiz natural é apontado pela doutrina pátria. Segundo Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco[27], a garantia do juiz natural:

> "(...) desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do 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. A Constituição brasileira de 1988 reintroduziu a garantia do juiz competente no art. 5º, inc. LIII".

2.2.1. Surgimento e evolução histórica do princípio do juiz natural

Ada Pellegrini Grinover, no ano de 1984, desenvolve o estudo[28] sobre o princípio do juiz natural, rememorando-se o seu nascimento nos artigos 20, 21 e 39 da Carta Magna de 1215[29].

Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*.2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, pág. 01).

[27] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 58.

[28] Segundo Ada Pellegrini Grinover, "(....) embora a carta não tivesse nascido de princípios democráticos e de um novo paradigma de rei, mas sim, por imposição dos barões e vassalos que formaram um exército e tomaram Londres, encurralando-o, a pretexto de mais autonomia e liberdade" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua unidade 2*. Rio de Janeiro: Editora Forense: 1984, págs. 04/05).

[29] Segundo a referida autora, "É tradicional a postura que faz remontar à Carta Magna o estabelecimento do princípio do juiz natural. O art. 21 da Carta de 1215 dispunha que "condes e barões não serão multados *senão pelos seus pares,* e somente de conformidade com o grau de transgressão"; e o conhecidíssimo art. 39 reafirmava: "nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras, ou posto fora da lei ou banido ou qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a

O princípio do juiz natural, para parte da doutrina[30], tem seu nascedouro na *Magna Charta* de 1215.

Todavia, *data maxima venia*, o que se observa é que da Magna Carta de 1215 extrai-se apenas o direito ao *judicium parium suorum*[31]. Assim, extrai-se apenas o conteúdo de qualidade dos julgadores e, no máximo, um critério de competência territorial[32].

No texto da *Magna Charta* não se encontra nenhuma proibição aos tribunais de exceção. Na Inglaterra, naquela época, haviam as comissões extraordinárias do rei, as quais poderiam ser criadas após o cometimento do crime[33].

Malgrado a *Petition of Rights* de 1628[34] já faça referência à proibição das comissões extraordinárias de julgamento, o que também foi previsto na *Bill of Rights*[35], é

---

menos que por *julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra*". Matriz de outro aspecto do juiz natural é o art. 20 da Magna Carta, quando, ao cuidar das penalidades e de sua proporcionalidade às transgressões, afirmava que "nenhuma multa será lançada senão pelo juramento de *homens honestos da vizinhança"*. Idem, p. 15.

[30] MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. 1 ed. (ano 2004), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, pág. 58. No mesmo sentido, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 135.

[31] § 39, da *Magna Charta - Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terre*. Segundo Fábio Konder Comparato, "39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisiatur*), banido (*ultragetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*)" (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. rev. e autal. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 97).

[32] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*; prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 544.

[33] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 47.

[34] Item IX, da Petition of Rights, de 1628: "And also sundry grievous offenders, by color thereof claiming an exemption, have escaped the punishments due to them by the laws and statutes of this your realm, by reason that divers of your officers and ministers of justice have unjustly refused or forborne to proceed against such offenders according to the same laws and statutes, upon pretense that the said offenders were punishable only by martial law, and by authority of such commissions as aforesaid; which commissions, and all other of like nature, are wholly and directly contrary to the said laws and statutes of this your realm". Em tradução livre, significa que "assim também vários criminosos, alegando isenção sob esses dispositivos, evitaram a punição que deveriam receber segundo as leis e costumes deste reino, porquanto diversos funcionários e juízes recusaram injustamente ou deixaram de proceder contra tais criminosos de acordo com as mesmas leis e estatutos, sob o pretexto que aqueles criminosos somente poderiam ser punidos pela lei marcial e pela autoridade das comissões acima citadas, comissões essas como quaisquer outras de igual natureza são totalmente e diretamente contrária às ditas leis e costumes deste reino" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 49).

[35] Item III da Bill of Rights: "By issuing and causing to be executed a commission under the great seal for erecting a court called the Court of Commissioners for Ecclesiastical Causes". Em tradução livre significa "que a comissão para instituir a chamada Corte dos Comissionários para Causas Eclesiásticas e tidas as

fato que o princípio do juiz natural como é visto hoje foi explicitamente previsto, pela primeira vez, na Carta Constitucional Francesa de 1791[36].

2.2.2. O princípio do juiz natural no ordenamento jurídico brasileiro

Sobre o surgimento do princípio do juiz natural no ordenamento jurídico brasileiro, analisando as Constituições brasileiras, a Carta Imperial de 1824 previa, em seu artigo 179, incisos XI, XII e XVII[37], a proibição da criação de tribunal depois do cometimento do fato criminoso e, também, a proibição de avocação de processos.

A Constituição da República de 1891, em seu artigo 72, §§ 15 e 23[38], manteve a disposição do juiz competente e a necessidade de lei anterior ao cometimento do delito, mas silenciou quanto à proibição de avocação de processos.

A Constituição da República de 1934, em seu artigo 113, incisos 25 e 26[39], mantém a mesma previsão da Constituição de 1891, mas inova quanto à disposição de juízos especiais em razão da natureza das causas.

Com o Estado Novo, no ano de 1937, foi promulgada a Carta de 1937, a qual suprimiu a previsão do juiz natural.

---

outras comissão e cortes da mesma natureza são ilegais e perniciosas" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 50).

[36] Para aprofundamento, ver Picardi Nicola. Le juge naturel - Principe fondamental en Europe. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 62, N°1, 2010. pp. 27-73, onde o autor explica, de forma detalhada, toda a evolução do princípio do juiz natural na França.

[37] Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórma por ella prescripta. XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos. XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Commissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

[38] Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 15. Ninguem sera sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na fórma por ella regulada. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926). § 23. Á excepção das causas, que por sua natureza, pertencem a juizos especiaes, não haverá fóro privilegiado. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

[39] Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 25) Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas. 26) Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.

Por sua vez, a redemocratização trouxe como consequência a promulgação da Constituição de 1946, que restabeleceu a previsão do juiz natural em seu artigo 141, § § 26 e 27[40].

No período da ditadura militar, foi promulgada a Constituição da República de 1967, a qual, apesar de estabelecer o estado de exceção, não suprimiu a garantia do juiz natural, conforme dispões o artigo 150, § 15[41], da citada Carta Política.

Por fim, o princípio do juiz natural foi retratado no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII[42], ambos da Constituição Federal de 1988.

Percebe-se que, malgrado a Constituição Federal de 1937 tenha suprimido o princípio do juiz natural, as demais Constituições o preservaram, mesmo durante o período de ditadura miliar[43].

Observa-se que a finalidade primordial do princípio do juiz natural é assegurar um julgamento imparcial, característico do Estado Democrático de Direito[44].

---

[40] Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 26 - Não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção. § 27 - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.

[41] Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela Inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

[42] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

[43] Adelino Marcon explica que "A exceção foi a Carta Constitucional autoritária de 1937, que aceitou como válida a instituição do Tribunal de Segurança Nacional durante o governo ditatorial de Getúlio Vargas, no ano de 1935, criado com o objetivo inicial de julgar seus adversários políticos. Quem sabe tenha sido este momento histórico o de maior subserviência das Cortes de Justiça do país a interesses políticos escusos" (MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. 1 ed. (ano 2004), 1ª reimpr. Curitiba, Juruá, 2011, p. 81). Para Ada Pellegrini Grinover, "Na tradição do direito brasileiro, o princípio do juiz natural inseriu-se, desde o início, em sua dupla garantia nas Constituições, equivalentes à proibição de comissões, entendidas como tribunais extraordinários, *ex post facto*, e à proibição de evocação, como transferência de uma causa para outro tribunal. Deixava-se bem clara a permissão do poder de atribuição, pela instituição dos juízos especiais, pré-constituídos; e, a par disso, proibia-se o foro privilegiado" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua unidade 2*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 15).

[44] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 44/45. No mesmo sentido, MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. 1 ed. (ano 2004), 1ª reimpr. Curitiba, Juruá, 2011, p. 57.

2.2.2.1. Da vedação dos tribunais de exceção

Um dos desdobramentos do princípio do juiz natural é assegurar a vedação da criação de um tribunal de exceção, ou seja, a concepção de órgão jurisdicional *ex post facto*, instituído após o cometimento do fato criminoso.

Além do fato de o tribunal ser criado após o cometimento do crime, é certo que outras características também são comuns a ele, como ser constituído para julgar determinadas pessoas ou fatos e ter tempo de vigência determinado. Ainda, existe um procedimento célere, normalmente sem recurso, com julgadores escolhidos sem a observância de critérios de investidura e sem assegurar a independência dos magistrados[45].

Dentro desse aspecto, surgem duas discussões no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a primeira relacionada às justiças especializadas e a segunda relacionada ao foro por prerrogativa de função.

No que tange às justiças especializadas, é fato que a criação de um órgão jurisdicional especializado fará com que a prestação jurisdicional tenha maior qualidade. Isso porque o julgador teria condições de aprofundar os estudos apenas nas matérias relacionadas à sua competência, prevista nas leis de organização judiciária.

A justiça especializada em nada se confunde com o tribunal de exceção. Isso porque a justiça especializada é permanente e orgânica, ao passo que o tribunal de exceção é transitório e mais ou menos arbitrário. Ainda, a justiça especializada não fere o princípio da igualdade. Observa-se que a justiça especializada é constituída de regras genéricas aplicáveis a casos singulares, ao passo que os tribunais de exceção são constituídos para julgar determinados casos[46].

Todavia, a discussão doutrinária surge em relação à retroatividade desta norma.

---

[45] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 129.
[46] MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Edição Saraiva, 1953, p. 63/64.

Para parte da doutrina[47], é impossível aceitar a retroatividade de norma que criou a justiça especializada. Isso porque a regra pré-constituída, a evitar o tribunal de exceção, previa o julgamento por determinado órgão do Poder Judiciário. Além disso, trata-se de regra de competência territorial, em que não se pode manipular a criação de uma vara especializada com o fim de subtrair o julgamento do juiz natural previamente autorizado para o julgamento do fato criminoso.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF) possui jurisprudência consolidada pela retroatividade da lei que cria a vara especializa, sendo que "o deslocamento da competência em decorrência de criação de vara especializada não ofende os princípios do juiz natural, da vedação ao juízo de exceção, ou da *perpetuatio jurisdictiones"*[48].

A segunda celeuma que surge é em relação ao foro por prerrogativa de função. De proêmio, é possível afirmar que o foro por prerrogativa de função não constitui nenhum tribunal de exceção.

Alguns cargos públicos, em razão de sua relevância e posição política dentro do ordenamento jurídico, e para a garantia de seu desempenho, exigem a previsão de uma gama de prerrogativas aptas a assegurarem o livre exercício da atribuição que ele possui[49].

Assim, determinadas pessoas que exercem certos cargos, em razão de suas funções, são julgadas por órgãos de jurisdição mais graduadas. Parece simples entender, por

---

[47] Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: III série: estudos e pareceres de processo penal*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 43/44 e MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. 1 ed (ano 2004), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 133/134.

[48] Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com agravo 802.238/SP, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 165, divulgado em 26/08/2014 e publicado em 27/08/2014. Somente a título de conhecimento, neste agravo regimental foram citados inúmeros precedentes, como RHC 117.487-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 7/3/2014, HC 108.749, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 7/11/2013, RE 667.442, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 25/6/2013, ARE 723.727, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 7/2/2013, e HC 91.253, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 14/11/2007.

[49] Nesse sentido, Roberto Luis Luchi Demo esclarece que "(...) Entretanto, há cargos públicos que compõem órgãos constitucionais de cúpula (ex.: Poder Judiciário, Tribunal de Contas, Ministério Público e Parlamento), cujos titulares possuem independência funcional no exercício de suas atribuições. Daí que a dignidade e importância desses cargos públicos impõem a competência originária dos tribunais, enquanto uma das facetas da garantia da independência funcional mesma de seus titulares. Trata-se de uma *garantia bilateral*, por isso que o tribunal se mostra menos infenso à influência seja deles bem assim contra eles, mas juridicamente limitada para os *processos penais* em que os detentores desses cargos figurem como *réus* (competência *ratione personae*), não como autores – hipótese que é regida pelas regras gerais de competência" (DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência Penal Originária (uma perspectiva jurisprudencial crítica)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 181).

exemplo, que o Presidente da República não pode ser submetido a qualquer ação penal proposta no território nacional, a ser julgada por juízes de primeira instância. Por óbvio, em razão da relevância e magnitude do cargo maior da República, deve haver um tribunal altamente especializado para o seu julgamento, no caso, a Suprema Corte Brasileira.

Apesar de a doutrina brasileira, em sentido praticamente unânime[50], sempre ter justificado que o foro por prerrogativa de função não viola o princípio da isonomia, na medida em que não se está a privilegiar determinada pessoa, e sim resguardar a dignidade do cargo que ela exerce[51], o tema foi rediscutido a partir do julgamento da Ação Penal 937/RJ, de competência do Supremo Tribunal Federal.

---

[50] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume 2*. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179/180; PEDROSO, Fernando de Almeida. *Competência Penal:* doutrina e jurisprudência. 2 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 32/33; BADARÓ, Gustavo Henrique. *juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 383; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 282; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 368; DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência Penal Originária (uma perspectiva jurisprudencial crítica)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 181; NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 6 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 370/371; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 3 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 346, entre outros. Para aprofundamento, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1365/1366. Todavia, em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci adverte: "(...) A doutrina, de maneira geral, justifica a existência do *foro privilegiado* como maneira de dar especial relevo ao cargo ocupado pelo agente do delito e jamais pensando em estabelecer desigualdades entre os cidadãos. Entretanto, não estamos convencidos disso. Se todos são iguais perante a lei, seria preciso 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. Se à justiça cível todos prestam contas igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a justiça criminal. O fato de se dizer que não teria cabimento um juiz de primeiro grau julgar um ministro de Estado que cometera um delito, pois seria uma "subversão da hierarquia" não é convincente, visto que os magistrados são todos independentes e, no exercício de 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-se em conta o lugar do crime e não a função do réu (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, págs. 266/267).

[51] A lição apresentada por Fernando de Almeida Pedroso é digna de nota: "A competência *ratione personae* não é ditada pela qualidade das pessoas envolvidas como autoras de infração penal, o que implicaria flagrante, clamorosa e manifesta antinomia com o princípio constitucional da isonomia ou da igualdade de todos perante a lei. Não se concede, destarte, mercê ou benesse em razão das pessoas, em virtude dos seus atributos de nascimento, de seus dotes intelectuais, condições de fortuna, projeção, destaque e proeminência na vida social, o que significaria afrontosa discriminação legal. O que visa a lei, nesse passo, não é a *qualidade* da pessoa que figura como agente da infração penal, mas a relevância e magnitude das *funções* por ela exercidas e desempenhadas." (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Competência Penal:* doutrina e jurisprudência. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 32).

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso[52], relator da Ação Penal 937/RJ, o foro privilegiado vem causando um sistema de manutenção de impunidade, principalmente pelo fato de o Supremo Tribunal Federal não possuir estrutura compatível com julgamentos criminais, levando o fato delituoso à prescrição, na maioria dos processos.

No mesmo sentido, a doutrina nacional já havia alertado que, apesar de o foro por prerrogativa de função resguardar a dignidade do cargo, acabou gerando um sistema de impunidade[53].

O julgamento da referida ação foi concluído no dia 03 de maio de 2018, onde o Supremo Tribunal Federal concluiu que o foro por prerrogativa de função deve ser aplicado, no âmbito do Poder Legislativo, em relação a deputados e senadores, somente nos crimes cometidos durante o mantado e em razão dele[54].

---

[52] Nas palavras do Ministro, "O sistema é feito para não funcionar. Mesmo quem defende a ideia de que o foro por prerrogativa de função não é um mal em si, na sua origem e inspiração, não tem como deixar de reconhecer que, entre nós, ele se tornou uma perversão da Justiça. No presente caso, por exemplo, as diversas declinações de competência estão prestes a gerar a prescrição pela pena provável, de modo a frustrar a realização da justiça, em caso de eventual condenação. De outro lado, a movimentação da máquina do STF para julgar o varejo dos casos concretos em matéria penal apenas contribui para o congestionamento do tribunal, em prejuízo de suas principais atribuições constitucionais. A título exemplificativo, nesta ação penal, o Supremo é chamado a julgar um caso de compra de votos em eleição municipal por parte de um candidato à Prefeitura – que sequer estava no exercício da função. Difícil aceitar que esta matéria ocupe o Supremo Tribunal Federal. De *lege ferenda* (*i.e.*, em uma urgente modificação do Direito vigente), o foro por prerrogativa de função deve ser reduzido a um número mínimo de autoridades, aí incluídos os chefes de Poder e pouquíssimas mais. Sintomaticamente apelidado de foro privilegiado, passou a constituir um mal para o Supremo Tribunal Federal e para o país. Há três ordens de razões que justificam sua eliminação ou redução drástica. Em primeiro lugar, existem *razões filosóficas*: trata-se de uma reminiscência aristocrática, não republicana, que dá privilégio a alguns, sem um fundamento razoável. Em segundo lugar, devido a *razões estruturais*: Cortes Constitucionais, como o STF, não foram concebidas para funcionarem como juízos criminais de 1º grau, nem têm estrutura para isso. O julgamento da Ação Penal 470 (conhecida como *Mensalão*) ocupou o Tribunal por um ano e meio, em 69 sessões. Por fim, há *razões de justiça*: o foro por prerrogativa é causa frequente de impunidade, porque dele resulta maior demora na tramitação dos processos e permite a manipulação da jurisdição do Tribunal (AP 937/RJ, relator Min. Roberto Barroso, primeira turma, STF, julgado 10.02.2017, divulgado em 17/02/2017).

[53] Segundo Rômulo de Andrade Moreira, "O problema é que no Brasil o número de julgamentos proferidos pelos nossos Tribunais Superiores é muito baixo, o que gera uma sensação de impunidade (perfeitamente justificável) quando se trata de crimes cujos acusados são ocupantes de cargos do alto escalão da República. Por exemplo, no Supremo Tribunal Federal, dos 130 processos contra políticos e altas autoridades que tramitam na Corte desde 1988 até 2007, ocorrem apenas seis julgamentos. Todos foram absolvidos. E mais: 46 processos (35,38%) sequer foram analisados (foram remetidos para instância inferior de julgamento, por término do mandato do réu). No Superior Tribunal de Justiça, a situação não é muito diferente. Das 483 ações penais desde 1989 (ano de criação do Tribunal), 40,79% não deram em nada. Foram devolvidas para a primeira instância ou foi decretada a extinção da punibilidade. Apenas 16 processos tiveram sentença declarada: 11 foram absolvidos e 5 condenados. Em resumo, só cerca de 1% das autoridades acaba de fato sendo punida" (MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Competência por Prerrogativa de Função e o Supremo Tribunal Federal.* Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 39 – Dez-Jan/2011 – Doutrina, págs. 48/49).

[54] "O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o

No âmbito legislativo, o senador Álvaro Dias apresentou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 10/2013[55], a qual busca extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso de crime comum.

Malgrado a doutrina ainda não tenha debatido o alcance da mudança da regra constitucional, bem como se o Supremo Tribunal Federal está autorizado a fazê-lo, é certo que parece haver consenso para que haja a sua restrição do foro a apenas certos cargos[56].

---

exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo", com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal. Vencidos: em parte, os Ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, que divergiam do Relator quanto ao item (i); em parte, o Ministro Marco Aurélio, que divergia do Relator quanto ao item (ii); em parte, o Ministro Dias Toffoli, que, em voto reajustado, resolveu a questão de ordem no sentido de: a) fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; b) fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, quanto aos demais cargos, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; c) serem inaplicáveis as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos crimes praticados anteriormente à diplomação ou à nomeação (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem; d) reconhecer a inconstitucionalidade das normas previstas nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria; e) estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a renúncia ou a cessação, por qualquer outro motivo, da função pública que atraia a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, não altera a competência para o julgamento da ação penal; e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes, que assentou que a prerrogativa de foro alcança todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício, e, ao final, propôs o início de procedimento para a adoção de Súmula Vinculante em que restasse assentada a inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais que disponham sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal e a declaração incidental de inconstitucionalidade dos incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17; dos incisos II e III e parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar 35/79; dos arts. 40, III, V, e 41, II, parágrafo único, da Lei 8.625/93; e do art. 18, II, "d", "e", "f", parágrafo único, da Lei Complementar 75/93. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 3.5.2018" (QO na AP 937/RJ, relator Min. Roberto Barroso, Pleno, STF, julgado em 03.05.2018, publicado em 11.12.2018).

[55] Ementa: "Altera os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns, e revoga o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal".

[56] Segundo Daniel Falcão, "Para concentrar o argumento no papel constitucional dos tribunais superiores, o STJ e o STF saem de suas funções precípuas – corte constitucional e função recursal, no caso do Supremo – e corte recursal para uniformizar e garantir a coerência e estabilidade da jurisprudência na interpretação da lei federal, no caso do STJ – para longos e demorados processos e julgamentos de questões criminais em que os acusados são detentores de cargos políticos ou agentes públicos do mais alto escalão. Trata-se,

De forma acertada, Daniel Marchionatti criticou a decisão do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, em que pese o Ministro Roberto Barroso tenha justificado que seria possível aplicar a "redução teleológica" (Larenz) ou a "dissociação" (Guastini), não é possível reduzir a intenção do constituinte, que expressamente escolheu a opção pelo foro por prerrogativa de função[57].

Somente a título de recorte metodológico, não se está aqui a discutir todos os métodos de interpretação constitucional utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (mutação constitucional, conflito de normas, conflitos de princípios, princípio da proporcionalidade, dentro outros argumentos utilizados por cada Ministro no voto da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ), uma vez que se busca, no presente trabalho, analisar os casos de conexão e continência envolvendo crimes cometidos por réus detentores de foro por prerrogativa de função com outros autores que não possuem tal prerrogativa.

No ordenamento jurídico estrangeiro, pode-se observar que a Espanha e a Colômbia possuem um sistema de foro por prerrogativa de função parecido com o brasileiro, onde inúmeras autoridades possuem foro por prerrogativa de função. Nessa esteira, as

---

portanto, de um privilégio sem sentido no atual regime democrático e republicano. Raymundo Faoro, em sua clássica obra *Os donos do poder*, já nos ensinou que o Estado brasileiro teve como base de sua formação e existência a predominância de verdadeiros estamentos de caráter patrimonialista. O foro por prerrogativa de função é só mais um dos institutos que consagram essa história" (FALCÃO, Daniel. *É necessário manter o foro por prerrogativa de função? Não.* Boletim IBCCrim, ano 25 – n º 296 – julho/2017, p. 02).

[57] Segundo o autor, "O Min. Roberto Barroso não se furtou de abordar essa questão. Afirmou tratar-se de "redução teleológica" (Larez), ou do uso da técnica da "dissociação" (Guastini), que "consiste em reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das situações de fato previstas por ela segundo uma interpretação literal", para adequá-las a sua finalidade. Nesta técnica, o aplicador "identifica uma lacuna oculta", a qual consiste na ausência de especificação de uma restrição, necessária para afastar a incidência da norma a um grupo de casos que não se ajustam ao seu sentido e fim (Larez). O aplicador corrige a lacuna oculta mediante a inclusão de uma exceção não explícita no enunciado normativo, mas extraída de sua própria teleologia. A argumentação é sofisticada, mas não parece que seja a técnica em uso. A interpretação histórica permite ver que não há lacuna oculta. A Assembleia Constituinte tomou uma decisão bem deliberada de manter a ampliar algo que julgou positivo nas constituições anteriores – foro privilegiado para todas as infrações penais e ainda para os crimes de responsabilidade (...). Em minha avaliação, o resultado do julgamento reflete aquilo que a Constituição deveria comandar, mas não aquilo que ela comanda. A argumentação do relator colocou o princípio constitucional da igualdade acima das regras constitucionais. O constituinte criou exceções à igualdade ao estabelecer a prerrogativa de foro. Essas exceções devem ser interpretadas como tais, ou seja, como normas que servem a uma finalidade estrita e, fora desse escopo, não devem ser ampliadas. Em outras palavras, a intepretação da prerrogativa de foro deve tender à restrição. Mas a interpretação restritiva não pode entrar em choque com o próprio texto constitucional, excluindo a aplicação da norma em seara claramente inserida em sua teleologia" (MARCHIONATTI, Daniel. *Processo penal contra autoridades.* Rio de Janeiro: Forense, 2019, págs. 13/16). No mesmo sentido, no voto vista da Questão de Ordem da Ação Penal nº 937/RJ, do Ministro Alexandre de Morais, foi feita uma completa digressão sobre o tema, demonstrando que o constituinte optou pelo foro por prerrogativa de função (QO na AP 937/RJ, relator Min. Roberto Barroso, Pleno, STF, julgado em 03.05.2018, publicado em 11.12.2018, págs. 842/849).

doutrinas espanhola e colombiana teceram inúmeras críticas aos sistemas vigentes na Espanha e na Colômbia. Em resumo, invoca-se a violação ao princípio da igualdade[58].

2.2.2.2. Do juiz competente

O segundo aspecto do princípio do juiz natural diz respeito ao juiz competente, que significa que todo autor de um fato criminoso deve ser julgado por um órgão jurisdicional competente, "vale dizer, de que somente pode conhecer e julgar as causas criminais o agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal – cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação em vigor na época do consentimento da ação delituosa"[59].

Nesse sentido, deve haver o respeito absoluto às regras de determinação de competência, que asseguram a independência e imparcialidade do órgão julgador[60].

A doutrina clássica destacava que o juiz natural era aquela constitucionalmente competente, ou seja, somente seria atendida a exigência do juiz natural se o órgão jurisdicional fosse criado pela Constituição Federal[61].Todavia, na atualidade, não

---

[58] Segundo Juan-Luis Gómes Colomer, criticando o sistema espanhol: "De ahí mi enorme escepticismo, sin matices, ante el futuro que le espera a la institución. Em mi opinión, para finalizar, o se reforma la Constitución y se dejan sólo el del Rey y el del Presidente del Gobierno, o en España no hay nada que hacer, seguiremos con más de 250.000, o em su caso 10.000, privilegiados injustamente, porque son tratados desigualmente respecto a un ciudadano normal. Soy partidário por tanto en este tema de una reforma radical, como merece ser el respeto al principio de igualdad, directo, frontal, sin excepciones, igualmente radical en definitiva (COLOMER, Juan-Luis Gómes. *Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios em la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento.* UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 38, 2016, pp. 239-275). No mesmo sentido, Carlos Pavajeau e Francisco Molina, quanto ao sistema colombiano, arrematam: "(...) Por la vía del fuero constitucional, que es además un fenómeno procesal, se condiciona el derecho material aplicable y se releva a los Magistrados del cumplimiento de la ley disciplinaria. Con tal decisión se ha subvertido el orden constitucional y se han creado fisuras irreconciliables e incompatibles com el Estado de Derecho y el prinipio de igualdad" (PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez e MOLINA, Francisco Javier Farfán. *El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del estado. Problemas procesales.* Revista Derecho Penal y Criminologia, volumen XXXVI, número 101, julio-diciembre de 2015, p. 129).

[59] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 125/126.

[60] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 90/91.

[61] Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães discorrem: "A idéia de que o princípio do juiz natural corresponde à garantia de que ninguém pode ser subtraído ao seu *juiz constitucional* (considerando-se juiz natural ou autoridade competente, no direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais: José Frederico Marques") (GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 52).

é possível concordar com tal afirmação. Isso porque as regras de competência podem ser estabelecidas pela lei, em conformidade com a Constituição Federal. Além disso, a Lei Maior não exauriu todas as regras de competência, cabendo ao Código de Processo Penal ou à legislação esparsa fazê-lo. Desse modo, tal posicionamento doutrinário não está imune de críticas[62].

Enfim, conforme Gustavo Badaró, o juiz natural é "o juiz que seja territorial, objetiva e funcionalmente competente"[63]. Importa salientar que não se poderá escolher juízes, aleatoriamente, para o julgamento da causa.

2.2.2.3. Do juiz predeterminado por lei

O terceiro e último desdobramento do princípio do juiz natural se caracteriza pelo fato de as regras de competência para julgamento serem fixadas de forma predeterminada[64].

O artigo 5º, LIII, da Constituição Federal, não utilizou a expressão "previamente". Somente apontou a necessidade de julgamento pela autoridade competente. Todavia, é fato que a predeterminação do órgão julgador é decorrente do desdobramento da evolução história do princípio do juiz natural.

---

[62] Segundo Nereu José Giacomolli, "O juízo processante e julgador há de ser previsto em lei ordinária, não por medidas provisórias ou provimento administrativos, satisfeito o processo legislativo, inclusive de competências constitucionais (fontes). Os juízos criados por dispositivos infralegais ou sem aderência constitucional são de exceção e, portanto, inconstitucionais" (GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 273). No mesmo sentido, e de modo certeiro, Gustavo Badaró vaticina: "Outra posição bastante difundida sobre o conteúdo da garantia do inciso LIII do art. 5.º consiste em considerar que o juiz natural é o juiz *constitucionalmente* competente. Também não é possível concordar com tal conceito, por se tratar de uma visão reduzida e *fraca* do juiz natural, na medida em que restringe a garantia ao juiz competente segundo os critérios de competência previstos na Constituição. É sabido que as regras constitucionais não exaurem o processo de concretização de competência. Uma concepção *forte* e que não seja reducionista deve chegar a outro resultado, considerando que o juiz natural é aquele definido segundo todos os critérios de competência, previstos na Constituição, em leis ordinárias e nas leis de organização judiciária" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 148/149).

[63] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 154.

[64] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 9 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 478.

Isso porque o princípio do juiz natural foi criado para evitar que o monarca criasse uma comissão extraordinária para julgar seus inimigos. A partir disso, passou-se a tarefa de criação das regras de competência para o Poder Legislativo, visando acabar com a interferência do soberano. Porém, verificou-se que o Poder Legislativo também poderia manipular as regras de competência, com posterior alteração das regras de competência depois do cometimento do fato criminoso. Assim, para evitar esse tipo de manipulação, estabeleceu-se a lei prévia ao cometimento do fato criminoso como preservação do juiz natural, a fim de evitar qualquer alteração posterior e escolha de órgãos julgadores[65].

Isso significa dizer que o tanto acusação quanto defesa deve ter previamente o conhecimento do juiz natural para o julgamento do processo criminal.

O marco cronológico a ser utilizado como predeterminação da fixação das regras de competência deve ser o tempo do fato[66].

Assim, o juiz predeterminado por lei é aquele competente ao tempo do cometimento do fato criminoso, impedindo qualquer manipulação ou escolha do órgão julgador.

Por fim, o juiz predeterminado por lei se refere ao juiz-pessoa e não ao juiz-órgão, inanimado, uma vez que a imparcialidade tem relação com a pessoa que vai julgar e não simplesmente com o órgão jurisdicional[67]. Além disso, é importante frisar que tal previsão impede, também a figura do juiz sem rosto.

---

[65] NORA, Enrico Silveira. Breves considerações acerca do princípio do juiz natural no processo penal *In:* GIACOMOLLI, Nereu José. *Processo penal contemporâneo no debate.* Aleksei Sosa Rebelo ... [et al.]; organizadores: Nereu José Giacomolli, Nathalia Beduhn Schneider, Carolina Llantada Seibel Scarton. 1 ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 91/92.

[66] Para Gustavo Badaró, "(...) Em qualquer aspecto da persecução penal em que incida a irretroatividade da lei, o termo *a quo* deve ser o momento do fato, isto é, do pretenso cometimento do delito. Ressalte-se que, para proteger a garantia contra ingerências dos outros poderes e mesmo dos órgãos internos do Poder Judiciário, não seria suficiente estabelecer como momento inicial da predeterminação do juiz competente o da *notitia criminis* ou de instauração da investigação criminal. A *ratio* da garantia do juiz natural é assegurar um juiz que não seja presumidamente parcial, por ter sido escolhido ou determinado *ex post factum*, com o fim de julgar num ou noutro sentido. Assim sendo, no período entre o cometimento do delito e a *notitia criminis*, tais fatores indevidos também poderão atuar, vulnerando a garantia e seu escopo de assegurar um juiz imparcial. Em outras palavras, bastaria retardar o início da persecução penal, e realizar neste período uma mudança legal das regras de competência, ou substituir o juiz, pessoalmente considerado, que iria atuar no caso, para que se tivesse a escolha de um juiz específico para *fato criminoso já ocorrido* (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 171).

[67] Segundo Leonardo Greco, "A garantia abrange a predeterminação legal do órgão e do seu titular, tendo, pois, um conteúdo dual: objetivo ou orgânico e subjetivo ou pessoal. Não basta que o órgão esteja predeterminado

Juiz sem rosto é aquele anônimo, que não pode ser identificado no momento em que exerce sua função jurisdicional. Havendo a possibilidade de ocultar a identidade do magistrado, fatalmente estaríamos diante da inevitável violação ao princípio do juiz natural, uma vez que poderia haver a escolha de um juiz predeterminado, impossibilitando o controle judicial sobre seus atos. Defesas processuais podem se basear em exceção de suspeição ou impedimento, por exemplo, o que ficaria inviabilizado diante a da ocultação da identidade do juiz[68].

2.3. O princípio do juiz natural (legal ou imparcial) no direito estrangeiro

No direito estrangeiro, apesar de haver certa diferença de nomenclatura, ora oscilando entre juiz natural, juiz legal, e juiz imparcial, os diplomas estrangeiros contemplam tal garantia.

Na Argentina, o princípio do juiz natural está positivado no artigo 18[69] da Constituição da Nação Argentina de 1994. Apesar de a Carta Maior argentina não utilizar a nomenclatura "juez natural", seu conteúdo está de acordo com os postulados internacionais, uma vez que há previsão expressa de que não haverá tribunal de exceção, bem como que o acusado será julgado por juiz predeterminado.

---

na lei, com anterioridade e generalidade. A pessoa do juiz que exercerá a jurisdição do órgão deve nele ter sido investida através do procedimento legalmente previsto, caracterizado pela adoção de critério de escolha absolutamente impessoal, aplicável a todos os casos idênticos" (GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: O processo justo.* Novos Estudos Jurídicos – Ano VII – Nº 14 – p. 9-68, abril 2002, p. 21).

[68] Segundo Alexandre Moraes da Rosa, "O "juiz sem rosto" tem como característica a não identificação dos magistrados, o que não ocorre na lei recém sancionada, tendo em vista que nesta parte possuirá conhecimento de todos os componentes do juízo colegiado, possibilitando-se a arguição de suspeição, impedimento ou incompatibilidade" (ROSA, Alexandre Morais; CONOLLY, Ricardo. Juiz sem rosto e com medo: a questão da Lei 12.694/2012. *Empório do Direito*, São Paulo, 29 mar. 2015. Acesso em: 30 set. 2019. Acesso em: http://emporiododireito.com.br/juiz-sem-rosto-e-com-medo-a-questao-da-lei-no-12-6942012-por-alexandre-morais-da-rosa-e-ricardo-conoll.y/). No mesmo sentido, Guilherme Madeira Dezem discorre que "O juiz sem rosto é a expressão que se dá ao juiz que não é identificado quando do julgamento da causa. Vale dizer, não se consegue identificar quem é o juiz que profere a decisão. Houve na América Latina o uso desta figura em vários países sob o argumento de necessidade de proteção da sociedade contra o terrorismo. Naturalmente estes países passavam por regimes de exceção ao Estado Democrático de Direito. A desculpa do combate ao terrorismo é o discurso que acaba por legitimar esta figura que representa tudo aquilo que o juiz natural não é. A não identificação do julgador viola a garantia do juiz natural na medida em que permite a nomeação indiscriminada de qualquer juiz para o julgamento da causa, segundo a conveniência dos poderes instituídos. Ademais, afasta das partes a possibilidade de recusar o magistrado por meio de exceções de suspeição e de impedimento" (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 336).

[69] Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. (...).

Por sua vez, na Colômbia, o princípio do juiz natural encontra-se estampado no artigo 29.1[70], da Constituição Política da Colômbia. Quanto à vedação expressa ao julgamento por tribunais de exceção, tal previsão está estampada no artigo 19[71] do Código de Procedimiento Penal.

Na década de 90, na Colômbia, foi instituído o novo Código de Procedimento Penal, através do Decreto 2.700/1991, onde foi prevista a figura do juiz sem rosto, no artigo 158[72].

No Peru[73], o artigo 13[74], do Decreto-Ley 25.475/92, instituiu a "sala especializada" para julgamento secreto, reproduzindo a figura do juiz anônimo[75].

Muitos acusados foram julgados por juízes mascarados, sendo que alguns dos condenados peticionaram junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos alegando a violação ao princípio do juiz natural.

---

[70] Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. 1. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

[71] Artículo 19. Juez natural. Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal ad hoc o especial, instituido con posterioridad a la comisión de un delito por fuera de la estructura judicial ordinaria.

[72] "Art. 158. Protección de la identidade de funcionarios. En los delitos de competencia de los jueces regionales, los servidores públicos distintos del fiscal que intervengan em la actuación pueden ocultar su identidade conforme lo establezca el regulamento, cuando existan graves peligros contra su integridad personal".

[73] No Peru, não há previsão expressa do princípio do juiz natura. Segundo Abraham García Chávarri, "No se encuentra referencia expresa a un debido proceso en la Constituición de 1979, no obstante que algunos elementos de su dimensión procesal podían ser advertidos em el artículo 233 (que recogía las denominadas "garantías de la administración de la justicia"). En lo que respecta a la dimensión sustantiva del debido proceso, la Carta de 1979 no continía ninguna mención o alcance. Sin embargo, el concepto de razoabilidad empezó a trabajarse por las vías jurisprudencial y doctrinaria a propósito de la revisión judicial de las medidas tomadas al amparo de un estado de excepción. La mención al "debido proceso" aparece por primera vez en la Constituición de 1993, pero en una ubicación equívoca y poco sistemática. El artículo 139 enuncia lo que erróneamente denomina principios y derechos de la función jurisdicional, y dentro de ellos, en su inciso tercero, nombra el correspondiente a la "observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional" (ABRAHAM, Garcia Chávarri. El Juez Predeterminado por Ley como Expresióin del Derecho Fundamental a un Debido Proceso: Algunas anotaciones a su desarrollo doctrinario y jurisprudencial. *Foro Jurídico*, Lima, n. 12, p. 309-320, 2013).

[74] "Artículo 13º - Para la Instrucción y el Juicio de los delitos de terrismo a que se refiere el presente Decreto Ley, se observarán las siguientes reglas: (...) e. Devueltos los autos com el Dictamen Acusatorio, el Presidente de La Corte Superior procederá a designar a los integrantes de la Sala Especializada para el juzgmiento, de entro todos los Vocales del Distrito Judicial, em forma rotativa y secreta, bajo responsabilidade".

[75] Para aprofundamento, ver ABRAHAM, Garcia Chávarri. El Juez Predeterminado por Ley como Expresióin del Derecho Fundamental a un Debido Proceso: Algunas anotaciones a su desarrollo doctrinario y jurisprudencial. *Foro Jurídico*, Lima, n. 12, p. 309-320, 2013.

No *Caso Castillo Petruzi*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu uma decisão emblemática, considerando a violação ao artigo 8.1 da Convenção, condenado o Peru a indenizar a família do requerente justamente porque havia a impossibilidade de conhecer o julgador (*juez sin rostro*) e valorar a sua competência, colocando em xeque sua imparcialidade[76].

No âmbito do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, no *Caso José Elías Guerra de la Espriella vs. Colômbia*, houve a condenação deste país porque o requerente foi julgado por um juiz anônimo (*faceless judge and faceless court*) [77].

Assim, é possível observar que tanto na Colômbia quanto no Peru houve grave violação do princípio do juiz natural, através da criação do juiz sem rosto, condenando-se tal prática internacionalmente[78].

---

[76] 133. Además, la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean "sin rostro", determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces (Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e Outros vs. Peru.* Sentença 30.05.1999. Série C, nº 52, parágrafo 133).

[77] 9.2 The Committee takes note of the author's complaints that he was tried by a faceless judge and a faceless court established after the acts with which he was charged, in trials with no public hearing, at which neither he nor his counsel were present; that he had no personal contact with the prosecutor who charged him or the judges who convicted him; and that he was interrogated in darkened rooms, in front of one-way mirrors concealing his questioner, whose voice was distorted. The Committee also takes note of the observations of the State party confirming that there was no public hearing during the trials conducted in the Regional Justice Courts, a measure which the Constitutional Court declared constitutional for the purpose of ensuring the safety of participants in the trial. The State party also affirms that the identity of the prosecutor was known to the author and that hiding the identity of the judges did not prevent the submission of evidence by the accused or appeals against decisions with which he did not agree (*Communication Nº 1623/2007, Human Rigths Commitee, Niety-eight session, 8-26 March 2010).*

[78] Segundo Fernanda Regina Vilares e Lia Verônica de Toledo Piza: "A principal problemática atinente aos juízes e tribunais sem rosto concerne à impossibilidade de controle. Não se pode assegurar a independência e imparcialidade dos tribunais sem saber quem é o julgador. Também não se pode opinar acerca da competência, e tampouco sobre causas de impedimento e suspeição. Ressalte-se, neste ponto, que o art. 13.º, *h*, do Dec.-lei 25.475 proibia a recusa de magistrados ou demais auxiliares, reforçando a violação dos mencionados princípios. Ainda, ao deixar de assinar seus próprios atos, os funcionários públicos fugiam à responsabilização no caso de atuação ilegal, o que não deve ser admitido em um Estado de Direito. A inconstitucionalidade e a incompatibilidade dessa medida com relação às declarações internacionais de direito foram reconhecidas pelo próprio governo, uma vez que o Dec.-lei 26.671/1997 derrogou o mencionado art. 15.º e todas as demais disposições que impediam a possibilidade de conhecer aqueles que intervinham no julgamento. Outrossim, o Dec. Legislativo 926/2003 anulou todos os processos de terrorismo conduzidos por juízes com identidade secretas" (FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coordenadores). *Crime Organizado - Aspectos Processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 258).

Na Espanha, a Constituição de 1978, em seus artigos 24.2[79] e 117[80], também traz expressa previsão.

Observa-se que a Constituição da Espanha utilizou a nomenclatura juiz ordinário, o que não se confunde com juiz natural[81]. Todavia, o conteúdo da garantia do juiz natural foi resguardado através da previsão legal de um juiz predeterminado por lei, bem como da proibição da criação de tribunais de exceção.

A doutrina espanhola faz as mesmas observações da doutrina nacional quanto ao conteúdo da garantia do juiz natural[82], acrescentando, ainda, que constitui uma garantia em forma de direito fundamental, da independência e imparcialidade dos julgadores[83].

---

[79] Artículo 24. Protección judicial de los derechos. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

[80] Artículo 117. 1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. 2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley. 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. 5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución. 6. Se prohíben los Tribunales de excepción.

[81] De acordo com Ignacio Diez-Picazo Gimenez, "Como primera aproximación, y empezando por lo que no significa, juez ordinario no equivale a *juez natural*. Para quienes defendam la autonomía del concepto de *juez natural*, éste no es sólo el predeterminado por ley, sino el que, además, resulta más idóneo o adecuado para realizar el enjuiciamiento. El caso más claro, según los defensores de esta ideia, de naturalidad o idoneidade del juez sería el *forum delicti comissi*, esto es, la vinculación al territorio en la persecución y enjuiciamiento de los delitos. La ideia de juez *natural* supone, en este sentido, un plus respecto de la predeterminación legal, puesto que no se limita al aspecto *formal* del rango y preexistencia de la norma determinadora del juez, sino que implica um mayor límite al legislador, al imponer un cierto contenido *sustancial* a dicha norma" (GIMENEZ, Ignacio Diez-Picazo. *El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por ley. Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11. Núm. 31, págs. 75-123. Enero-Abril 1991, págs. 85/86).

[82] Segundo Ignacio Fernández Sarasola, "Em contenido subjetivo de este derecho se materializa, según palabras del supremo intérprete de la Constituición, en el derecho a un procedimiento legalmente establecido, a través del cual se determine la existencia de un tribunal investido de competencia con generalidad y con anterioridad al hecho que motiva la actuación judicial" (SARASOLA, Ignacio Fernández. Los derechos de audiencia y al juez legal en el sistema constitucional español. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, v. 10, n. 2, p. 76-108, jul./dic. 2008, p. 91/92).

[83] De acordo com Enric Fossas Espadaler "Por diversas razones, entre otras las históricas, se puede sostener sin dificultad que el derecho al juez legal constituye una de las garantías, en forma de derecho fundamental, de la independencia e imparcialidad de los juzgadores. Ya se ha dicho que el derecho cobra sentido con el constitucionalismo, y en concreto, con la división de poderes y la limitación de las potestades jurisdiccionales del Monarca, pero también con la prohibición de tribunales extraordinarios, especialmente

Quanto ao princípio do juiz natural no direito francês, de forma breve, foi explicitamente afirmando durante a revolução francesa nas legislações locais. A Lei 16-24 de agosto de 1790, em seu artigo 17, utilizou a expressão juiz natural. A Constituição Francesa de 1791 também utilizou tal expressão, em seu artigo 4º[84].

O objetivo francês era evitar que o monarca interferisse no Poder Judiciário, principalmente no que toca à independência judicial, proibindo o poder de comissão, evocação e atribuição[85].

---

en el ámbito penal, y la alteración de las reglas de competencia entre los jueces. Posteriormente, la idea del "juez natural" o "juez ordinario" se verá acompañada por la de "juez asignado por la ley", confiriendo a la ley esa función garantista ya señalada. La vinculación de la garantía del juez legal con esos dos principios que rigen el Poder Judicial en un Estado constitucional la ha estabelecido nuestro Tribunal, al afirmar que "de esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta" (STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2), lo cual también deduce de una interpretación sistemática entre el art. 24.2 CE y el art. 117.3 CE, que podría de manifiesto que "el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario predeterminado" es la garantía de la independencia e impacialidad de los jueces (STC 101/1984, FJ 4)" (ESPADALER, Enric Fossas. *Legislador y derecho fundamental al juez legal*. InDret. Revista para el análisis del derecho, págs. 02-31. Barcelona, abril de 2016, p. 10).

[84] Segundo Paolo Alvazzi de Frate, "Il principio del "giudice naturale" (*juge naturel)*, fu explicitamente affermato per la prima volta nell´ordinamento francese nel corso della Rivoluzione: secondo I´articolo 17 della legge del 16-24 agosto 1790, "l´ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d´autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi". L´obbligo della naturalità del giudice fu previsto dalla Constituzione del 1791 (art. 4, ch. V, tit. III, "les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi lui assigne, per aucune commission, ni par d´autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées par les lois"), e sucessivamente da quelli del 1795 (Art. 204: "Nul ne peut être distrait des juges que la loi assigne, par aucune commission, ni par d´autres attributions que celles qui sont déterminées par une loi antérieure") e, nella Restaurazione, dalle *Chartes* del 1814 e 1848. Tale principio ha rappresentato da allora un elemento fondamentale degli ordinamenti giugiziari contemporanei e strumento essenziale del garantismo liberale contro l´arbitrio assolutista. La locuzione "giudice naturale" fu impiegata "per indicare un giudice individuato in base a regole astratte e prestabilite e conseguentemente sottratto al potere del sovrano, dapprima, e a quello delle pubbliche autorità, esecutive o anche giudiziarie, poi, di assegnare il compito di giudicare su determinate fattispecie ad organi scelti *a posteriori* o addirittura constituiti *ad hoc*" (FRATE, Paolo Alvazzi de. *Il principio del "giudice naturale" nel constituzionalismo della restaurazione in Francia e Italia.* Milão: História Constitucional, 133-146, 2002, p. 135). Segundo Ada Pellegrini Grinover, "Uma análise dos documentos constitucionais franceses posteriores a 1790 mostra o completo desaparecimento da proibição de juízos especiais. Basta analisar o art. 4º do Capítulo II da Constituição de 1848, quando afirma que "ninguém será subtraído de seus juízes naturais. Não poderão ser criadas comissões ou tribunais extraordinários a qualquer título e sob qualquer denominação". A garantia do juiz natural, agora, é reconduzida ao leito clássico da proibição de instituição de juízos *ex post facto*, firme restando a circunstância de que os juízos especiais eram – e são – juízos preconstituídos, tampouco importando o poder de atribuição em derrogação da competência" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua unidade 2*. Rio de Janeiro: Editora Forense: 1984, pág. 11).

[85] Segundo Gustavo Badaró, "O *poder de comissão* era o poder de instituir um juiz extraordinário *ex novo*, criado especificamente para julgar certos ou específicos fatos ou pessoas determinadas. O *poder de atribuição* permitia criar juízos especiais, para conhecer uma generalidade de casos referentes a certas matérias, que anteriormente seriam de competência de um juiz ordinário. Finalmente, o *poder de evocação* consistia na possibilidade de o monarca subtrair uma determinada causa de um juiz competente, integrante do poder judiciário, atribuindo-a a outro juiz, incompetente, que também pertencia ao ordenamento judiciário (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 58/59).

Porém, com o retorno do Império, em 1852, não houve mais previsão constitucional do juiz natural na França. A Constituição Francesa de 1958 não prevê expressamente tal garantia. Porém, isso não significa dizer que tal garantia deixou de ser observada, já que a doutrina entende que o juiz natural é uma consequência do princípio da igualdade[86].

O desenvolvimento do constitucionalismo francês influenciou o direito italiano[87].

Na Itália, por sua vez, o *caput* do artigo 25[88] e o artigo 102[89] da Constituição da República Italiana de 1947 também preveem o princípio do juiz natural.

A doutrina italiana nem sempre identificou o princípio do juiz natural como a doutrina em geral. Carlo Taormina rememora que o conceito de juiz natural anglo-saxão mais se assemelhava ao juiz competente territorialmente do que evitar a escolha aleatória de

---

[86] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 64. No mesmo sentido, Emmanuel Jeuland discorre que "en définitive, le droit au juge naturel a une existence incertaine en droit français mais plusieurs principes (l´égalité devant la justice, l´impartialité et plus généralement le procès équitable) sont applicables. La pratique française de la distribution des affaires et de l´organisation judiciaire prend en compte implicitement le principe d´égalité, mais il existe un certain flou et le système n´est pas sans faille. C´est pourquoi l´organisation judiciaire est maintenant en question du point de vue des principes fondamentaux" (JEULAND, Emmanuel. *Le droit au juge naturel et l´organisation judiciaire.* Escole nationale d´administration. Paris: Revue française d´administration publique, 2008/1, nº 125, p. 33/42).

[87] De acordo com Ada Pellegrini Grinover, "A evolução do constitucionalismo francês exerceu profunda influência no italiano, e o Estatuto Albertino, de 1848, acolheu a formulação das Constituições francesas de 1814 e 1830, que seriam depois insertas na francesa de novembro de 1848. Reza o art. 71 do Estatuto Albertino: "Ninguém pode ser subtraído de seus juízes naturais. Não poderão, portanto, ser instituídos tribunais ou comissões extraordinárias". Claríssima, por intermédio do advérbio "portanto", a exata correspondência entre o princípio do juiz natural e a proibição de instituições de tribunais extraordinários. Ali também, como em França, não se fez menção à proibição dos juízos especiais, nem – na trilha das últimas constituições francesas – ao impedimento da derrogação da competência. Juiz natural e impedimento de tribunais extraordinários identificam-se. Mas na vigente Constituição italiana a proibição de juízes extraordinários não é mais consequencial, nem contextual, com relação ao princípio do juiz natural: a proibição de subtração do juiz natural vem inserta em artigo incluído na parte atinente aos "direitos e deveres do cidadão", enquanto o impedimento de instituição de tribunais extraordinários é previsto em dispositivo compreendido na parte dedicada à organização judiciária" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua unidade 2*. Rio de Janeiro: Editora Forense: 1984, pág. 11).

[88] Art. 25. Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.

[89] Art. 102. La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura. La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia.

um juiz, preservando a imparcialidade[90]. Na Itália, alguns autores faziam distinção entre juiz natural e juiz pré-constituído[91]. Porém, atualmente, é possível afirmar que do conteúdo do princípio do *giudice naturale* se extrai todas as garantias contempladas pelo juiz natural[92].

Ainda, é de se observar que a Itália constitucionalizou o princípio do *giusto processo*, no art. 111 da Constituição italiana, onde se asseguram as garantias processuais da independência e imparcialidade do juiz.

A Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu artigo 32º, 9[93], também traz a previsão de tal princípio.

Para a doutrina portuguesa, o objetivo da norma foi evitar o julgamento por tribunais de exceção, criados após o cometimento do fato, bem como proibir a manipulação da competência[94].

---

[90] Segundo Carlo Taormina, "C´è un principio che esprime molto bene la differenza dei nostri ordinamenti a tradizione romanistica da quelli di origine anglosassone, ma soprattutto che rende bene la differenza di concepire la giurisdizione. Si tratta del principio del giudice naturale, il quale negli ordinamenti anglosassoni sacramenta l´esigenza della emanazione del giudizio da parte di una giuria formata da persone del locus commissi delicti, perché meglio in grado di fare valutazioni adeguate al modo di sentire di quella determinata comunità, cosicché, ad esempio, non sarebbe e non è un giudice quello apparenente ad altra comunità. Da noi la garanzia del giudice naturale esprime la esigenza di tutelare il cittadino da situazioni che, per volontà statale, possono distoglierlo dal giudice perconstituito per legge, individuato cioè prima della consumazione del reato, che dovrebbe avere, per la casualità attraverso la quale è individuato e per il fatto che questa individuazione è impersonale, una sua asetticità anche se non è detto che quello naturale sia il più adeguato, perché ciò che rileva è la salvaguardia da interferenze che possono pregiudicare l´imparzialità del giudice, aconra una volta da riguardrsi come una etichetta" (TAORMINA, Carlo. *Procedura Penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 124).

[91] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua unidade 2*. Rio de Janeiro: Editora Forense: 1984, pág. 13.

[92] Segundo Paolo Tonini, discorrendo sobre o art. 25, *comma* 1, da Constituição italiana, "Dalla norma si ricava, in primo luogo, il principio della riserva assoluta di legge in materia di competenza. Ciò significa che la competenza del giudice può essere determinata soltanto dalla legge, e non da fonti secondarie (regolamenti o atti amministrativi). In secondo luogo, si desume quale contenuto debbano avere le disposizioni di legge, che sono destinate a regolare la competenza. Le norme *non* devono conferire um potere di scelta *discrezionale*. In terza luogo, dalla necessaria "preconstituzione" del giudice si ricava il divieto di applicazione retroativa delle norme concernenti la competenza; queste sono applicabili ai fatti di reato che siano stati commessi dopo da loro entrata in virgore. Il principio del giudice naturale, in definitiva, impedisce che un organo legislativo, amministrativo o giurisdizionale possa sottrarre discrezionalmente un procedimento ad un determinato giudice. Ne risulta ulteriormente tutelata la garanzia di indipendenza dell´organo giudicante. Infine, il termine «naturale» fa riferimento ad un concetto che preesiste rispetto ala legge e che quest´ultima è chiamata a tutelare. L´opinione prevalente è nel senso che "giudice naturale" è quello che l´ordinamento considera il più idôneo ad accertare il fato di reato nel rispetto della legge e dei diritti dell´imputato. Il legislatore assicura il giudice naturale attraverso le norme sulla competenza che ripartiscono i procedimenti tra gli organi giurisdizionali" (TONINI, Paolo. *Lineamenti di Diritto Processuale* Penal. Quattordicesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2016, págs. 37/38).

[93] Artigo 32.º Garantias de processo criminal. 9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.

[94] Nesse sentido, GASPAR, António da Silva Henriques, CABRAL, José António Henriques dos Santos, COSTA, Eduardo Maia, MENDES, António Jorge de Oliveira, MADEIRA, António Pereira e GRAÇA,

Ainda, para Jorge Figueiredo Dias, o princípio do juiz natural possui tríplice significado, sendo: a) só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe competência; b) a fixação do juiz e de sua competência tem que ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o crime; c) deve haver uma ordem taxativa de competência, excluindo qualquer arbitrariedade ou discricionariedade[95].

Conforme Paulo Pinto de Albuquerque, ainda houve certa divergência doutrinária quanto ao alcance do princípio do juiz natural, tendo o Tribunal Constitucional português decidido que a causa penal poderia ser julgada por um tribunal diferente, desde que ele fosse criado de forma não discricionária[96].

Na Alemanha, o artigo 101[97], da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha prevê a existência da garantia do juiz natural[98].

António Pires Henriques da. *Código de Processo Penal Comentado*. 2 ed. revista. Coimbra: Almedina, 2016, p. 49.

[95] DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal.* Coimbra: Coimbra Ed., 1974, vol. I, p. 322/323.

[96] Segundo o autor, "O princípio do juiz natural consiste em que nenhum causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior (artigo 32.º, n. 9º, da CRP). Tudo está em saber qual o momento em que se fixa a competência, sendo defendidas duas teses: uma entende que o princípio se opõe a qualquer alteração do tribunal competente à data do cometimento do crime (precisamente nestes termos, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2007: 525, que afirmam: "proibindo a criação de tribunais *ad hoc* ou a atribuição da competência a um tribunal diferente do que era legalmente competente à data do crime" e FÁTIMA MATA-MOUROS, 2009: 65, nota 148, e, em face do artigo 25,º, n.º 1, da Constituição italiana, PAOLO TONINI, 2007: 55, referindo o conceito de juiz "natural" ao *tempus delicti*); outra tese sustenta que o princípio não obsta ao julgamento da causa penal por tribunal diferente do competente à data do cometimento do crime, desde que a atribuição de competência ao novo tribunal não seja discricionária (FIGUEIREDO DIAS, 1978: 85 e COSTA ANDRADE *in* Diário da Assembleia Constituinte, n.º 38, de 28.8.1975, p. 1054, e GERMANO MARQUES DA SILVA e HENRIQUE SALINAS *in* JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, 2010: 739). O Tribunal Constitucional adoptou esta segunda tese: "o princípio do juiz natural não pode, porém, proibir nem a *alteração legal* da organização judiciária – incluindo da competência para conhecer de determinados processos -, nem a possiblidade de *aplicação imediata* dessas alterações, embora os processos concretas possam, assim, vir a ser apreciados por um tribunal diverso daquele que resultaria das regras em vigor no momento da prática do facto em questão" (acórdão do TC n.º 614/2003) (ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 4 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 53/54).

[97] Artigo 101 [Proibição de tribunais de exceção] (1) São proibidos os tribunais de exceção. Ninguém pode ser privado de seu juiz legal. (2) Tribunais para matérias especiais só podem ser instituídos por lei.

[98] De acordo com Claus Roxin, Gunther Arzt e Klaus Tiedemann, "Esse direito fundamental processual tem por objetivo proteger os acusados da manipulação da competência do juiz, o qual já estava contido na maioria das constituições dos *Länder* do século XIX, mas não constitui um princípio do direito internacional (de forma que os Tribunais Militares de Nurembergue e de Tóquio, instruídos depois da IIª Guerra, a Corte Internacional de Justiça para crimes de guerra cometidos na antiga Iugoslávia, estabelecida em Haia, em 1993, e a instituição do Tribunal Internacional de Ruanda, em 1994, não são contestáveis sob esse aspecto). Tribunais de exceção, nesse sentido, são tribunais especialmente constituídos mediante violação da competência legalmente regulada e destinados a decidir sobre casos concretos isolados ou individuais. A proibição não se dirige somente à administração, mas também ao legislador e à auto-administração judicial que, no início de cada ano fiscal, por meio da apresentação de *planos de distribuição de cargos e funções*, estabelece detalhadamente a competência, ou seja, distribui as tarefas judiciais entre os senados, câmaras ou

A finalidade também é igual aos demais países, ou seja, evitar que o acusado seja subtraído de seu juiz competente, bem como evitar a criação de tribunais de exceção que, segundo a doutrina, pode ser caracterizado quando: a) não são criados por lei ou são criados por lei que não guardam conformidade com a constituição; b) criação posterior ao fato; c) criação com particularidade e não de forma geral e d) criação com manifesta falta de independência[99].

Ainda, a doutrina alemã elenca as características fundamentais do juiz natural como: a) exigência da forma predeterminada do juiz competente, b) competência territorial e por matéria, c) a distribuição das causas dentro do órgão judicial e d) repartição interna nos tribunais[100].

Por fim, a garantia do juiz natural deve assegurar dois elementos essenciais: a) a competência e b) a independência e imparcialidade do órgão judicante[101].

No âmbito do Sistema Internacional e Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, também há previsão do princípio do juiz natural.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, em seu artigo XXVI[102], agasalha o princípio do juiz natural. Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, prevê o citado princípio em seus art. 8º[103] e 10[104].

---

divisões do tribunal e define os membros dos corpos de sentença. Aqui, é insolúvel a questão jurídica de que os juízes especialmente competentes e soberanos (juízes presidentes) sejam nomeados de antemão para (grandes) processos particularmente difíceis e/ou de grande importÇancia por manipulação de competência ou por medida oportuna (ROXIN, Claus, ARZT, Gunther e TIEDMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*, tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Coord. e Supervisor Luiz Moreira – Belo Horizonte: Del Rey, 2007, págs. 186/187).

[99] Nesse sentido, LÓPEZ, María Luisa Escalada. *El derecho al juez legal em el ordenamiento constitucional alemán.* Revista de Derecho, Vol. XIX, págs. 179-204, Nº 1 – Julio 2006, p. 184.

[100] ESER, Albin. *Il "giudice naturale" e la sua individuazione per il caso concreto*. Milano: Rivista italiana di diritto e procedura penale 38 (1996), S. [385]-411.

[101] MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 3: Direitos fundamentais ao casamento e à família, liberdade de associação, garantias constitucionais processuais.* São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS; Martial Pons, 2019, pág. 208.

[102] Artigo XXVI. Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida numa forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

[103] Artigo 8º. Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

[104] Artigo 10. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, prevê o processo equitativo no artigo 6.1[105], onde cita as caraterísticas de um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, de onde pode se extrair a existência da garantia do juiz natural.

Apesar de o texto não citar expressamente a necessidade de pré-constituição do juízo, a doutrina europeia discorre acerca de tal necessidade[106].

Na mesma linha segue o art. 14.1[107] do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), internalizado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e ratificado pelo Decreto n° 592, de 06 de julho de 1992.

O Pacto de São José da Costa Rica é o que melhor detalha o conteúdo do princípio do juiz natural, em seu artigo 8.1[108].

Conforme visto, ainda que de forma sucinta, a legislação internacional ocidental preocupa-se com o princípio do juiz natural, verdadeira garantia contra árbitros estatais e perseguições políticas.

---

[105] Artigo 6º. Direto a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

[106] De acordo com Roberto Kostoris, “I primi due requisiti - l´indipendenza e l´imparzialità - sono identici nei due testi normativi; quanto al terzo, si riscontra una parziale divergenza: l´art. 6.1 richiede semplicemente che il giudice sia "constituito per legge", mentre l´art. 47 chiarisce che deve trattarsi di una "precostituzione", cioè di una instituzione per legge dell´organo giudicante prima della commissione del fatto criminoso, sulla base di criteri generali e uniformi, fissati anticipatamente. Sotto tale profilo, la Carta di Nizza delinea espressamente, in armonia con le tradizioni dell´Europa continetale, un più elevato standard di garanzie rispetto al testo convenzionale” (KOSTORIS, Roberto E. *Manuale di procedura penale europea.* Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 119/120).

[107] Art. 14. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

[108] Art. 8º - Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

3. COMPETÊNCIA CRIMINAL

A jurisdição é entendida como o poder de dizer o Direito. Dentro do Direito Processual Penal, é o poder de aplicar ao réu uma sanção penal, absolvê-lo ou declarar extinta a punibilidade dele[109]. Todavia, para fins de racionalização do serviço, a lei estabeleceu a competência dos juízes. Isso significa dizer que, visando a melhor prestação do poder jurisdicional, bem como a especialização do serviço, a lei limitou o exercício da jurisdição.

Competência nada mais é do que a medida da jurisdição, ou seja, "cada órgão só exerce a jurisdição dentro da medida que lhe fixam as regras sobre competência[110]. Assim, por exemplo, em uma comarca com um único juiz, ele exerce a competência criminal, a cível e por vezes a eleitoral.

Todavia, em uma comarca de maior porte, com mais juízes, certamente haverá distribuição de competência especializada entre eles, diminuindo cada vez mais a parcela da jurisdição que o magistrado exerce.

Desse modo, por vezes, a especialização leva o magistrado a julgar apenas casos criminais, em que ele é detentor apenas dessa parcela da jurisdição. Porém, dentro de uma mesma comarca, pode haver mais de um juiz com competência criminal, pelo que o Código de Processo Penal criou regras para determinar qual juiz deve julgar determinado fato.

Dessa feita, será analisa a concretização da competência criminal, com o fim de introduzir o tema do foro por prerrogativa de função e a conexão e continência ao leitor.

---

[109] Nesse sentido, MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de Direito Processual Penal*. 13ª edição. São Paulo, Saraiva, 1981, p. 44.

[110] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 251.

3.1. A competência criminal: apontamentos sobre as regras de concretização de competência

A concretização da competência passa por várias etapas sucessivas, "concretizando-se gradativamente o poder de julgar, passando do geral para o particular, do abstrato ao concreto"[111].

A primeira etapa é saber qual é a Justiça competente. A Justiça é dividida em comum e especial. A Justiça Especial é integrada pela Justiça Miliar, Eleitoral e do Trabalho. A Justiça Comum é formada pela Estadual e Federal. Para a primeira etapa, leva-se em consideração a matéria a ser julgada. Haverá sempre uma análise do mais restrito para o mais residual (Justiça Comum)[112]. Sendo então competência criminal da Justiça Especializada, ela será competente para o julgamento. No âmbito da competência da Justiça Comum, o artigo 109, da Constituição Federal, elenca as regras de competência da Justiça Federal, que prefere a Estadual. Logo, a competência da Justiça Estadual é determinada por exclusão. Ela é competente quando nenhuma das anteriores o for.

A segunda etapa é saber se o acusado é portador de foro por prerrogativa de função. Trata-se de um critério em relação à pessoa. Em havendo foro por prerrogativa de função, o acusado será julgado pelo órgão que a Constituição Federal determinou, ignorando-se, inclusive, o local em que o crime foi cometido. Por exemplo, se um Juiz de Direito integrante do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo cometer um crime no estado do Mato Grosso do Sul, ele será julgado pelo órgão especial do Tribunal de Justiça paulista. Trata-se da chamada competência originária criminal.

A terceira etapa consiste em saber qual é o foro competente para julgar a infração penal[113]. Indaga-se se será a comarca (Justiça Estadual), Seção e Subseção Judiciárias (Justiça Federal), Circunscrição Judiciária Militar (Justiça Militar da União) ou Zona Eleitoral (Justiça Eleitoral) competente para tanto[114].

---

[111] LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de competência criminal.* 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

[112] LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 253.

[113] Conforme José Frederico Marques, "A competência de fôro ligará a causa penal a uma circunscrição territorial – ligação que se fará através do que Carnelutti denominou, com muita precisão, de *sede da lide*" (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Volume I. 2ª edição. Rio – São Paulo: Forense, 1965, p. 237).

[114] LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de competência criminal.* 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 47.

O local da infração é a regra geral do processo penal. Nenhum juiz será mais indicado para julgar o crime do que aquele da localidade na qual ocorreu a infração (*forum delicti comissi*). Isso porque a colheita de provas será mais eficiente, bem como haverá economia de recursos[115]. Para complementar esta regra, o artigo 70, do Código de Processo Penal estabelece que o local da infração será aquele em que se consumar o crime ou, havendo tentativa, o local em que for praticado o último ato de execução.

A quarta etapa, agora, será identificar qual será a vara ou juízo competente para o julgamento. Vamos a um exemplo prático. Na cidade de Flórida Paulista, no Estado de São Paulo, existe uma única vara da Justiça Comum Estadual. Se um crime de competência estadual for cometido lá, será usada a regra da terceira etapa de concretização da competência, pois já se sabe qual é o foro competente e existe apenas uma única vara.

Todavia, em cidades maiores, a exemplo de São Paulo, existem inúmeras varas criminais, além das varas especializadas. No caso das varas criminais, se for cometido um crime de estelionato, por exemplo, existem inúmeros juízes criminais na capital que detém a competência para julgar o delito. Entre eles, serão utilizados os critérios da distribuição ou da prevenção, a depender do caso concreto. Em regra, serão distribuídos os casos criminais em números iguais entre os juízes com a mesma competência criminal. Porém, pode acontecer de um juiz deferir uma interceptação telefônica em um inquérito policial, por exemplo, e se tornar prevento para o julgamento do crime.

Ainda, a depender da vara criminal, pode haver a quinta etapa de concretização da competência, que será saber qual é a competência interna para o julgamento[116]. Se em uma vara houver juiz titular e juiz substituto, pode ser que os processos sejam divididos entre eles.

Por fim, alguns doutrinadores estabelecem, ainda, uma sexta etapa, que seria a competência recursal. Todavia, não se trata propriamente de uma etapa de concretização da competência, sendo que o pressuposto para a sua ocorrência é já haver um processo com competência fixada anteriormente.

---

[115] TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, Volume 1. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 100.

[116] Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 223.

O Código de Processo Penal (CPP), em seu artigo 69, estabelece que a competência será determinada pelo: a) local da infração, b) domicílio ou residência do réu, c) a natureza da infração, d) a distribuição, e) a conexão ou continência, f) a prevenção ou g) a prerrogativa de função.

Observa-se que a regra geral já foi tratada acima, que se refere ao local da infração. Tendo em vista que o presente trabalho se refere ao foro por prerrogativa de função, somente ela será tratada a seguir.

3.2. A competência de foro por prerrogativa de função

Conforme já mencionado, a previsão de julgamento por foro de prerrogativa de função, por si só, não tem o condão de ferir o princípio do juiz natural.

3.2.1. Histórico

Não é possível afirmar, de forma categórica, quando o foro por prerrogativa de função surgiu na legislação mundial[117]. Todavia, é fato notar que, ao longo da história, houveram inúmeras prerrogativas atribuídas em razão da pessoa, principalmente no que tange à escolha da autoridade competente para seu julgamento.

João Mendes de Almeida Junior aponta que no século XIII havia distinção entre crimes comuns e crimes eclesiásticos, sendo que existiam duas jurisdições, onde se distinguiam os crimes sujeitos às justiças seculares dos crimes exclusivamente sujeitos as oficialidades eclesiásticas. A qualidade do acusado era uma das regras da jurisdição da igreja. Porém, haviam casos privilegiados, fundados nas qualidades das pessoas acusadas, estabelecidas em favor dos nobres, dos juízes, dos oficiais judiciais, dentre outras. Assim,

---

[117] Segundo Orlando Neves Belém, "(...) bem antes da formação das Cidades-Estados Gregas (Período Homérico de 1100 a.C – 800 a.C, Arcaico 800 a.C – 500 a.C, Clássico 500 a.C – 338 a.C e Helenístico 338 a.C. – 275 a.C), já se notavam algumas das benesses ou vantagens estabelecidas nas sociedades antigas, as quais ficaram atreladas à estrutura ou ao poder encarregado da função de julgar, como se deduz da configuração do Estado no período neolítico, na Idade Antiga, durante a dinastia Amorrita que reunificou a Mesopotâmia, fundando o primeiro império Babilônico, a par de editar o Código de Hamurabi (2067 – 2025 a.C.) e o Código de Manu, na região da Índia (1300 – 800 a.C.), como também a exclusividade do poder de interpretação da lei a que se refere a Bíblia em prol de Moisés (que viveu aproximadamente 1250 a.C.-1180 a.C.) e, por derradeiro, os sacerdotes". (BELÉM, Orlando Neves. *Do foro privilegiado à prerrogativa de função*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 23).

estabeleceu-se os crimes comuns, os crimes eclesiásticos e os crimes privilegiados. Os crimes comuns eram julgados pelos juízes locais, ao passo que os crimes privilegiados eram julgados por corregedores e ouvidores e, por fim, os eclesiásticos eram julgados pelos oficiais da igreja[118].

Como se pode notar, é comum que os detentores do poder legislativo sempre tenham colocado autoridades competentes distintas dos cidadãos comuns para a realização de seus julgamentos.

No Brasil, desde a Carta de 1824, é possível verificar a existência do foro por prerrogativa de função. O artigo 179, inciso XVII[119], da Carta de 1824, aboliu os chamados privilégios pessoais. Vale lembrar que foro privilegiado não se confunde com foro por prerrogativa de função, uma vez que aquele é calcado em privilégios pessoais, em razão da pessoa, ao passo que esta é cunhado em relação ao cargo e não à pessoa que o ocupa.

Após a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, a Carta de 1824 foi substituída pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a qual, sob forte influência norte-americana, repetiu, em seu artigo 72, § 23[120], a proibição do foro privilegiado baseado em questões pessoais, como já havia feito a Carta do Império.

Depois da Revolução Constitucionalista de 1932, surge então a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, a qual manteve a proibição de criação de foro privilegiado[121].

---

[118] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brazileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1911, v. 1, p. 81/83.

[119] Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Commissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

120 Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 23 - À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a Juízos especiais, não haverá foro privilegiado.

[121] Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 25) Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas.

Quanto ao foro por prerrogativa de função, é possível notar que o Supremo Tribunal Federal foi substituído pela Corte Suprema, a qual passou a ter atribuição para julgar mais autoridades detentoras de cargos públicos, quanto aos crimes comuns, de acordo com o artigo 76[122] da Constituição Federal de 1934.

Com o advento do Estado Novo, extremamente autoritário, Getúlio Vargas impôs a Carta de 1937, apelidada de Constituição Polaca, em alusão à Constituição da Polônia de 23.04.1935, a qual serviu de fonte de inspiração.

No campo de competência criminal, houve a mais significativa mudança de todas, que foi impedir o Chefe do Estado Brasileiro de ser processado durante o mandato eletivo[123].

No mais, o Supremo Tribunal Federal detinha competência para julgar originariamente as autoridades elencadas no artigo 101, I, alíneas "a" e "b"[124], da Carta de 1937. Ainda, foi mantida a estrutura de julgamento definida quanto aos juízes baixos[125].

Quanto aos parlamentares, manteve-se a ausência de foro por prerrogativa de função, havendo apenas imunidade penal e processual[126].

---

[122] Art 76 - A Corte Suprema compete: 1) processar e julgar originariamente: a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns; b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61.

[123] Art 87 - O Presidente da República não pode, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas.

[124] Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: a) os Ministros do Supremo Tribunal; b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do § 2º do art. 89 e no art. 100.

[125] Art 103 - Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciária e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 91 e 92 e mais os seguintes princípios: e) competência privativa do Tribunal de Apelação para o processo e julgamento dos Juízes inferiores, nos crimes comuns e de responsabilidade.

[126] Art 42 - Durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum dos seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.

Com o fim da Era Vargas, foi instalada uma Assembleia Constituinte, que adotou como texto-base a Constituição Federal de 1934, o que facilitou sua tramitação[127].

A única diferença em relação às Constituições de 1934 e 1937 é que incluiu-se a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento dos membros dos Tribunais Superiores e magistrado do trabalho, mas novamente não conferiu o foro por prerrogativa de função aos Parlamentares[128].

Instaurado o governo militar no ano de 1964, era necessária a mudança constitucional para atender o anseio do Regime Militar. Em 24.01.1967 é promulgada a Constituição.

A Constituição de 1967 definiu o Supremo Tribunal Federal como a corte competente para julgar as autoridades apontadas no artigo 114, inciso I, alíneas "a" e "b"[129]. Determinou, também, que o Regimento Interno estabelecesse o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso[130].

No ano de 1969, a Emenda Constitucional nº 01, considerada por alguns juristas como nova constituição[131], estabeleceu outras formas de julgamento de autoridade com foro por prerrogativa de função.

---

[127] Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 249.

[128] Nesse sentido, NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária de Tribunais.* 2016. Tese (Doutorado em Processo Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 166.

[129] Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente: a) nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado, o disposto no final do art. 88, os Juizes Federais, os Juízes do Trabalho e os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente.

[130] Art 115 - O Supremo Tribunal Federar funcionará em Plenário ou dividido em Turmas. Parágrafo único - O Regimento Interno estabelecerá: a) a competência do plenário além dos casos previstos no art. 114, n.º I, letras *a, b, e, d, i, j* e *l*, que lhe são privativos; b) a composição e a competência das Turmas; c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso.

[131] Nesse sentido, José Afonso da Silva é expresso em dizer que "teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chama apenas Constituição do Brasil" (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 89).

Por fim, é importante observar que a Emenda Constitucional nº 01/69 previu o foro por prerrogativa de função aos Deputados e Senadores, com julgamento de crime perante o Supremo Tribunal Federal, como fez a carta do Império de 1824[132], balizando o modelo atual das autoridades públicas detentoras de foro por prerrogativa de função[133].

A Constituição de 1988 foi, sem dúvida, a Carta Política que trouxe o maior número de cargos detentores de foro por prerrogativa de função.

Ao Supremo Tribunal Federal compete 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 e 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, de acordo com o artigo 102, inciso I, alíneas “b” e “c”.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, a Cidadã estabeleceu que compete a ele processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, de acordo com o artigo 105, inciso I, alínea “a”.

Ao Tribunal Regional Federal compete processar e julgar, originariamente, os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da

---

[132] Art. 32. Os deputados e senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional. § 2º Nos crimes comuns, os deputados e senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

[133] Nesse sentido NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária de Tribunais.* 2016. Tese (Doutorado em Processo Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 169.

União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, de acordo com o artigo 108, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal.

Aos Tribunais de Justiça estaduais, compete processar e julgar, criminalmente, o Prefeito, bem como os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, a teor dos artigos 29, inciso X e 96, inciso III, ambos da Carta Magna.

Malgrado parte da doutrina sustente que a Constituição Federal de 1988 tenha alargado o rol de autoridades com foro por prerrogativa de função, é fato que os membros dos Tribunais de Justiça Militares dos Estados (existem somente nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul), não foram contemplados com tal possibilidade, o que demonstra haver certa incoerência no sistema ou mesmo esquecimento do constituinte originário[134].

Por fim, vale esclarecer que a competência penal originária do Superior Tribunal Militar tem sede legal (art. 6, inciso I, alínea "a", da Lei 8.457/1992) e não constitucional, ao passo que o Tribunal Superior Eleitoral teve sua competência penal originária não recepcionada[135] pela Constituição Federal de 1988, uma vez ela foi transferida tanto ao Superior Tribunal de Justiça quanto ao Supremo Tribunal Federal, a depender da autoridade eleitoral processada.

É possível observar que o texto constitucional fez referência tanto a crime comum quanto a crime de responsabilidade. Nesse sentido, é preciso fazer a distinção entre ambos. Crime comum abrange todas as infrações penais comuns, sejam elas eleitorais,

---

[134] Nesse sentido, NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária de Tribunais.* 2016. Tese (Doutorado em Processo Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 171.

[135] O artigo 22, inciso I, alínea "d", do Código Eleitoral prevê que "Compete ao Tribunal Superior processar e julgar originariamente, os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos cometidos pelos seus próprios juízes e pelos juízes dos Tribunais Regionais". Todavia, tal regra não foi recepcionada pela Constituição Federal, pelos artigos 102, inciso I, alínea "c" e 105, inciso I, alínea "a", uma vez que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar membros de Tribunais Superiores e aos Superior Tribunal de Justiça julgar juízes do Tribunal Regional Eleitoral.

militares, crime doloso contra a vida ou contravenção penal. Já crimes de responsabilidade são aqueles submetidos à jurisdição política[136].

Em resumo, segue quadro sinóptico apontando a competência de cada tribunal evolvendo autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função.

Cargo ou função	Tipo de infração	Justiça competente
Presidente e Vice-presidente da República	Crime comum	Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "b", da CF)
	Crime de responsabilidade	Senado Federal (art. 52, inciso I, da CF)
Senadores e Deputados Federais	Crime comum	Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "b", da CF)
	Crime de responsabilidade	O Senador será julgado no Senado e o Deputado Federal na Câmara dos Deputados
Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União	Crime comum	Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "b", da CF)
	Crime de responsabilidade	Senado Federal (art. 52, inciso II, da CF)
Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica	Crime comum	Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "c", da CF)
	Crime de responsabilidade	Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "c", da CF)
	Crimes de responsabilidade conexos com o Presidente da República	Senado Federal (art. 52, inciso I, da CF)
Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar, Tribunal	Crime comum e crime de responsabilidade	Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "c", da CF)

[136] Segundo André Estefam, tratando de crime de responsabilidade, "Cuida-se de definição equívoca. A constituição Federal utiliza a expressão como sinônimo de infração político-administrativa (ver, entre outros, arts. 29-A, § 2º, 60, XI, 85, 167, § 1º). Não se trata, portanto, sob tal ótica, de crimes na acepção jurídica do termo. Tanto que o agente político que o praticar não fica sujeito a penas criminais, mas um processo de *impeachment*, o qual pode culminar na perda do cargo e na suspensão de direitos políticos" (ESTEFAM, André. *Direito penal, 1: parte geral.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117).

Superior do Trabalho, Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente		
Governador do Estado	Crime comum	Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “a”, da CF)
	Crime de responsabilidade	Tribunal Especial (Lei 1.079/50)
Vice-governador do Estado	Crime comum e crime de responsabilidade	Dependerá de previsão na Constituição Estadual de cada ente federativo, onde, em regra, será eleito o Tribunal de Justiça do Estado como órgão julgador
Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, da Justiça Federal, dos Tribunais Regionais Eleitorais e Trabalho, integrantes dos Tribunais de Contas do Estados, do Distrito Federal e dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, além de membros do Ministério Público da União que oficiam perante tribunais	Crime comum e crime de responsabilidade	Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “a”, da CF)
Deputados Estaduais	Crime comum	Dependerá de previsão na Constituição Estadual de cada ente federativo, onde, em regra, será eleito o Tribunal de Justiça do Estado como órgão julgador

	Crime de responsabilidade	Assembleia Legislativa do respectivo Estado
	Crime federal	Tribunal Regional Federal
	Crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral
Juízes Federais, da Justiça Militar, do Trabalho e membros do Ministério Público da União de 1ª instância	Crime comum e de responsabilidade	Tribunal Regional Federal (art. 108, I, "a", da CF)
	Crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral
Juízes Estaduais e do Distrito Federal, Promotores e Procuradores de Justiça Estaduais	Crime comum e de responsabilidade	Tribunal de Justiça do Estado que é integrante (art. 96, III, da CF)
	Crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral
Procurador-Geral de Justiça	Crime comum	Tribunal de Justiça do Estado que é integrante (art. 96, III, da CF)
	Crime de responsabilidade	Poder Legislativo do Estado ou do Distrito Federal (art. 128, § 4º, da CF)
	Crime de responsabilidade conexo com o Governador do Estado	Tribunal Especial
	Crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral
Prefeitos	Crime comum	Tribunal de Justiça do Estado referente à cidade em que é Prefeito (artigo 29, X, da CF)
	Crime de responsabilidade	Câmara dos Vereadores da cidade em que é Prefeito (artigo 31, da CF)
	Crime federal	Tribunal Regional Federal
	Crime eleitoral	Tribunal Regional Eleitoral

Ainda, a Constituição Estadual pode estabelecer for por prerrogativa de função para outras carreiras. Porém, não será objeto de estudo no presente trabalho.

3.2.2. O panorama atual das regras vigentes quanto ao foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro

Para que se possa compreender a correta extensão do foro por prerrogativa de função e sua aplicação nos casos de conexão e continência, é necessário que se faça uma breve explanação de algumas das regras vigentes, uma vez que existem inúmeras consequências jurídicas que serão apresentadas com o decorrer do desenvolvimento do trabalho.

3.2.3. Regras da atualidade e da contemporaneidade

Existem duas regras para determinar quem é o juiz natural que julgará a autoridade detentora de foro por prerrogativa de função.

A primeira delas é a regra da atualidade.

O foro por prerrogativa de função tem por pressuposto o exercício do cargo ou do mandato eletivo. Isso porque o foro por prerrogativa tem por fundamento a função exercida pelo acusado.

Segundo a regra da atualidade, o agente público faz jus ao foro por prerrogativa de função enquanto estiver no exercício dela. Por exemplo, um Deputado Federal será julgado pelo Supremo Tribunal Federal enquanto durar o mandato pelo qual se elegeu. Findo o mandato, cessará o foro por prerrogativa[137].

De outra banda, a regra da atualidade também pode ser observada nos casos em que o detentor da prerrogativa de função tenha ingressado no cargo através de concurso público. Por exemplo, um Promotor de Justiça fará jus ao foro por prerrogativa de função enquanto exercer tal cargo.

---

[137] Nesse sentido, MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9 ed. atualizada até a EC nº 71/12. São Paulo, Atlas, 2013, p. 1033.

Se o agente cometer um delito antes de tomar posse no cargo ou da diplomação[138], haverá modificação da competência no momento em que ele for investido no cargo ou diplomado, em caso de mandato eletivo. Por óbvio, durante o exercício do cargo ou do mandato eletivo, o agente será julgado de acordo com as regras atinentes ao foro por prerrogativa de função. Cessada a função, não haverá mais direito ao foro por prerrogativa de função.

Exemplo: um Deputado Federal cometeu um crime de furto, antes da diplomação, e está sendo processado. Assim que ele foi diplomado, o processo será enviado ao Supremo Tribunal Federal, em razão das regras estabelecidas nos artigos 53, §1º, e 102, inciso I, alínea "b", ambos da Constituição Federal. Com a cessação do mandato, caso ele não se reeleja e o processo não tenha sido concluído, serão os autos novamente remetidos à justiça comum, uma vez que não há mais o exercício da função segundo a qual havia a previsão de julgamento com foro por prerrogativa de função.

A mesma lógica vale para o sujeito que ingressa, por concurso público, por exemplo, como juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e depois é aprovado em outro concurso, *verbi gratia*, do Ministério Público Federal (MPF). O processo se desloca do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para o Tribunal Regional Federal (TRF).

Conforme bem pontua Eugênio Pacelli[139], "(...) a ação penal em relação a tais pessoas pode apresentar caráter *itinerante*, acompanhando tanto o início quanto o fim do exercício do cargo ou função pública (...).

A segunda regra é a da contemporaneidade.

Segundo tal regra, deverá incidir o foro por prerrogativa de função se a infração penal foi cometida à época e em razão do exercício funcional. Conforme preleciona

---

[138] Art. 53, da CF. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001) § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001).

[139] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 230.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura[140], “Com efeito, entendia-se, inicialmente, que, se o delito fosse cometido pela autoridade durante o exercício do cargo ou função, ainda que cessasse o exercício funcional, o agente continuaria ostentando o foro por prerrogativa de função, ocorrendo, pois, a *perpetuatio jurisdictionis*”.

Nesse sentido, foi editada a Súmula nº 394, do Supremo Tribunal Federal, que dispunha: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

Tal entendimento estava vigente até o ano de 1999. No julgamento do Inquérito nº 687, o Supremo Tribunal Federal julgou um ex-deputado federal e decidiu que deveria cessar a competência por prerrogativa de função porque as normas constitucionais que tratam de tal instituto devem ser interpretadas restritivamente[141].

---

[140] GOMES FILHO, Antônio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias e BADARÓ, Gustavo Henrique, coordenação. *Código de Processo Penal comentado.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 291.

[141] EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU. NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394. 1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício". 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, "b", estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar "os membros do Congresso Nacional", nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, "b" e "c"). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontradiça no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou (Inq 687 QO/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, STF, pleno, julgado em 25.08.1999, DJ 09.11.2001).

A par disso, o Poder Legislativo resolveu editar a Lei nº 10.628/2002, que reviveu a Súmula nº 394, do STF, bem como estendeu o foro por prerrogativa de função para os processos de improbidade administrativa, acrescentando os parágrafos 1ª e 2ª no art. 84, do Código de Processo Penal[142].

Nada mais absurdo. A lei federal ordinária ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para julgar ações de improbidade, o que sequer foi previsto pela Constituição Federal. Essa mudança somente poderia ser realizada através de emenda constitucional. Ainda, existem autores que se manifestam pela impossibilidade de ampliação do foro por prerrogativa de função mesmo através de emenda constitucional[143].

Além disso, a razão de existência do foro por prerrogativa de função é a de que o cargo não sofra perseguições políticas e não a pessoa que o ocupa. Logo, não há nenhum fundamento lógico em se manter foro por prerrogativa de função a pessoas que já deixaram de exercer determinado cargo público, principalmente porque fere o princípio do juiz natural.

Ora, não exercendo mais o cargo que ocupava, o acusado deve responder ao processo de acordo com as regras previstas pelo Código de Processo Penal para julgamentos em primeiro grau[144].

---

142 "Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.
§ 1o A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.
§ 2o A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º".

143 Segundo Luciano Rolim, "Em síntese, considerando-se a ordem constitucional concreta da República Federativa do Brasil, somente o Constituinte Originário pode instituir foro privilegiado; e este só o fez em matéria penal. Na verdade, o art. 60, § 4º, IV, traça os limites intransponíveis do regime funcional especial dos agentes políticos como um todo – o qual abrange tanto os privilégios quanto as prerrogativas: assim como não se permite estender o foro privilegiado a ações cíveis, é inadmissível, por exemplo, abrigar, sob o manto da imunidade parlamentar material, outras espécies de crimes, que não os de opinião, palavra e voto; tampouco se concebe outorgar prerrogativas previstas para os membros do Poder Legislativo – imunidades parlamentares materiais e processuais – a autoridades de outros Poderes. Em todos esses casos, a modificação do regime funcional especial encontra óbice incontornável no princípio da isonomia" (ROLIM, Luciano. *Limites constitucionais intangíveis ao foro privilegiado*. In: Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4, n. 14, jan./mar. 2005, p. 111-146).

144 Nesse sentido, RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 372/373.

Em razão disso, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade com a finalidade de extirpar tal norma do ordenamento jurídico, a qual foi julgada procedente. O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2797/DF decidiu que tal previsão normativa era inconstitucional[145].

---

[145] (...) 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. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 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, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. 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. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 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 última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 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. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 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

A regra adotada pelo Supremo Tribunal Federal era a da atualidade. Todavia, com o julgamento da Ação Penal nº 937/RJ, houve alteração na jurisprudência da Corte Suprema.

Isso porque, na Questão de Ordem da Ação Penal nº 937/RJ, o Pretório Excelso limitou o foro por prerrogativa de função dos Deputados Federais e Senadores aos crimes praticados no exercício do cargo e em razão dele[146]. Todavia, naquela decisão, tal limitação alcançava apenas o Poder Legislativo.

Porém, no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 1.185.829, o Supremo Tribunal Federal estendeu a decisão para o Poder Executivo.

---

com o termo da investidura do dignitário acusado (ADI nº 2797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, STF, pleno, julgado em 15.09.2005, DJ 19.12.2006).

[146] Ementa: Direito Constitucional e Processual Penal. Questão de Ordem em Ação Penal. Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Estabelecimento de marco temporal de fixação de competência. I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa 1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício. 2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa. 3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo. 4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por 2 suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes. II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF 5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes. III. Conclusão 6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo". 7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior. 8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância (AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, STF, pleno, Julgado em 03.05.2018, Divulgado em 10.12.2018).

Segundo os autos, o chefe do executivo municipal teria cometido crimes durante o mandato anterior. O crime teria sido cometido e, depois de 4 anos, o prefeito se reelegeu. Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o novo mandato não autorizaria a modificação de competência, reconhecendo a prorrogação do foro por prerrogativa de função, bem como determinou que os autos fossem remetidos para a primeira instância[147].

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afastou a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal em relação a um Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Isso porque, ao julgar a Questão de Ordem na Ação Penal 878/DF, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o foro por prerrogativa de função se aplica tanto para que haja o exercício independente do cargo quanto para o fato de que o julgador possa realizar a atividade judicante de forma imparcial[148].

---

[147] EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. PREFEITO MUNICIPAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CRIME COMETIDO EM MANDATO ANTERIOR. LAPSO TEMPORAL DE 4 ANOS ENTRE O TÉRMINO DE UM MANDATO E O INÍCIO DO OUTRO. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. O Plenário desta CORTE, no julgamento da questão de ordem na Ação Penal 937, fixou as seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo". 2. Agravante denunciado perante o Tribunal de Justiça, por ter dispensado, por 42 vezes, licitações fora das hipóteses previstas em lei, quando exercia o cargo de prefeito do Município de Barueri. Recorrente que não foi reeleito, vindo ocupar o cargo novamente após lapso temporal de 4 anos. 3. Delitos atribuídos ao agravante que não foram cometidos durante o exercício do atual cargo e não estão relacionadas às funções agora desempenhadas. 4. Determinação de imediata remessa dos autos à primeira instância. Precedentes. 5. Agravo regimental provido" (AgRg no Recurso Extraordinário 1.185.838/SP, Rel. Min. Rosa Weber, STF, Primeira Turma, Julgado em 14.08.2019, publicado em 08.08.2019).

[148] "PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA CRIMINAL ORIGINÁRIA DO STJ. ART. 105, I, "A", DA CONSTITUIÇÃO. QO NA AP 937/STF. QO NA APN 857/STJ. AGRG NA APN 866/STJ. DESEMBARGADOR. CRIME SEM RELAÇÃO COM O CARGO. VINCULAÇÃO FUNCIONAL. PRERROGATIVA DE FORO. FINALIDADE DA NORMA. EXERCÍCIO INDEPENDENTE DAS FUNÇÕES PELA AUTORIDADE DETENTORA DE FORO. IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. CREDIBILIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL. COMPETÊNCIA DO STJ. 1. Hipóteses em que Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná responde pela prática, em tese, de delito de lesão corporal ocorrido em Curitiba-PR. 2. O crime que é imputado ao réu não tem relação com o exercício do cargo de Desembargador, de modo que, a princípio, aplicando-se o precedente produzido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO na AP 937, não teria o réu foro no Superior Tribunal de Justiça. 3. A interpretação do alcance das hipóteses de prerrogativa de foro previstas na Constituição da República, não obstante, responde não apenas à necessidade de que aquele que goza da prerrogativa tenha condições de exercer com liberdade e independência as funções inerentes ao cargo público que lhe confere a prerrogativa. 4. Para além disso, nos casos em que são membros da magistratura nacional tanto o acusado quanto o

Observa-se que a questão foi decidida de maneira acertada pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso porque não se pode afirmar que o Supremo Tribunal Federal pode reescrever as regras de foro por prerrogativa de função insculpidas na Constituição Federal. Ao limitar o alcance das regras de foro por prerrogativa de função, o Pretório Excelso incorre em grave erro, uma vez que tais regras apenas podem ser modificadas através de Emenda Constitucional. Ainda, praticamente de forma unânime, a doutrina nacional sempre defendeu que, pela importância do cargo, as regras de foro por prerrogativa de função são constitucionais[149].

Porém, no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal nº 874/F, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o tribunal é incompetente para julgar um processo por crime praticado durante o mandato anterior do governador, mesmo que ele atualmente exerça o cargo por força de nova eleição, reforçando então que o Tribunal da Cidadania adota o critério da contemporaneidade, além da pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo, para os cargos do Poder Executivo[150].

---

julgador, a prerrogativa de foro não se justifica apenas para que o acusado pudesse exercer suas atividades funcionais de forma livre e independente, pois é preciso também que o julgador possa reunir as condições necessárias ao desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial. 5. A necessidade de que o julgador possa reunir as condições para o desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial não se revela como um privilégio do julgador ou do acusado, mas como uma condição para que se realize justiça criminal de forma isonômica e republicana. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de se reconhecer a competência do Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que, não fosse a prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constituição), o Desembargador acusado houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal" (QO na APn 878/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, STJ, Julgado em 21.11.2018, DJe 19.12.2018).

[149] Nesse sentido, segundo Matheus Felipe de Castro e Frederico Ribeiro de Freitas Mendes, "Das discussões jurídicas e das conclusões da QO na AP 937 surgem algumas consequências no ordenamento jurídico brasileiro que não podem passar desapercebidas: A primeira consequência prática é a reação legislativa tardia em razão de uma possível interferência do Supremo na esfera do político, configurando verdadeiro ativismo judicial. [...] Em uma perspectiva político-jurídica, o Congresso Nacional, confrontando – ou superando – a decisão do Supremo, deverá (em tese), por emenda à Constituição, regulamentar o for por prerrogativa de função e ampliar a restrição imposta pelo Supremo a outros cargos políticos, especialmente em relação a magistrados e membros do Ministério Público. Poderá, inclusive, superar o Supremo e instituir novamente o foro por prerrogativa de função para outras autoridades, criando, modificando ou excluindo requisitos para sua observância. Portanto, um novo embate entre Supremo-Congresso, especialmente porque o Legislativo brasileiro busca recuperar seu protagonismo, não está totalmente descartado" (CASTRO, Matheus Felipe; DE FREITAS MENDES, Frederico Ribeiro. *Dois pesos, duas medidas: o Supremo ativista e a restrição do foro por prerrogativa de função do Legislativo: um estudo a partir da QO na AP 937 do STF*. Revista Culturas Jurídicas, v. 5, n. 12, 2019).

[150] "PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. QUESTÃO DE ORDEM. GOVERNADOR. MANDATOS SUCESSIVOS. PRERROGATIVA DE FORO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. REDUÇÃO TELEOLÓGICA. ART. 105, I, "A", DA CF/88. FINALIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL. 1. O propósito da presente questão de ordem é averiguar se o STJ se mantém competente para examinar o recebimento da presente denúncia, na qual narradas condutas que, apesar de relacionadas às funções institucionais de cargo público que garantiria foro por prerrogativa de função nesta Corte, teriam sido supostamente praticadas durante mandato anterior e já findo do denunciado e apesar de atualmente ocupar, por força de nova eleição, o referido cargo. 2. O princípio do juiz natural tem como regra geral a

Observa-se, então, que o Superior Tribunal de Justiça adotou o princípio da simetria, no sentido de referido princípio deve balizar todas as regras que envolvam o pacto federativo, como no caso das prerrogativas dos governadores, não havendo nenhum impedimento para que o tribunal se utilizasse da interpretação restritiva feita pelo Supremo Tribunal Federal[151].

Em outra decisão, na Questão de Ordem do Inquérito nº 4.703/DF, o Supremo Tribunal Federal analisou o alcance da Ação Penal nº 937/RJ, principalmente porque envolvia um Senador da República e um Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, entendendo o Pretório Excelso que seria caso de remessa dos autos para a primeira instância, uma vez que a *ratio decidendi*[152] do julgamento realizado na Ação Penal nº 937/RJ deveria se estender para todos os casos de foro por prerrogativa de função,

---

competência jurisdicional da justiça comum de primeiro grau de jurisdição, ressalvadas as exceções expressas da Carta Magna. 3. O foro por prerrogativa de função deve se harmonizar com os princípios constitucionais estruturantes da República e da igualdade, a fim de garantir a efetividade do sistema penal e evitar a impunidade e a configuração de forma de odioso privilégio. 4. A conformidade com os princípios da isonomia e da República é obtida mediante a pesquisa da finalidade objetivada pela norma excepcional da prerrogativa de foro, por meio "redução teleológica". 5. A interpretação que melhor contempla a preservação do princípio republicano e isonômico é a de que o foro por prerrogativa de função deve observar os critérios de concomitância temporal e da pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo, pois sua finalidade é a proteção de seu legítimo exercício, no interesse da sociedade. 6. Como manifestação do regime democrático e da forma republicana, os dois Poderes estatais que exercem funções políticas, o Executivo e o Legislativo, são submetidos a eleições periódicas, razão pela qual os mandatos só podem ser temporários. 7. Como o foro por prerrogativa de função exige contemporaneidade e pertinência temática entre os fatos em apuração e o exercício da função pública, o término de um determinado mandato acarreta, por si só, a cessação do foro por prerrogativa de função em relação ao ato praticado nesse intervalo. 8. Na presente hipótese, a omissão supostamente criminosa imputada ao investigado ocorreu no penúltimo de seu segundo mandato à frente do Poder Executivo Estadual, de modo que a manutenção do foro após um hiato de posse de cargo no Legislativo Federal e mais um mandato no Executivo Estadual configuraria um privilégio pessoal, não albergado pela garantia constitucional. 9. Questão de ordem resolvida para reconhecer a incompetência do STJ para examinar o recebimento da denúncia e determinar seu encaminhamento ao primeiro grau de jurisdição" (QO na APn 874/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, STJ, Julgado em 15.05.2019, DJe 03.06.2019).

[151] STF/STJ: decisões de interesse institucional: comentada pelo CAOCRIM. *Boletim Criminal Comentado*, São Paulo, n. 4, jun. 2019. Acesso em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20%20novo%20junho%204.pdf. Acesso em: 25 jun. 2019. Ministério Público do Estado de São Paulo. SARRUBBO, Mário Luiz. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais, p. 6, 2019.

[152] Segundo Cláudia Albagli Nogueira, "A *ratio decidendi* é o conceito mais importante dentro da teoria dos precedentes. É a motivação da decisão, os fundamentos do juiz, os argumentos por ele utilizados que são determinantes para a situação e que podem servir de paradigma para futuras decisões. São as razões de decidir do precedente que vão operar vinculação, extraindo-se uma regra geral que se aplica a outras situações semelhantes. Ao analisar o precedente, deve o operador primeiramente identifica-lo e distingui-lo, pois é a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). Considera-se na atualidade que esta engloba não só o dispositivo da sentença, mas também os fundamentos principais para aquela decisão. Assim é que a *ratio decidendi* inclui os fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*) (NOGUEIRA, Cláudia Albagli. *O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial.* Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 88, out. / dez. 2014).

indistintamente, mesmo envolvendo cargos vitalícios[153]. Porém, ainda não houve definição quanto aos cargos do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Ainda, no julgamento do Agravo Regimental na Ação Penal nº 866/DF e da Questão de Ordem na Ação Penal nº 857/DF, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça restringiu o julgamento apenas para crimes cometidos durante o exercício do mandato. Em caso de reeleição, decidiu a Corte Especial que não haveria incidência do foro por prerrogativa de função[154].

---

[153] EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. DENÚNCIA OFERECIDA PELA PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA. DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. PRECEDENTE. AP 937-QO. RATIO DECIDENDI. APLICABILIDADE A TODA E QUALQUER AUTORIDADE QUE POSSUA PRERROGATIVA DE FORO. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA PARA DECLINAR DA COMPETÊNCIA AO JUÍZO DE 1ª INSTÂNCIA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento, na data de 03/05/2018, da AP 937-QO, aprovou, por maioria, as teses de que: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e de que "(ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo". 2. A ratio decidendi do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na AP 937-QO aplica-se, indistintamente, a qualquer hipótese de competência especial por prerrogativa de função, tanto que a discussão acerca da possibilidade de modificação da orientação jurisprudencial foi conduzida objetivamente pelo Plenário em consideração aos parâmetros gerais da sobredita modalidade de competência especial, isto é, sem qualquer valoração especial da condição de parlamentar do réu da AP 937. 3. In casu, os fatos imputados na peça acusatória foram praticados, em tese, pelos dois denunciados, respectivamente, no exercício e em razão do cargo de Governador do Estado e no exercício do cargo de Deputado Estadual, embora, nesse último caso, sem pertinência com o cargo em questão; sendo que, em ambos os casos, os denunciados não mais exercem os cargos no exercício dos quais praticaram, em tese, as condutas: o então Governador de Estado é, atualmente, Senador da República no exercício do cargo de Ministro de Estado; sendo que o então Deputado Estadual é, atualmente, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. 4. O elemento persuasivo (vinculante ou vinculativo, conforme o caso) do precedente não decorre das partes ou do dispositivo da decisão, mas sim dos fundamentos jurídicos adotados para justificá-la, ou seja, da chamada ratio decidendi. In casu, a) não cabe cogitar da competência do STF para conhecer da denúncia oferecida, uma vez que o hoje Senador da República e Ministro de Estado não praticou, em tese, o fato no exercício e em razão daqueles últimos cargos; b) não se visualiza competência do STJ, uma vez que o denunciado BLAIRO não mais exerce o cargo de Governador do Estado e o denunciado SÉRGIO, embora exerça atualmente o cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas, não praticou, em tese, o fato no exercício do aludido cargo; c) não se visualiza competência do Tribunal local, uma vez que o denunciado SÉRGIO, embora tenha praticado o fato, em tese, na condição de Deputado Estadual, não mais exerce o cargo em questão; d) por exclusão, o único Juízo competente para conhecer da peça acusatória é o da 1ª instância, mais precisamente, da Justiça Estadual do Mato Grosso, considerando não se visualizar, a princípio, competência da Justiça Federal quanto aos crimes imputados. 5. Voto no sentido de resolver a questão de ordem por meio da declinação da competência para conhecer da denúncia à 1ª instância da Justiça Estadual do Mato Grosso (QO no Inq 4703/DF, Rel. Min. Luiz Fux, primeira turma, STF, julgado em 12.06.2018, DJe 01.10.2018).

[154] "A Corte Especial, no julgamento do AgRg na Apn 866/DF e da Questão de Ordem na Apn 857/DF, conferiu nova e restritiva interpretação ao art. 105, I, a, da CF/1988, delimitando a competência penal originária desta Corte exclusivamente ao julgamento dos crimes atribuídos aos governadores e aos conselheiros de tribunais de contas que tenham sido cometidos durante o exercício do cargo e relacionados ao desempenho de referidas funções públicas. Cinge-se a controvérsia a averiguar se o STJ se mantém competente para examinar o recebimento da denúncia, na qual são narradas condutas que, apesar de relacionadas às funções institucionais de cargo público que garantiria foro por prerrogativa de função nesta Corte, teriam sido supostamente praticadas durante mandato anterior e já findo do denunciado e apesar de atualmente ocupar, por força de nova eleição, o referido cargo. A recente reinterpretação conduzida por este Tribunal,

Analisando os excertos, é possível entender que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ, não se atentou para os casos envolvendo os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, que são detentores de garantias que não contemplam os cargos dos Poderes Executivo e Legislativo.

A par disso, o ministro Dias Toffoli, com o fim de evitar controvérsias jurídicas que poderiam acarretar grave insegurança jurídica, "notadamente por sua imbricação com a garantia do juiz natural (art. 5º, LIII, CF)"[155], bem como sob o fundamento de que deve haver unidade no ordenamento jurídico, além de evitar a criação de novas competências originárias em Constituições Estaduais, fez proposta de criação de duas súmulas vinculantes[156].

Vale aqui fazer algumas observações. A primeira delas diz respeito aos crimes cometidos em razão da função. Essa definição não se refere aos crimes funcionais[157]. Não

---

acompanhando o que fora decidido pelo STF, revelou que o conteúdo normativo da competência penal originária teria de ser restringido a seu núcleo fundamental, a fim de garantir a efetividade do sistema penal e evitar que o instituto se relacione à impunidade. Deduziu-se, assim, que o propósito do foro por prerrogativa de função é a proteção ao legítimo exercício do cargo, no interesse da sociedade. Entender de forma diversa, com a perpetuação de referida garantia, poderia acarretar sua transmutação em um privilégio de natureza pessoal, haja vista passar a estar atrelado, individualmente, à pessoa que ocupa a função pública. Assim, a sucessão de mandatos decorrente da reeleição para um mesmo cargo, ainda que de forma consecutiva, não pode, de fato, ser suficiente para a manutenção do foro por prerrogativa de função. Além disso, o princípio da unidade de legislatura, previsto originariamente na Constituição Federal em relação ao Poder Legislativo e ao processo de elaboração legislativa, também é justificador do isolamento dos mandatos em relação às supervenientes reeleições. O término de um determinado mandato acarreta, por si só, a cessação do foro por prerrogativa de função em relação ao ato praticado nesse intervalo, tendo como consequência o encaminhamento do processo que o apura ao órgão jurisdicional do primeiro grau de jurisdição. Dessa forma, a interpretação que melhor contempla a preservação do princípio republicano e isonômico é a de que o foro por prerrogativa de função deve observar os critérios de concomitância temporal e da pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo" (Informativo nº 0649. *Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, DF, 21 jun. 2019).

[155] Retirado de https://www.conjur.com.br/dl/ministro-toffoli-sugere-sumula.pdf.

[156] Verbetes sugeridos: a) "A competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal para agentes públicos dos Poderes Legislativo, Executivo, e Judiciário e do Ministério Público, compreende exclusivamente os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função púbica" e b) "São inconstitucionais normas das Constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação da simetria" (Retirado de https://www.conjur.com.br/dl/ministro-toffoli-sugere-sumula.pdf).

[157] Segundo Cezar Roberto Bitencourt, "A objetividade jurídica dos crimes contra a Administração Pública é a sua *normalidade funcional*, probidade, moralidade, eficácia e incolumidade. Destacava Hungria que "os crimes funcionais" (ou de responsabilidade) dividem-se em *próprios* e *impróprios* ou *mistos*: naqueles, o exercício da função pública, por parte do sujeito ativo, é elemento tão relevante que sem ele o fato seria, de regra, penalmente atípico ou irrelevante (ex.: *concussão, prevaricação, corrupção passiva*); nestes, além da violação do *dever funcional* em si mesmo, há um *crime comum* (ex.: o *peculato*, que encerra uma apropriação indébita, ou a *violência arbitrária*, acompanhada de crime contra a pessoa)" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos.* 8 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37).

houve definição de quais crimes deveriam ser considerados ou não funcionais, bem como se eles têm pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo para fins de aplicação ou não da competência por prerrogativa de função[158].

Quanto aos casos de foro por prerrogativa de função previstos em Constituições Estaduais, a *ratio decidendi* da Questão de Ordem da Ação Penal nº 937/RJ deve ser estendida para todas as autoridades, em razão do princípio da simetria. Apesar de o Supremo Tribunal Federal não ter decido expressamente o alcance de sua decisão, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio da simetria.

Em que pese tal decisão, é possível questionar se realmente o princípio da simetria poderia ser aplicado, uma vez que os cargos do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário e do Ministério Público não são simétricos entre si.

Ainda, a questão mais tormentosa de todas, sem dúvida alguma, fica por conta dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário. Conforme acima frisado, são carreiras jurídicas regidas por garantias constitucionais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios). Logo, não há que se falar em aplicação do princípio da simetria, pois os cargos do Poder Executivo e Legislativo são transitórios.

Prosseguindo, o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto na Questão de Ordem no Inquérito nº 4.703/DF, deixou claro que não houve discussão, por parte do Supremo Tribunal Federal, quantos aos cargos vitalícios, independentemente do momento da prática do fato, o que foi acompanhado, em *obter dicta*, pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que demonstrou preocupação quanto a situação do juiz, pois o desembargador vota na promoção dos juízes de primeiro grau[159]. Esse mesmo argumento pode ser estendido aos

---

[158] Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto na Questão da Ordem da Ação Penal nº 937/RJ criticou esse posicionamento: "Acrescento que a nova interpretação não está suficientemente acabada e pode adicionar litigância aos feitos em andamento. Como entender o que vem a ser "*crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo"*? Seriam enquadrados em crimes praticados antes do exercício da função, buscando a ascensão ao cargo, como os delitos eleitorais? Ou a corrupção, anterior à função, mas em razão dela? Apenas delitos praticados por funcionário público contra a administração pública estariam enquadrados, ou qualquer delito ligado à função? O assassinato de um inimigo político seria enquadrado? O tráfico de drogas usando o gabinete funcional? Uma investigação de lavagem de dinheiro, iniciada pela constatação de movimentação de patrimônio incompatível com a renda pelo agente público, seria conduzida em qual instância? (AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, STF, pleno, Julgado em 03.05.2018, Divulgado em 10.12.2018, págs. 1175/1176).

[159] QO no Inq 4703/DF, Rel. Min. Luiz Fux, primeira turma, STF, julgado em 12.06.2018, DJe 01.10.2018.

integrantes do Ministério Público. Um Promotor de Justiça também tem sua promoção votada por um membro hierarquicamente superior, no caso, o Procurador de Justiça.

Da mesma forma, juízes e Promotores estão subordinados correicionalmente aos desembargadores e Procuradores de Justiça. Conforme já mencionado, na Questão de Ordem na Ação Penal 878/DF, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se contrariamente a um juiz julgar um desembargador[160]. Poderia, inclusive, haver perseguições dentro da própria carreira.

Outro argumento irrefutável se refere ao fato de o Ministério Público ter sido erigido, pela Constituição de 1988, como o *dominus litis*, bem como exercer o controle externo da atividade policial. Para tanto, garantiu-lhe independência funcional, bem como retirou-lhe qualquer ingerência do Poder Executivo, assemelhando ao regime jurídico do Poder Judiciário. Assim, foi criado um sistema onde ambos exercem sua atuação criminal, com independência, não podendo passar a investigação dos membros do Ministério Público e da magistratura à polícia judiciária, que é subordinada ao Poder Executivo[161].

---

[160] Segundo Daniel Marchionatti, "Essa decisão pode ser revista pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que a prerrogativa de foro tem sede constitucional. De qualquer forma, ela fixa orientação apenas para os casos de acusação contra Desembargador em processo que, pela legislação processual comum, seria da competência de juiz de primeira instância vinculado ao mesmo Tribunal. Ainda há muito por definir quanto à situação dos magistrados e membros do Ministério Público. O voto do relator indica que a *ratio decidendi* foi a subordinação hierárquica funciona entre julgador e acusado. De fato, o Tribunal ao qual o juiz está vinculado delibera sobre várias questões que afetam sua vida funcional: exerce o poder correicional (art. 93, VIII, e art. 96, I, "b", da CF) e decide sobre promoção, remoção (art. 93, II, III e VIII-A, da CF), férias e licenças (art. 96, I, "f", da CF), dentre outras questões. Daí a dificuldade em reconhecer ao juiz de primeira instância suficiente independência para julgar desembargador do Tribunal ao qual está vinculado. Não resta claro como projetar esse argumento a outros casos envolvendo magistrados e membros do Ministério Público de todas as instâncias" (MARCHIONATTI, Daniel. *Processo penal contra autoridades.* Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 18).

[161] Conforme muito bem explicado por Tulio Caiban Bruno, "Portanto, a capacidade investigatória atribuída à Polícia em face de membros do Ministério Público, em geral, pode convulsionar a divisão funcional de poderes estatais, tal como delineada pela Constituição, transformando o órgão controlador das atividades policiais em órgão controlado pela Polícia, interpretação que não parece compatível com a ordem jurídica. Em outros termos, a densificação desse controle institucional por mecanismos legalmente atribuídos ao Ministério Público contrasta, pela própria natureza, com a faculdade de instauração de inquéritos conduzidos pela Polícia em relação aos membros da Instituição que o exerce. (...) Como as Autoridades Policiais se encontram subordinadas ao Poder Executivo, a autorização generalizada para promoverem investigações criminais contra membros do Ministério Público pode acabar animada por espírito de emulação, vingança ou retaliação em virtude de ações contrárias aos interesses do governante – que podem se relacionar à malversação do cargo ou a negócios corporativos com o empresariado -, corroendo os pilares da Instituição a qual se destinou a tarefa constitucional de proteger o patrimônio público e a probidade administrativa com isenção e neutralidade político-partidária. Portanto, uma vez que o membro do Ministério Público possa sujeitar-se a investigações penais por ordem de potenciais investigados – no mais das vezes, dotados de poder político e econômico -, não se pode mais dizer que a Instituição tem liberdade e independência para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Os desgastes institucionais oriundos do controle externo da atividade policial e o frequente

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido, inclusive, que o foro por prerrogativa de função para delegados de polícia estabelecidos em Constituições Estaduais é inconstitucional, em virtude da subordinação hierárquica deles com o Poder Executivo[162].

Por fim, ainda é de se observar que as carreiras da magistratura e do Ministério Público tem como pena administrativa máxima a aposentadoria compulsória, precedendo a perda de cargo de ação própria, nos termos das respectivas leis orgânicas[163]. Diante disso, não há como compatibilizar a restrição do foro por prerrogativa de função porque seria completamente ilógico um Promotor de Justiça denunciar um Desembargador e depois submeter o procedimento de perda de cargo ao Procurador-Geral de Justiça, que seria um mero chacelador da investigação realizada pelo Promotor de primeira instância.

Não se pretende exaurir todas as hipóteses esdrúxulas que ocorreriam porque não é objeto do trabalho, mas seria possível indagar qual seria o juiz natural para determinar a quebra do sigilo bancário do Desembargador, por exemplo. O juiz de primeiro grau certamente deteria todos os poderes em detrimento de outros magistrados de segunda instância.

---

curso de ações possivelmente adversas aos interesses do governante, tarefas que a Constituição, na distribuição do poder estatal, confiou ao Ministério Público, podem expô-lo a toda sorte de investigações parciais e injustas levadas a efeito pelas agências de segurança do Governo, fazendo esboroar o edifício constitucional originário por rematada subversão das funções do Estado" (BRUNO, Tulio Caliban. *A Nova Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a Prerrogativa de Foro.* Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 69, págs. 223/245, jul./set. 2018, p. 241/242).

[162] EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA "E" DO INCISO VIII DO ARTIGO 46 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS, NA REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29, DE 31 DE OUTUBRO DE 2001. Ação julgada parcialmente procedente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão "e os Delegados de Polícia", contida no dispositivo normativo impugnado (ADI 2587/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, STF, pleno, julgado em 01.12.2004, DJ 06.11.2006).

[163] Pelo Ministério Público, a Lei 8.625/93, em seu artigo 38, regulamente a matéria. Art. 38. Os membros do Ministério Público sujeitam-se a regime jurídico especial e têm as seguintes garantias: I - vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público; III - irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o disposto na Constituição Federal. § 1º O membro vitalício do Ministério Público somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos: I - prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado; II - exercício da advocacia; III - abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos. § 2º A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores, na forma da Lei Orgânica. Pela magistratura, os artigos 26 e 28, da Lei Complementar nº 35/79 regulamentam a matéria. Vale lembrar que a Lei Orgânica da magistratura foi editada antes da Constituição Federal de 1988, devendo haver uma leitura cautelosa para compreender quais artigos foram ou não recepcionados, assemelhando-se seu regime aos membros do Ministério Público.

Assim, é impossível simplesmente estender a *ratio decidendi* da Questão de Ordem da Ação Penal nº 937/RJ para as carreiras jurídicas portadoras de garantias constitucionais, principalmente no que se refere à vitaliciedade[164].

Todavia, em sentido contrário, a Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura entende que não há nenhuma razão para que a *ratio decidendi* da Questão de Ordem da Ação Penal nº 937/RJ não se aplique a todos os detentores de foro por prerrogativa de função, indistintamente[165].

---

[164] Alexandre de Moraes, em seu voto, alertou tal questão: "Ressalto, ainda, que, em virtude do próprio voto proferido pelo Ministro BARROSO, no sentido da aplicação da nova interpretação a todos os casos de foro privilegiado, haveria também a necessidade de análise da aplicação ou não de eventual alteração proposta por Sua Excelência em relação aos precedentes do Plenário desta Corte (Rcl. 2.138 e Questão de Ordem em Petição 3.211-0), que estabeleceram no âmbito do Poder Judiciário – no dizer do Ministro AYRES BRITTO – "a impossibilidade de subverter a lógica de jurisdições subsuperpostas" – ou seja, a impossibilidade de aplicação de sanção de perda de cargo por magistrados de instâncias inferiores a instâncias superiores. O mesmo se aplicaria em relação aos membros do Ministério Público" (AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, STF, pleno, julgado em 03.05.2018, divulgado em 10.12.2018, p. 852).

[165] Segundo a Ministra, "A interpretação da norma constitucional projetada pelo STF, notadamente a estabelecida pelo Plenário, vai além das partes do processo e se vocaciona a orientar a aplicação para todo o Judiciário: significa regozijo à isonomia, à segurança jurídica, à celeridade processual, à coerência da atividade judiciária e a estabilidade do sistema de justiça. (...) Na nossa compreensão a reserva conferida aos membros da magistratura não se justifica. Não há diferença de fundamentos a justificar *distinguishing* entre as autoridades previstas no artigo 102, I, "a" e "b", da CF, e as autoridades sujeitas à prerrogativa nesta Corte Superior, elencadas no artigo 105 da CF. Em ambos os róis constam altas autoridades da República, detentoras de investiduras vitalícias ou sufragadas por voto popular, as quais não se diferenciam ao ponto de justificar uma exceção à matriz interpretativa fixada na Suprema Corte: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir). Foi nesse sentido que sustentamos o voto proferido na AP 878-QO. A justificativa de que o julgamento de membros dos Tribunais por juízes de primeiro grau conflita com a imparcialidade, com todas as vênias das opiniões em contrário, desprestigia, a nosso ver, o sistema de Justiça, na medida em que adota como pressuposto a existência de interferências indevidas nas atividades e primeiro grau, estabelecendo, ainda que involuntariamente, uma espécie de *capitis diminutio* na base da magistratura. Não nos parece razoável que o mesmo Tribunal, ao interpretar um único bloco de competência, assente que o Juiz de primeiro grau é apto para julgar Governadores e membros de Tribunais de Contas – além de um sem número de demandas cíveis de alta voltagem política e institucional, como ocorre com as ações de improbidade contra as mais diversas autoridades -, mas não o é para julgar Desembargadores que integram o Tribunal ao qual pertencem. Ainda, o argumento de que Desembargadores podem utilizar suas posições para eventualmente pressionar juízes de primeiro grau a julgar determinada direção enfraquece, a nosso ver, o sistema de garantias e prerrogativas atribuído à magistratura na CF/88 e na LOMAN, pois desconsidera que os juízes dispõem de mecanismos institucionais que os resguardam de eventuais interferências espúrias, os quais, por dever constitucional, devem ser acionados contra quem quer que embarace o livre exercício da jurisdição. Se percepções empíricas sinalizam que o risco de interferências e quebra da imparcialidade são factíveis de ocorrer, compreendemos que não é a prerrogativa de foro que vai corrigir essas distorções, sendo mais utilitário priorizar a atenção na tutela das garantias dos juízes, ao invés de excepcionar uma regra de prerrogativa sem justificativa razoável e pela via de argumentos, na nossa respeitosa compreensão, sem base concreta. (...) Por fim, ainda não houve definição no Superior Tribunal de Justiça sobre o alcance da prerrogativa quanto aos membros do Ministério Público que oficiam perante Tribunais. A prevalecer o posicionamento do Relator Ministro Luís Felipe Salomão, no sentido da restrição da prerrogativa, o Superior Tribunal de Justiça terá um ônus argumentativo maior para justificar o tratamento diferenciado da Corte com relação aos membros da magistratura, na medida em que o Judiciário e Ministério Público possuem garantias constitucionais equivalentes (art. 95 e art. 128, § 5º, I, da CF) e regras de investigação preliminar bastante semelhantes" (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ratio decidendi da ação penal 937-QO/STF e a

Por fim, vale destacar a hipótese de renúncia de mandato.

O Supremo Tribunal Federal tinha posição pacificada no sentido de que, havendo renúncia de mandato, não caberia mais a ele julgar o parlamentar ou integrante do Poder Executivo. Todavia, na Ação Penal 396/RO, houve uma mudança de entendimento no sentido de que não se poderia utilizar de tal subterfúgio (renúncia do mandato) para fugir do julgamento da Corte Constitucional, havendo abuso de direito e fraude processual[166].

Foi reconhecida, então, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar réus que se utilizavam da renúncia como subterfúgio para o deslocamento da competência, evitando, assim, abuso de direito e fraude processual.

---

nova matriz hermenêutica do regime de prerrogativa de foro: implicações na competência do Superior Tribunal de Justiça *In:* MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de. [Orgs.]. *Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019, págs. 221/227).

[166] EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO: RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONTINUIDADE DO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL, DE INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL, DE CRIME POLÍTICO, DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE CONEXÃO E DE CONTINÊNCIA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE. 1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. 2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal. 3. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbre suposta prática de ilícitos penais. Precedentes. 4. O processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritas no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõem de prerrogativa de foro. 5. O inquérito civil instaurado pelo Ministério Público estadual não se volta à investigação de crime político, sendo inviável a caracterização de qualquer dos fatos investigados como crime político. 6. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. 7. A pluralidade de réus e a necessidade de tramitação mais célere do processo justificam o desmembramento do processo. 8. As provas documentais e testemunhais revelam que o réu, no cargo de diretor financeiro da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, praticou os crimes de peculato, na forma continuada, e de quadrilha narrados na denúncia, o que impõe a sua condenação. 9. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento. 10. Preliminares rejeitadas. 11. Ação penal julgada procedente (AP 396/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, pleno, STF, julgado em 28.10.2010, DJe 27.04.2011).

Todavia, na Ação Penal 536/MG, o Supremo Tribunal Federal tentou estabelecer um parâmetro objetivo para o julgamento de réus que renunciam a mandato durante o curso do processo. Porém, não houve nenhuma decisão nesse sentido, por falta de maioria absoluta[167].

Já na Ação Penal 606/MG, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, após o final da instrução, não haveria perda de competência para julgar o ex-mandatário que renuncia ao cargo[168].

Por fim, na Ação Penal 937/RJ, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

> "A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo"[169].

Analisando os excertos, é possível perceber o desacerto do Supremo Tribunal Federal, por completo.

---

[167] Ementa: AÇÃO PENAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RENÚNCIA AO MANDATO. PRERROGATIVA DE FORO. 1. A jurisprudência dominante no STF é no sentido de que, cessado o mandato parlamentar por qualquer razão, não subsiste a competência do Tribunal para processar e julgar, originariamente, ação penal contra membro do Congresso Nacional. 2. A regra geral enunciada acima foi excepcionada na Ação Penal 396/RO, em que o Tribunal considerou ter havido abuso de direito e fraude processual. Neste caso específico, após seguidos deslocamentos de competência, o réu parlamentar renunciou ao mandato depois de o processo ter sido incluído em pauta para julgamento pelo Plenário. 3. Por maioria absoluta, o Plenário endossou a proposta de que se estabeleça um critério objetivo para servir de parâmetro no exame de eventual abuso processual. Não se verificou maioria, porém, quanto ao marco temporal sugerido pelo relator: uma vez recebida a denúncia, o fato de o parlamentar renunciar não produziria o efeito de deslocar a competência do STF para qualquer outro órgão. Tampouco houve maioria absoluta em relação a outros marcos temporais que foram objeto de debate. Diante do impasse, a Corte deliberou por deixar a definição do critério para outra oportunidade. 4. Seja pela orientação do relator, que não aplicava o critério que propunha ao presente caso, seja pela manutenção da jurisprudência que prevalece de longa data, a hipótese é de resolução da Questão de Ordem com determinação de baixa da ação penal ao juízo competente, para prolação de sentença (AP 536 QO/MG. Rel. Min. Roberto Barroso, pleno, STF, Julgado em 27.03.2014, DJe 08.08.2014).

[168] Ementa: AÇÃO PENAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RENÚNCIA AO MANDATO. PRERROGATIVA DE FORO. 1. A renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Superação da jurisprudência anterior. 2. Havendo a renúncia ocorrido anteriormente ao final da instrução, declina-se da competência para o juízo de primeiro grau (AP 606 QO/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, primeira turma, STF, julgado em 12.08.2014, DJe 17.09.2014).

[169] AP 937/RJ, relator Min. Roberto Barroso, primeira turma, STF, julgado 10.02.2017, divulgado em 17/02/2017.

Isso porque não é dado ao Pretório Excelso criar regras de competência. Como é sabido, somente a lei pode criar regras de competência. Havendo renúncia dos parlamentares, deveria haver a remessa dos autos para o juiz originariamente competente.

Além disso, não houve um motivo justificante para o Supremo Tribunal Federal alterar seu entendimento anterior. Não pode o Pretório Excelso se substituir ao Poder Legislativo simplesmente porque alguns ministros entendem que o sistema de foro por prerrogativa de função pode gerar impunidade.

3.2.4. O direito estrangeiro

Para melhor analisar a possibilidade de estudo da conexão e continência nos casos de for por prerrogativa de função, é necessário estudar outros ordenamentos jurídicos. Isso porque a experiência estrangeira pode apresentar algumas soluções que ainda não foram previstas pela legislação pátria.

Desse modo, não se pretende exaurir todos os ordenamentos jurídicos estrangeiros[170]. Além disso, não serão analisadas as formas de estado (unitário ou federado), as formas de governo (monarquia ou república), os sistemas de governo (presidencialismo ou parlamentarismo) porque o que se busca, neste capítulo, é apenas mostrar que praticamente todos os países possuem foro por prerrogativa de função. A título de exemplo,

---

[170] Somente a título de exemplo, outros países não estudados no presente trabalho também apresentam for por prerrogativa de função. Conforme João Trindade Cavalcante Filho e Frederico Retes Lima, "outros países, contudo, estabelecem foro especial até mesmo para autoridades estaduais, como no Brasil. Na Bélgica, os governadores de regiões possuem foro por prerrogativa de função perante a Corte de Apelação, tanto em relação a crimes cometidos no exercício da função quanto fora dela (art. 125, primeiro parágrafo), com recurso para a Suprema Corte Federal, que não pode, contudo, reapreciar o mérito do julgamento (art. 125, terceiro parágrafo). A acusação só pode ser formulada pelo promotor público com atuação na Corte de Apelação. Também na Argentina diversas Constituições Provinciais atribuem regime especial de responsabilização aos governadores de Províncias. Igualmente, o México prevê foro especial para diversas autoridades. Na Áustria, a responsabilização criminal de autoridades é regulada pelo art. 143 da Constituição Federal. Nesse caso, o julgamento é feito pelo Tribunal Constitucional Federal, independentemente de qualquer autorização por meio de órgão político. O foro por prerrogativa de função estende-se mesmo aos atos pelos quais a autoridade já era processada antes de tomar posse – ponto no qual a regra se aproxima da normatização dada à matéria pelo Brasil. Percebe-se, assim, que vários países preveem em suas constituições foro por prerrogativa de função, inclusive em crimes comuns, e inclusive para diversas autoridades" (CAVALCANTE FILHO, João Trindade e LIMA, Frederico Retes. *Foro, Prerrogativa e Privilégio (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para discussão nº 233). Disponível em: www.senado.leg.br. Acesso em 30 de outubro de 2019, p. 04/05).

os ordenamentos jurídicos espanhol e colombiano são similares ao nosso e preveem tantas hipóteses de foro por prerrogativa de função como o ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, é muito importante destacar o recorte metodológico escolhido. Nos países pesquisados para servir de estudo, foram identificados dois principais institutos jurídicos: foro por prerrogativa de função e imunidades processuais[171]. Normalmente, os ordenamentos jurídicos estrangeiros optaram por um ou outro caminho: ou foi previsto foro por prerrogativa de função ou se adotou o sistema das imunidades. Alguns países, de forma minoritária, adotaram os dois sistemas.

Para fins de recorte metodológico, o presente trabalho optou por não explorar as imunidades processuais, uma vez que fugiria do âmbito de discussão, lembrando que no Brasil, em tempos passados, previa tanto as imunidades, revogadas pela Emenda Constitucional nº 35/2001, quanto o foro por prerrogativa de função, ainda presente, mas atenuado pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2.4.1. Espanha

Sem dúvida alguma o ordenamento jurídico espanhol se assemelha ao nosso. Isso porque, conforme já mencionado, estima-se que na Espanha haja algo em torno de 10.000 cargos que detém foro por prerrogativa de função[172].

Para compreender as regras de foro por prerrogativa de função na Espanha, é preciso entender que ela vem estatuída na Constituição Espanhola, na Lei Orgânica do Poder Judiciário, além de outras legislações.

---

[171] Nesse sentido, ver GOMES, Carla Amado. *As Imunidades Parlamentares no Direito Português*. Coimbra: Coimbra Editores, 1998 e MELGAR, Julián Sánchez. *Inviolabilidad e Inmunidad de Diputados y Senadores*. Derecho procesal parlamentario: Excepciones al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos. Madrid: La Ley, 2013, onde os autores exploram o tema em Portugal e Espanha. Nos demais países, ver ALARCÓN, María Luz Martinez. *El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y derecho comparado*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, Madrid, n. 35, 2015, p. 437-478.

[172] COLOMER, Juan-Luis Gómes. *Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios em la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento*. UNED. Mardrid: Teoría y Realidad Constitucional, núm. 38, 2016, pp. 239-275.

Na doutrina espanhola, as autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função são denominadas de *aforados* ou *personas aforadas*. A competência se dá em razão da função, a qual é chamada de *competencia objetiva por razón de las personas (aforamientos).*[173]

O fundamento do foro por prerrogativa de função na Espanha é o mesmo que a doutrina brasileira sempre defendeu, principalmente no que tange à autonomia do cargo[174].

A Constituição Espanhola prevê algumas regras de foro por prerrogativa de função. O artigo 71.3[175] estabelece o foro por prerrogativa de função para deputados e senadores. Já o artigo 102.1[176], estabelece o foro por prerrogativa de função do Presidente do Governo e dos Ministros. Ambos serão julgados pela Sala Penal do Tribunal Supremo.

Existe uma particularidade no sistema espanhol de foro por prerrogativa de função que é a lei estabelecer hipóteses de *aforamientos*. Além disso, as Comunidades Autônomas (Estados) possuem competência para estabelecer hipóteses de *aforamientos*. Assim, quase todos os Estatutos de Autonomia determinam que os membros do Conselho

---

[173] SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho Procesal Penal.* Segunda edición. Navarra, Espanha: Thomson Reuters, 2015, p. 190.

[174] Segundo o Tribunal Constitucional da Espanha, "(...) En efecto, aunque por referencia a lo dispuesto en el art. 71 de la Constitución en relación con las prerrogativas de los miembros de las Cortes Generales, es doctrina constante de este Tribunal, que la razón de ser de estas garantías debe situarse en la necesidad de "proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales, interés superior del ordenamiento de todo Estado Democrático de Derecho (art. 1.1 CE) e instrumento imprescindible para garantizar la efectiva separación entre los distintos poderes del Estado" por lo que "esta protección jurídica cualificada (...) se atribuye (...) no en atención a un interés privado de sus titulares, sino a causa de un interés general, cual es el de asegurar su libertad e independencia en tanto que reflejo de la que se garantiza al órgano constitucional al que pertenecen. De este modo, las prerrogativas parlamentarias no se confunden con el privilegio ni tampoco pueden considerarse como expresión de un pretendido "ius singulare", pues en ellas no concurren las notas de la desigualdad y la excepcionalidad. Antes al contrario: ofrecen un tratamiento jurídico diferenciado a situaciones subjetivas cualitativas y funcionalmente diferenciadas por la propia Constitución y resultan de obligada aplicación siempre que concurra el presupuesto de hecho por ellas contemplado.(...). Por esta razón, y en tanto que "sustracciones al Derecho común conectadas a una función" (STC 51/1985, fundamento jurídico 6.), las prerrogativas parlamentarias son imprescriptibles e irrenunciables (STC 92/1985), y no es constitucionalmente legítima una extensión legislativa (STC 186/1989), o una interpretación analógica de las mismas (STC 51/1985). Como garantías jurídicamente vinculadas a la satisfacción de un interés institucional y permanente del Ordenamiento, las prerrogativas parlamentarias son ius cogens y, por tanto, indisponibles para sus titulares, y sólo susceptibles de una interpretación estricta y vinculada a los supuestos expresamente contemplados en la Constitución" (STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5)". Sección Primera. Auto 236/2000, de 9 de octubre de 2000. Recurso de amparo 2.940/2000. Inadmite a trámite en el recurso de amparo 2.940/2000.

[175] Artículo 71. 3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

[176] Artículo 102. 1. La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

de Governo que cometam crimes no Território da Comunidade Autônoma serão julgados no respectivo Tribunal Superior de Justicia e os crimes cometidos fora do território pela Sala Penal do Tribunal Supremo[177].

Ainda, a Lei Orgânica do Poder Judiciário estabelece inúmeras hipóteses de foro por prerrogativa de função.

Desse modo, o artigo 57.1 e 57.2[178], da Lei Orgânica do Poder Judiciário (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) estabelece que compete a Sala Penal do Tribunal Supremo julgar o Presidente do Tribunal Supremo, o Presidente do Conselho Geral do Poder Judiciário, o Presidente do Tribunal Constitucional, os Vogais do Conselho Geral do Poder Judiciário, os Magistrados do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo, os Presidentes da Audiência Nacional, de qualquer de suas Câmaras e dos Tribunais Superiores de Justiça, além do Fiscal Geral do Estado, os Fiscais de Sala do Tribunal Supremo, o Presidente e Conselheiros do Tribunal de Contas, o Presidente e Conselheiros do Conselho de Estado e o Defensor Público. Ainda, o art. 57.3[179] estabelece a competência da Sala Penal do Tribunal Supremo para o julgamento de Magistrados da Audiência Nacional e de Tribunal Superior de Justiça.

A mesma Lei Orgânica estabelece, em seu artigo 73.3[180], a competência do Tribunal Superior de Justiça de cada Comunidade Autônoma de julgar os juízes, magistrados e membros do Ministério Fiscal por delitos cometidos no exercício do cargo na comunidade autônoma.

---

[177] MENDONÇA, Andrey Borges. *O foro por prerrogativa de função na Espanha*. Revista eletrônica do Ministério Público Federal Custos legis, ano IV, volume 4, 2012, p. 11.

[178] Artículo 57. 1. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá: 2.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.

[179] Artículo 57. 3.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia.

[180] Artículo 73. 3. Como Sala de lo Penal, corresponde a esta Sala: b) La instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.

Ainda, existem diversas outras previsões de foro por prerrogativa de função na Espanha[181].

Em relação ao alcance do foro por prerrogativa de função, assim como o Brasil, a competência de foro por prerrogativa de função abarca todos os crimes praticados pelos detentores do foro por prerrogativa. Porém, existe uma exceção, que é o caso mencionado do art. 73.3, b, da LOPJ, em que o os juízes, magistrados e membros do Ministério Fiscal são julgados por delitos cometidos no exercício do cargo na comunidade autônoma.

Outra questão interessante pode ser vista no tratamento das regras da atualidade e da contemporaneidade na Espanha.

Sem embargos da doutrina estrangeira não usar tal nomenclatura, a regra de que os juízes, magistrados e membros do Ministério Fiscal são julgados por delitos cometidos no exercício do cargo na comunidade autônoma (73.3, b, da LOPJ) muito se assemelha à regra da contemporaneidade. Isso porque incidem as regras de aforamientos para a prática de delitos no exercício do cargo. Todavia, é uma exceção à regra geral.

A regra geral no direito espanhol se assemelha à regra da atualidade. Segundo a doutrina, o foro por prerrogativa de função perdurará enquanto o acusado estiver exercendo o mandato[182]. Se perder tal condição, não haverá mais foro por prerrogativa de função[183].

---

[181] Segundo Vicente Gimeno Sendra, "Em nuestro Ordenamiento se prevén, entre otros, los seguintes aforamientos: a) Los Juzgados de Instricción son competentes para el Enjuiciamiento de cualquier delito leve cometido en el ejercicio del cargo por los membros de las Fuerzas y Cuerpos de Sguridad del Estado (art. 8.1 LO 2/86, de 13 de mayo), quedando de este modo excluída uma eventual competencia de los Juzgados de Paz (la STC 55/1990 declaró la constitucionalidade de este aforamiento). b) Las Audiencias Provinciales son competentes para el enjuiciamiento de los delitos cometidos em el ejercicio de sus funciones por los membros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Polícias autonómicas y locales (art. 8 LOFCS y STC 55/1990), aun cuando se trate de procesos por delitos menos graves (STS 28 septiembre 1994). La instrucción sigue atribuída, según las reglas generales, a los Jueces de Instrucción. (SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho Procesal Penal.* Segunda edición. Navarra, Espanha: Thomson Reuters, 2015, p. 194).

[182] De acordo com Juan-Luis Gómez Colomer e Iñaki Esparza Leibar, "De acuerdo con la ley, cuando un imputado o acusado adquiera la condición de diputado o senador, lo que sucede cuando el diputado es proclamado electo (art. 20 del Reglamento del Congresso de los Diputados de 1982), o respecto a los senadores por alguno de los médios fijados en el art. 1 del Reglamento del Senado de 1994, adquiere al mismo tiempo inmunidad y por tanto se convierte en aforado" (COLOMER, Juan-Luis Gómes e LEIBAR, Iñaki Esparza. *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2009, p. 226).

[183] De acordo com Juan-Luis Gómez Colomer e Iñaki Esparza Leibar, "Puede ocurrir que habiendo sido solicitado el suplicatorio por la Sala II de lo Penal del TS [Tribunal Supremo], o más allá incluso habiéndose

3.2.4.2. Portugal

O sistema português de foro por prerrogativa de função foi tratado pela Constituição Portuguesa, em seu artigo 130º, nº 1, o qual prescreve "Artigo 130.º - Responsabilidade Criminal. 1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça"[184].

Os cargos de Presidente da Assembleia da República e Primeiro-Ministro também detêm a mesma previsão, de acordo com o artigo 11º, nº 3, alínea "a", do Código de Processo Penal Português[185].

---

autorizado la persecutión penal por la câmara, el ditupado o senador imputado, o acusado, perda la condición de máximo representante del pueblo español por alguna de las causas previstas en el art. 22 del Reglamento del Congresso de los Diputados de 1982, y en art. 18 del Reglamento del Senado de 1994. Por ejemplo, por renuncia, o por expiración del tiempo del mandato. La situación jurídica a partir de entonces es que ya no es diputado o senador. ¿Que sucede entonces con relación a su aforamiento? Em puridad, perdida la inmunidad, se pierde también el aforamiento, porque éste causa efectos mientras dure su mandato (art. 71.2 CE), ya no tiene sentido continuar con el privilegio porque el interés público há desaparecido. Sin embargo, el legislador, luego corregido por la jurisprudência, ha entendido que podría ser más complicado volver al fuero ordinario que ordenar continuar la causa, y en eso precisamente debió estar pensando cuando em los arts. 1, III y 7, II Ley de 9 de febrero de 1912 dispuso expresamente que la competência del TS "se extenderá hasta la conclusión del proceso, con independencia de la vida legal de las Cortes a que pertencieren los acusados" (COLOMER, Juan-Luis Gómes e LEIBAR, Iñaki Esparza. *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2009, p. 224/225).

[184] Segundo Francisco Aguilar, "(...) o Presidente da República, no caso de prática de um crime no exercício de funções, responde, não perante um tribunal de primeira instância como o comum dos cidadãos, mas perante o Supremo Tribunal de Justiça (artigo 130.º, n.º 1 da Constituição), mais propriamente perante o pleno das suas secções criminais (artigos 11.º, n.º 2, alínea a) do C.P.P. e 35.º, n.º 1, alínea a) da L.O.F.T.L.) cabendo a competência para a prática dos actos jurisdicionais relativos ao inquérito, à direção da instrução, à presidência do debate instrutório e ao despacho da pronúncia ou de não pronúncia às secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça (artigos 11.º, n.º 3, alínea g) do C.P.P. e 36.º, alínea j) da L.O.F.T.J.). Além desta prerrogativa, atinente ao foro, há a destacar as especiais prerrogativas de inquirição do Presidente da República vertidas nos artigos 624.º e 625.º do C.P.C. invocáveis no processo penal *ex vi* do n.º 1 do artigo 139.º do C.P.P. Muito sucintamente, relembremos que, de acordo com os preceitos citados, o Presidente da República goza das seguintes prerrogativas, de exercício alternativo: não inquirição caso declare que não tem conhecimento dos factos sobre que foi pedido o seu depoimento (artigo 625.º, n.º 2 C.P.C.); relatar por escrito o que souber sobre os fatos, devendo então esclarecer, também por escrito, as dúvidas de que o tribunal ou qualquer das partes, com o consentimento do tribunal (de recusa insindicável: artigo 625.º, n.º 4, C.P.C.) entretanto formulem; ou, finalmente, se optar por depor presencialmente, de ser inquirido na sua residência ou na sede dos respectivos serviços (artigo 624.º, n.º 1, alínea a) do C.P.C.) em dia e hora unilateralmente fixados por si próprio (artigo 625.º, n.º 5 do C.P.C.) e, sendo o interrogatório feito unicamente pelo juiz (artigo 625.º, n.º 6 do C.P.C.) (AGUILAR, Francisco. *Imunidades e prerrogativas processuais dos titulares de cargos públicos* in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais (Organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut)*. Coordenação científica de: Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004, p. 338).

[185] Segundo Francisco Aguilar, "Entre os deputados à Assembleia da República há que operar uma destrinça relevante no domínio das prerrogativas processuais. É que apenas o Presidente da Assembleia da República beneficia da prerrogativa relativa ao foro nos mesmos termos atrás descritos quanto ao Presidente da República, termos em que remetemos para a descrição sumária então efectuada. Em síntese, diremos apenas, quanto a este ponto, que enquanto o Presidente da Assembleia da República responde, quanto aos crimes praticados no exercício de funções, perante o pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de

Ainda, é de se destacar que o Código de Processo Penal português prevê o foro de prerrogativa de função no Supremo Tribunal de Justiça, para o julgamento de crimes cometidos por juízes do Supremo Tribunal de Justiça e das relações e de magistrados do Ministério Público que exerçam funções junto destes tribunais, ou equiparados (art. 11º, nº 4, alínea "a", do Código de Processo Penal português).

Prosseguindo, o Código de Processo Penal português também estabeleceu foro por prerrogativa de função no Tribunal da Relação para o julgamento de crimes cometidos por juízes de direito, procuradores da República e procuradores-adjuntos (art. 12º, nº 3, alínea "a", do Código de Processo Penal português).

Existe ainda a regra da competência originária de acordo com a qualidade do ofendido, estabelecida no art. 23, do Código de Processo Penal português. Se um magistrado é ofendido, o autor do crime será processado perante o tribunal da mesma hierarquia onde o magistrado exerce suas funções ou espécie com sede mais próximas, salvo tratando-se do Supremo Tribunal de Justiça.

A doutrina portuguesa, a exemplo de praticamente toda a brasileira, entende que não há inconstitucionalidade na previsão do foro por prerrogativa de função para determinadas autoridades[186].

Justiça, os restantes membros da Assembleia da República respondem perante os tribunais comuns de primeira instância (...). No que aos membros do Governo importa, convém frisar que o regime das respectivas prerrogativas processuais é em tudo idêntico ao previsto quanto aos deputados à Assembleia da República. Assim, o Primeiro-Ministro beneficia de uma prerrogativa relativa ao foro idêntica à do Presidente da República e à do Presidente da Assembleia da República, termos em que pelos crimes cometidos no exercício de funções apenas responderá perante o pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça nos termos que já ficaram, oportunamente, expostos. (AGUILAR, Francisco. *Imunidades e prerrogativas processuais dos titulares de cargos públicos* in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais (Organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut)*. Coordenação científica de: Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004, p. 338/339).

[186] Para Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque, "A competência do STJ para julgar as mais altas individualidades do Estado pelos crimes praticados no exercício de suas funções e dos magistrados judiciais e do Ministério Público do STJ e do TR não é inconstitucional, atento o fundamento objetivo da discriminação. No segundo caso, trata-se dos titulares dos mais altos tribunais do país. Os magistrados que desempenham funções no TR estão assim submetidos à jurisdição com a máxima autoridade". Quanto a competência originária para os julgamento de magistrados e membros do Ministério Público, prossegue o autor na mesma linha, senão vejamos: "A competência do Tribunal das Relações para julgar os magistrados judiciais e do Ministério Público dos tribunais de primeira instância pelos crimes praticados no exercício das suas funções não é inconstitucional, pois há fundamento objectivo da discriminação. Deste modo, os magistrados que desempenham funções nos tribunais de primeira instância estão submetidos a uma jurisdição com uma autoridade acrescida, o Tribunal da Relação" (ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. *Comentário do*

Nessa linha, é possível notar que o foro por prerrogativa de função, em Portugal, também não se restringe apenas ao Chefe do Executivo, se assemelhando, em parte, ao modelo brasileiro. Todavia, o sistema estrangeiro é mais restrito, pois não previu a competência originária para os membros do Poder Legislativo português, conforme o Estatuto dos Deputados da Assembleia da República (Lei nº 7, de 1º de março de 1993).

Quanto às regras da atualidade e contemporaneidade, observa-se que o ordenamento jurídico português adota a regra da contemporaneidade. Isso porque a lei é clara ao estabelecer que a competência originária se verifica quando os crimes foram cometidos no exercício de suas funções. No mesmo sentido, já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça ao julgar ação envolvendo o Primeiro-Ministro no exercício de suas funções[187].

Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011).

[187] "A decisão do caso vertente assenta na interpretação do art. 11º, nº 2, do CPP, quando atribui ao STJ a competência para o julgamento do Primeiro-Ministro por crimes praticados no exercício de suas funções. A decisão está, assim, dependente de uma leitura mais, ou menos, restritiva sobre a concepção normativa do conteúdo das funções que convergem no exercício daquele cargo. A CRP, no capítulo que se debruça sobre a competência do Governo, estabelece que este tem competências políticas (art. 197º), legislativas (art. 198º) e administrativas (art. 199º), sem contudo definir qual o conteúdo concreto que assuma cada uma delas, já que se limita a indicar alguns dos actos ou medidas que as mesmas se podem traduzir, sem preocupação exaustiva, pelo que esta indicação não resolvendo a dificuldade de saber em que consiste cada uma dessas competências é, no entanto, útil para se poder erigir um conceito global de cada uma delas – designadamente da que ora nos importa que é a competência política. Porque assim é, não olvidando as situações especificadas naquele art. 197º e o facto de a atribuição ao Governo de funções políticas resultar não só directamente do texto constitucional mas também da lei ordinária (al. j) do seu nº 1) importa recorrer à construção doutrinal que incide sobre o tema nomeadamente sobre os poderes que se consideram reunidos na força política. O exercício da função pública consiste na escolha de grandes opções destinadas à melhoria, preservação e desenvolvimento de um determinado modelo económico e social, por forma a que os seus cidadãos se possam sentir mais seguros e, livremente, possam alcançar os bens, materiais e espirituais, que o mesmo é susceptível de proporcionar e que o exercício da função administrativa se traduz na materialização dessas opções; consequentemente, só os órgãos superiores do Estado podem exercer a função política, pois só eles têm competência para definir, em termos gerais, os fins que a sociedade deve almejar, os meios que cabe utilizar para os alcançar e os caminhos que para o efeito será necessário percorrer. O exercício das funções de Primeiro-Ministro engloba todos os actos que têm na sua génese tal qualidade, e como tal assumidos perante a opinião pública, e que só em virtude dela têm existência. O exercício das funções, nomeadamente as políticas, tem um conteúdo abrangente que se estende a todos os actos que se situam na esfera pública e que apenas são praticados em função do cargo público exercido; se o arguido foi interpelado na qualidade de Primeiro-Ministro e pronunciou-se sobre factos susceptíveis de afectar a dignidade das funções que lhe estavam cometidas porquanto lançavam uma suspeição sobre o seu caráter, o exercício da função política do cargo de Primeiro-Ministro é também a actuação no domínio da esfera pública em que, perante os cidadãos em nome dos quais se exerce tais funções, se justifica tal exercício. Se o arguido se pronunciava sobre factos susceptíveis de macular a sua credibilidade para o exercício das funções que sobre si incumbiam, e falava de actos políticos que projectavam a sua qualidade como político, informando os cidadãos em nome dos quais exercia o poder, sobre a sua honorabilidade e dignidade em termos institucionais, a competência para o julgamento dos referidos factos reside no STJ (acórdão do STJ de 15-12-2011, proc. nº 7/10.0YGLSB.S2-A – 3ª Secção).

3.2.4.3. Itália

A Constituição da República da Itália apresenta dois artigos relacionados à competência originária.

Quanto ao Presidente da República, a Constituição da República da Itália, em seu art. 134[188], prevê expressamente a existência de competência originária para os crimes cometidos pelo presidente do país, em que o Tribunal Constitucional ficou encarregado para o julgamento.

O segundo deles é o artigo 96, da Constituição da República, onde é estabelecido que "o Presidente do Conselho de Ministros e os Ministros, mesmo já não estando em função, são submetidos, pelos crimes cometidos durante o exercício das suas funções, à jurisdição ordinária, prévia autorização do Senado da República ou da Câmara dos Deputados, conforme as normas estabelecidas pela lei constitucional".

O artigo 96, da Constituição da República Italiana, é regulamentado pela lei constitucional nº 1, de 1989.

Na referida lei, no artigo 6, 1, dispõe que os relatórios e as denúncias relativas aos crimes indicados no artigo 96, da Constituição da República, são apresentados ou enviados ao procurador da República no foro da capital do distrito do tribunal de apelação competente.

Ainda, no artigo 7, 1, a lei dispõe que no tribunal da capital do distrito da corte de apelação competente para o território, é instituído um colegiado composto por três membros efetivos e três suplentes, sorteados entre todos os magistrados em exercício nos tribunais do distrito que tenham, há pelo menos cinco anos, a qualidade de magistrado de tribunal ou ter uma qualificação superior. O colégio é presidido pelo magistrado com funções superiores, ou, no caso de funções iguais, pelo mais antigo.

---

[188] Art. 134. La Corte constituzionale giuduca: (...) sulle accuse promosse contro il Presidente dela Repubblica, a norma dela Constituzione.

Prosseguindo, o artigo 8, 1, dispõe que o colegiado, no prazo de 90 dias após o recebimento dos documentos, tendo realizado investigações preliminares e ouvido o Ministério Público, se não achar que deveria determinar o arquivamento, transmite os documentos com um relatório motivado ao procurador da República para o encaminhamento imediato ao Presidente da Câmara competente, nos termos do artigo 5.

O artigo 8, 2, dispõe que em outros casos, o colegiado, tendo consultado o Ministério Público, providencia o arquivamento com um decreto irrecorrível.

Já o artigo 11, 1, dispõe exatamente dos casos de conexão envolvendo o Presidente do Conselho de Ministros e os Ministros no exercício de suas funções com pessoas que não detém tais cargos.

Em tais casos, o artigo acima dispõe que a competência para o julgamento, em tais casos, pertence, em primeira instância, ao tribunal da capital do distrito da corte de apelação competente para o território.

O artigo 11, 2, assevera que as disposições do Código de Processo Penal se aplicam aos recursos e aos outros graus de julgamento.

Pelo que se depreende da lei constitucional e da Constituição da República Italiana, não há foro por prerrogativa de função propriamente dito para o Presidente do Conselho de Ministros e os Ministros, como nos casos do Brasil, Espanha e Portugal.

Todavia, também não é possível dizer que eles são julgados pela jurisdição penal comum.

A jurisdição penal italiana pode ser, de forma muito breve, dividida em quatro órgãos competentes para o julgamento, sendo eles[189]: a) Juizado de menores: julga os crimes cometidos por menores de 18 anos, b) Corte D´Assise: tem competência tanto qualitativa quanto quantitativa, por exemplo, para o julgamento de crimes punidos com reclusão, com penas acima de 24 anos, ou por algumas hipóteses de homicídio (art. 5, do Código de

[189] TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale, diciottesima edizione*. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 78/82.

Processo Penal italiano), c) Tribunal, que pode ser monocrático ou colegiado. O tribunal colegiado tem competência para o julgamento de crimes punidos com pena de detenção superiores a 10 anos e inferiores a 24 anos, desde que não seja de competência da corte d´assise, bem como dos crimes especificados no art. 33-*bis*.1, do Código de Processo Penal italiano. Já o tribunal monocrático julga os crimes residuais, ou seja, aqueles apenados com pena máxima de até 10 anos, bem como os especificados no art. 33-*ter*.1, do Código de Processo Penal italiano, d) Juízo de Paz: tem competência para os crimes elencados no art. 4º do Decreto Legislativo de 28 de agosto de 200, nº 274, como, por exemplo, o julgamento do crime de injúria.

Dessa forma, verifica-se que o julgamento do Presidente do Conselho de Ministros e os Ministros é feito por um juízo qualificado, não se limitando apenas ao julgamento monocrático. Apesar de não haver propriamente foro por prerrogativa de função para o julgamento de qualquer crime cometido no exercício da função, é fato que existe uma estrutura qualificada para o julgamento dos crimes cometidos pelo Presidente do Conselho de Ministros e pelos Ministros, conforme se observa pela leitura da lei constitucional nº 1, de 1989.

Outra situação igualmente julgada pelo tribunal colegiado é prevista no artigo 33-*bis*.1, *b*, do Código de Processo Penal italiano. Referido artigo indica a competência para julgamento, entre outros, do crime tipificado no art. 322-*bis*, do Código Penal italiano[190], que prevê a competência para julgamento dos crimes de peculato, concussão, indução indevida para dar ou prometer utilidade, corrupção e incitação à corrupção de membros do Tribunal Penal Internacional ou dos órgãos das Comunidades Europeias e de funcionários das Comunidades Europeias e de Estado estrangeiros.

O artigo 322-*bis*, em seu item 5-*bis*, diz que o crime acima mencionado também se aplica a juízes, procuradores, procuradores adjuntos, funcionários e agentes do Tribunal Penal Internacional, a pessoas mandadas por Estados signatários do Tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional, que exerça funções correspondentes às dos funcionários ou agentes do próprio Tribunal, aos membros e aos trabalhadores dos órgãos estabelecidos com base no tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

---

[190] Para aprofundamento sobre o Direito Penal italiano, ver SANTISE, Mauricio e ZUNICA, Fabio. *Coodrinate ermeneutiche di diritto penale. Terza edizione*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

Portanto, como o artigo 322, do Código Penal italiano está inserido no capítulo que trata dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração, é possível notar que se um juiz ou procurador do Tribunal Penal Internacional cometer um crime de peculato, ele não será julgado por um juiz singular, na justiça penal comum. Apesar de não haver foro por prerrogativa de função propriamente dito, haverá, sim, um julgamento qualificado em primeiro grau, por três magistrados.

Destarte, é fato que somente existe competência originária para o presidente da república, mas também é possível afirmar que em determinadas situações haverá um julgamento qualificado em razão da função exercida pelo acusado.

Tanto é verdade tal hipótese que o Código de Processo Penal, em seu artigo 15, estabelece que haverá, nos casos de conexão, a prevalência do juízo superior[191].

Porém, conforme já exaustivamente explanado, não se trata de foro por prerrogativa de função.

Quanto às regras da atualidade e contemporaneidade, observa-se que o ordenamento jurídico italiano adota a regra da contemporaneidade. Isso porque a lei é clara ao estabelecer que a competência originária se verifica quando os crimes foram cometidos no exercício de suas funções.

3.2.4.4. França

A França possui um número muito pequeno de autoridades que detém foro por prerrogativa de função. Historicamente, não era assim. Todavia, no ano de 1993, houve uma grande reforma na legislação francesa[192].

---

[191] Segundo Mario Chiavario, "Appunto degli effetti della connessione eterogenea sulla competenza per matéria si occupa l´art. 15 CPP, il quale nell´ipotesi di conessione tra procedimenti di competenza della corte di assise e procedimenti di competenza del tribunale, individua il primo organo como competente per tutti. Ne emerge così um principio di prevalenza del "giudice superiore" (CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*. Settima Edizione. Milano: Utet Giuridica, 2017, p. 94/95).

[192] Segundo Paulo Gustavo Guedes Fontes, "Até a reforma do processo penal de 1993, diversas autoridades gozavam de um *privilège de juridiction*. Segundo o art. 681 do CPP, então revogado, quando tais autoridades pudessem ser indiciadas ou acusadas de um crime ou delito ligado ao exercício de suas funções, o procurador da República deveria dirigir-se de imediato à câmara criminal da *Cour de Cassation*, que, por sua vez, designava uma câmara criminal de uma *Cour d´Appel* para proceder à instrução. Quando o crime ou delito não estivessem ligados ao exercício das funções, segundo o art. 679, também revogado, a *Cour*

A Constituição Francesa estabelece, em seu artigo 67, a irresponsabilidade penal temporária do Presidente da República, mas não há a previsão de foro por prerrogativa de função[193].

Quanto aos membros do governo, ou seja, primeiro ministro e ministros, o artigo 68º-1, estabeleceu foro por prerrogativa de função para tais cargos. Compete à *Cour de Justice de la République* o julgamento pelos crimes cometidos no exercício de suas funções[194]. Fora do exercício das funções, a competência é do juízo comum, conforme decisão da *Cour de Cassation*[195]. Todavia, cessado o exercício da função, o membro do governo goza de privilégio de jurisdição[196].

Por fim, os membros do Poder Legislativo francês não gozam de foro por prerrogativa de função, apesar de haver outras formas de proteção ao cargo, como as imunidades material e formal.

Quanto às regras da atualidade e contemporaneidade, observa-se que o ordenamento jurídico francês adota a regra da contemporaneidade. Isso porque a lei é clara ao estabelecer que a competência originária se verifica quando os crimes foram cometidos no exercício de suas funções.

---

de Cassation também designava a jurisdição de instrução. Beneficiavam-se desses dispositivos, não mais em vigor, as seguintes autoridades: membros do *Conseil d´État, da Cour de Cassation*, da *Cour de Comptes*, o *préfet*, o *maire* (prefeito), juízes e membros do Ministério Público, juízes adminsitrativos (FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O foro privilegiado na França*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 34, pág. 48 – jan./jun. 2011).

[193] Artigo 67º - O Presidente da República não é responsável pelos atos realizados nessas funções, sujeito às disposições dos artigos 53-2 e 68. Não pode, durante o seu mandato e perante nenhum órgão jurisdicional ou autoridade administrativa francesa, ser convocado a depor, bem como ser objeto de uma ação, um ato de informação, de investigação ou de acusação. Qualquer prazo de prescrição ou caducidade é suspenso. As instâncias e procedimentos aos quais assim é feito obstáculo podem ser retomadas ou contratadas contra ele à expiração de um prazo de um mês após a cessação das funções.

[194] Artigo 68º-1 Os membros do governo são penalmente responsáveis por atos praticados no exercício das suas funções e qualificados de crimes ou infrações no momento em que eles foram cometidos. São julgados pelo Tribunal de Justiça da República. O Tribunal de Justiça da República é vinculado pela definição dos crimes e delitos, bem como pela determinação das penalidades tais como resultam da lei.

[195] De acordo com a jurisprudência francesa: "(...) 2° COMPETENCE - Compétence personnelle - Membres du Gouvernement - Crimes et délits commis en dehors de l'exercice des fonctions - Compétence de droit commun. 2° Il appartient à tout juge, et notamment à la chambre d'accusation, d'apprécier sa propre compétence. Aucune dérogation n'est apportée à ce principe en ce qui concerne les faits reprochés à un membre du Gouvernement, ni par l'article 68-1 de la Constitution, ni par la loi organique du 23 novembre 1993. (Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 26 juin 1995, 95-82.333, Publié au bulletin).

[196] Nesse sentido, FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O foro privilegiado na França*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 34, pág. 47 – jan./jun. 2011.

3.2.4.5. Alemanha

De acordo com o art. 61, I, 2, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, há a previsão de o Presidente Federal ser julgado pelo Tribunal Constitucional Federal. Quanto aos juízes, o artigo 98, II, 2, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, prevê a possibilidade do julgamento, pelo Tribunal Constitucional Federal, quando um juiz infringir os princípios da Lei Fundamental ou a ordem constitucional de um Estado[197].

Todavia, tal previsão se refere ao *impeachment*, não podendo se falar propriamente em de um foro por prerrogativa de função pela prática de infrações penais, estando elas relacionadas ou não com o exercício do cargo[198].

Quanto ao Poder Legislativo, não há nenhuma previsão de julgamento pelo Tribunal Constitucional Federal, não se podendo falar em foro por prerrogativa de função, apesar de haver outros institutos que protegem o cargo, como a imunidade formal, por exemplo.

Assim, observa-se que na Alemanha não existe a figura do foro por prerrogativa de função[199].

---

[197] Artigo 98 - Situação legal dos juízes – Acusação a juiz: (2) Quando um juiz federal, dentro ou fora da sua função, infringir os princípios da Lei Fundamental ou a ordem constitucional de um Estado, o Tribunal Constitucional Federal poderá ordenar com uma maioria de dois terços, por solicitação do Parlamento Federal, que o juiz seja transferido para outro cargo ou aposentado. No caso de infração premeditada, pode ser ordenada a sua demissão.

[198] Segundo María Luz Martínez Alarcón, "Ahora bien, en algunos países europeos se mantienen procedimientos especiales contra el Presidente de la República por la comisión de determinados actos que se consideran de especial grevedad para el funcionamiento ordinario del Estado que reflejan una auténtica situación de aforamiento en tanto en cuanto, a su través, la sanción de la denominada «justicia política» puede revestir naturaleza penal. Así, y aunque en nuestro entorno más próximo se muestran aparentemente muy similares los casos alemán, italiano y austriaco, vamos a ver, a continuación, que la sustancial diferencia consistente em la naturaleza de la responsabilidad que se exige y las sanciones que se pueden imponer tras el proceso especial contra el Presidente de la República en el caso alemán, y los procedimientos especiales contra sus Presidentes de la República en los casos italiano y austríaco, nos permiten afirmar que en la Alemania no existe aforamiento del Jefe del Estado por hechos atinentes al desarrollo de las funciones próprias del cargo, pero que sí existe en Italia y Austria (igualmente, por hechos vinculados al ejercicio del cargo" (ALARCÓN, María Luz Martinez. *El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y derecho comparado*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, Madrid, n. 35, 2015, p. 437-478, pp. 448).

[199] De acordo com Juan-Luis Gómez Colomer e Iñaki Esparza Leibar, "Debemos iniciar el tratamiento del aforamiento en este gran país afirmando que el mejor ejemplo, como en tantas otras instituciones, nos lo proporciona precisamente la legislación alemana para el objeto de este tratado, que no es otro que demonstrar que el aforamiento es en casi todos los casos una vulneración del principio constitucional de

3.2.4.6. Estados Unidos da América

É sabido que o sistema norte-americano é diferente do sistema brasileiro, uma vez que o primeiro é baseado no *common law* e o segundo no *civil law*. Logo, o presente tópico visa apenas analisar se nos Estados Unidos da América existe a competência originária dos tribunais superiores para certos cargos.

Segundo o artigo III, seção 2, da Constituição dos Estados Unidos da América, existe a hipótese de competência originária da Suprema Corte quando envolver embaixadores, outros ministros e cônsules. Nesses casos, é possível se falar em foro por prerrogativa de função. Nos demais, todavia, a própria Constituição dos Estados Unidos previu a garantia do cidadão ser julgado pelo júri, sem fazer qualquer ressalva quanto a algum cargo público[200].

---

igualdad y que la situación debe reconducirse legislativamente cuanto antes en España. Y es el mejor ejemplo, porque Alemania no conoce ni un sólo aforamiento. La *GG*, que consagra igualmente la inviolabilidad e immunidad de los diputados federales en el art. 46, no prevê sin embargo aforamiento alguno. El proceso para enjuiciar al *Bundespräsident* competencia del Tribunal Constitucional Federal no es un proceso penal, sino político-constitucional (art. 61 *GG*); y el proceso para trasladar o jubilar forzosamente a altos jueces por gravíssimas infracciones, del que conoce también el Tribunal Constitucional Federal, es igualmente un processo político-constitucional (art. 98.2 *GG*). Por tanto, no estamos ante procesos penales, no hay ninguna acusación penal de por medio, no se trata en consecuencia de normas de aforamiento, sino de procesos creados expresamente para poder destituir a esos altos cargos, autoridades y funcionarios públicos, ya que si no existieran esas normas tanto el Presidente da República como los Jueces federales no podrían ser destituídos en ningún caso, pues no habría posibilidad alguna de hacerlo (el *Bundespräsident* no es funcionario, ni juez, y la única posibilidad para destituirlo es ésta). Por ello tampoco estamos ante normas derivadas de la inmunidad. Se trata de procesos político-constitucionales. Si cometen delito no hay aforamiento, son enjuiciados por los tribunales ordinarios conforme a las reglas ordinarias de fijación de la competencia y bajo el sometimiento al principio del juez legal. Por tanto estas disposiciones no cierran la vía de los procesos penales ordinarios. A nivel de legislación ordinaria, ni la *GVG* (Ley Orgánica del Pder Judicial alemana, de 1877, naturalmente muchas veces reformada), ni la *StPO* (Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana, de 1877, también varias veces modificada), contemplan un solo caso de aforamiento, es decir, no prevén ninguna excepción a las reglas de competencia objetiva, funcional o territorial, que com carácter general regulan. Por tanto, cometido em Alemania un delito por persona que goce de inviolabilidad o de inmunidad, y autorizada su persecución penal, las reglas del lugar de comisión del delito, y las reglas de fijación de los órganos que van a ser competentes objetiva y funcionalmente para enjuiciarlo, son exatamente las mismas que si dicho delito hubiera sido cometido por cualquier otra persona" (COLOMER, Juan-Luis Gómes e LEIBAR, Iñaki Esparza. *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2009, p. 919/920).

[200] Artigo III, seção 2. A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; as controvérsias entre dois ou mais Estados, [entre um Estado e cidadãos de outro Estado,]* entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, [enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.]* Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto

Assim, não há qualquer referência ao foro por prerrogativa de função nem mesmo para o Presidente da República, lembrando, ainda, o célebre caso envolvendo um presidente e sua estagiária, em que a decisão coube ao júri.

A sexta emenda da Constituição Americana estabeleceu que, em toda causa criminal, o acusado será julgado por um júri imparcial[201]. Nesse sentido, o artigo 23 do *Federal Rules of Criminal Procedure* regulamenta o julgamento realizado pelo júri. Todavia, o artigo 23, "a", do *Federal Rules of Criminal Procedure* estabelece que o acusado poderá renunciar ao julgamento feito pelos jurados, por escrito, com a aprovação do tribunal e com o consentimento do governo (do órgão acusador).

Nesse sentido, a Suprema Corte Norte-americana julgou o caso *Singer vs. United States*, em que o recorrente buscou anular o julgamento feito pelo Júri quando havia renunciado a ele, sob o argumento de que queria ser julgado por um juiz singular, sem jurado, uma vez que a Constituição teria outorgado ao acusado a escolha de renunciar caso atendesse ao seu melhor interesse, como um julgamento mais breve.

A decisão foi no sentido de que a Constituição dos Estados Unidos da América não confere e nem reconhece o direito dos acusados a serem julgados por um tribunal[202].

---

sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer. O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei.

[201] Sexta Emenda - Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público, por júri imparcial no Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser acareado com as testemunhas que lhe são adversas; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas da defesa e a ser assistido por advogado.

[202] "(...) Hemos examinado los argumentos del recurrente y consideramos que no tiene razón. No podemos encontrar ninguna prueba de que el *common law* reconociese a los acusados el derecho a eligir entre ser juzgados por un tribunal (sin jurado) o por un jurado. Aunque se pueden encontrar ejemplos de renuncias al juicio con jurado en algunas de las colonias con anterioridad a la promulgación de la Constituición, eran casos aislados que sucedían en virtud de las "Constituciones" de las colonias o sus leyes, se alejaban claramente del *commun law*. No existen indicios de que los colonos considerasen que la possibilidade de renunciar al juicio por jurado tuviese la misma importancia que el derecho a solicitarlo. Al haber constatado que la Constituición ni confere ni roconoce el derecho a los acusados a que sus casos sean juzgados por un tribunal, concluímos que la Regla 23 (a) establece un procedimiento razonable para controlar los intentos de renuncia a los juidicios con jurado" (ISRAEL, Jerold H.; KAMISER, Yale; LAFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. *Criminal Procedure and The Constitucion. Leading Supreme Cort Cases and Introductory Text.* Equipo investigador y traductor: COLOMER, Juan-Luis Gómez; LEIBAR, Iñaki Esparza; GARGALLO, Andrea Planchadell; CEBADERA, María-Angeles Pérez, MONTILIU, Ana Beltrán; HERNÁNDEZ, Eskándar Gánem. *Proceso Penal y Constituición de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos*

Dessa forma, é possível afirmar que, salvo a única exceção apontada, nos Estado Unidos não há, em regra, foro por prerrogativa de função, devendo todas as autoridades pública, em caso de processo penal, serem julgadas perante o júri, como qualquer cidadão.

3.2.4.7. Inglaterra

O sistema inglês de Direito é baseado na jurisprudência. A organização judiciária pode ser separada em dois tipos de jurisdição: tribunais superiores e tribunais inferiores. A *Supreme Court of Judicature* compreende três divisões de jurisdições: *High Court of Justice* (Tribunal Superior de Justiça), *Crown Court* (Tribunal da Coroa) *e Court of Appeal* (Tribunal de Apelação)[203].

Ainda, o sistema inglês faz a diferenciação terminológica entre *Magistrate* e *Judge*[204].

Em nenhuma dessas cortes há previsão de competência para julgamento de alguma autoridade pública em caso de cometimento de crime.

Não se observa a figura do foro por prerrogativa de função, sendo possível afirmar que se trata de um instituto jurídico estranho ao Direito Inglês.

---

destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio. Edición de 2011. Valência, Espanha: Tirant lo Blanch, 2012, p. 933).

[203] SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito inglês e norte-americano. Tradução Renata Maria Parreira Cordeiro.* São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 27/29.

[204] De acordo com Antonio Peñaranda López, "Existen esencialmente dos términos: *Magistrate* y *Judge*. El primero designa a los integrantes de la instancia inferior de la judicatura inglesa, el *Magistrates´ Court*, que también se conocen con el nombre de *Justices of the Peace*). El segundo término – *Judge* – se refiere tanto a órganos unipersonales (por ejemplo, en el *Magistrates´ Court* hay un *District Judge* que es el encargado de administrar los *committal proceedings* (procedimento o actuaciones de inculpación), como a colegiados (por ejemplo, el *Crown Court* cuando desempeña su finción sin Jurado). Ahora bien, en las altas instancias, como el *High Court* y el *Court of Appeal*, se habla de *Justice* (término correspondiente a un nivel alto en el escalafón de la carrera judicial) y su Presidente lleva el título de *Lord Justice* (*of appeal*)" (LÓPEZ, Antonio Peñaranda. *Proceso Penal Comparado (España, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Rusia). Descripción y terminologia*. 2ª Edición. Granada: Editorial Comares, p. 24).

3.2.4.8. Colômbia

A Colômbia apresenta uma estrutura parecida com a brasileira. Inúmeros cargos detêm foro por prerrogativa de função, conforme se verifica nos seus artigos 174 e 235, ambos da Constituição Política da Colômbia.

Na Colômbia, é possível observar duas categorias que detém foro por prerrogativa de função: os *aforados constitucionales* e os *aforados legales*.

O artigo 235[205] da Constituição da Colômbia prevê a competência penal da Corte Suprema Colombiana para o julgamento das seguintes autoridades: Presidente da República, os altos funcionários da Presidência apontados no art. 174[206], da Constituição Colombiana, os membros do Congresso, o Fiscal Geral da Nação, o Procurador Geral, os Ministros, o Defensor do povo, os membros do Ministério Público perante a Corte, perante o Conselho de Estado e perante os Tribunais, os Diretores dos Departamentos administrativos, o Controlador Geral da República, os Embaixadores e chefes de missão diplomática ou consular, os Governadores, os Magistrados dos Tribunais, os Generais e Almirantes das Forças Armadas, os Magistrados da Suprema Corte, do Conselho de Estado, da Corte Constitucional e os membros do Conselho Superior da Magistratura.

O artigo 32[207], do Código de Procedimento Penal Colombiano (Ley 906/2004), elenca ainda as seguintes autoridades que serão julgadas pela Corte Suprema de

---

[205] Articulo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia. (...) 3. Juzgar al Presidente de la República, o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, previo el procedimiento establecido en los [numerales 2 y 3 del] artículo 175 de la Constitución Política, por cualquier conducta punible que se les impute. Para estos juicios la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estará conformada además por Salas Especiales que garanticen el derecho de impugnación y la doble instancia. 4. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso. 5. Juzgar, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación, o de sus delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefe de Misión Diplomática o Consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.

[206] Articulo 174. Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos.

[207] Artículo 32. De la Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce: (...) 9. Del juzgamiento del viceprocurador, vicefiscal, magistrados de los consejos seccionales de la judicatura, del Tribunal Superior Militar, del Consejo Nacional Electoral, fiscales delegados ante la Corte

Justiça: vice procurador, vice fiscal, magistrados dos conselhos seccionais da magistratura, do Tribunal Superior Militar, do Conselho Nacional Eleitoral, membros do Ministério Público delegados perante a Corte Suprema de Justiça e tribunais superiores distritais, procuradores delegados, Registrador Nacional do Estado Civil, Diretor Nacional dos Procuradores e diretores seccionais dos membros do Ministério Público.

Por sua vez, o artigo 33[208], do Código de Processo Penal Colombiano estabelece que outras autoridades serão julgadas pelos Tribunais Superiores do Distrito relativos aos Juízes Criminais de Circuito Especializados, a saber: juízes penais de circuito especializados e fiscais delegados nos juizados penais de circuito especializados por delitos que cometerem no exercício de suas funções ou em razão dela.

Ainda, o artigo 34[209], do Código de Processo Penal Colombiano estabelece que outras autoridades serão julgados pelos Tribunais Superiores do Distrito, a saber: juízes do circuito, de execução penal e de medidas de segurança, municipais, de menores, de família, penais militares, procuradores provinciais, procuradores de grau I, fiscais distritais e municipais quando autem como agentes do Ministério Público em processos penais e os fiscais delegados perante os juízes penais do circuito e municipais, pelos delitos que cometam no exercício de suas funções ou em razão delas.

Quanto às regras de atualidade e contemporaneidade, o ordenamento jurídico colombiano abarca ambas[210].

Suprema de Justicia y Tribunales, Procuradores Delegados, Procuradores Judiciales II, Registrador Nacional del Estado Civil, Director Nacional de Fiscalía y Directores Seccionales de Fiscalía.

[208] Artículo 33. De los Tribunales Superiores de Distrito respecto de los Jueces Penales de Circuito Especializados. Los tribunales superiores de distrito respecto de los jueces penales de circuito especializados conocen: (...) 2. En primera instancia, de los procesos que se sigan a los jueces penales de circuito especializados y fiscales delegados ante los juzgados penales de circuito especializados por los delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

[209] Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen: (..) 2. En primera instancia, de las actuaciones que se sigan a los jueces del circuito, de ejecución de penas y medidas de seguridad, municipales, de menores, de familia, penales militares, procuradores provinciales, procuradores grado I, personeros distritales y municipales cuando actúan como agentes del Ministerio Público en la actuación penal, y a los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito, municipales o promiscuos, por los delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

[210] Em resumo, Carlos Pavajeau e Francisco Molina arrematam: "*El ejercicio del cargo y no el de las funciones es el determinante,* así: a) Condutas ocurridas antes del ejercicio del cargo, pero sin relación alguna con las funciones, reclama fuero; b) Conductas ocurridas en el ejercicio del cargo sin relación algunas com las funciones, reclama el fuero si se mantiene en el cargo; c) Conductas ocurridas durante el ejercicio del cargo y con ejercicio de funciones, reclama el fuero aún después de cesado el cargo, y d) Conductas ocurridas durante el ejercicio del cargo, pero sin su ejercicio, sin relación con el cargo y después de haber cesado aquél, rechaza el fuero" (PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez e MOLINA, Francisco Javier Farfán. *El fuero*

4. PRORROGAÇÃO (OU MODIFICAÇÃO) DE COMPETÊNCIA

Em regra, apenas um juiz será competente para julgar o processo crime. Todavia, em razão de algum acontecimento, como nos casos de conexão e continência, poder ser que um juiz que não era competente para o julgamento passe a sê-lo e outro que era competente deixe de sê-lo. Diante disso, modifica-se o juízo competente incialmente para o processo crime[211].

4.1. Conexão e Continência

Conforme o tema proposto, serão exploradas as regras de conexão e continência para, após, estuda-las quando houve a prática de um crime em coautoria com um autor detentor de foro por prerrogativa de função.

4.1.1. Hipóteses de conexão e continência

Algumas situações podem fazer com que o interesse público em evitar decisões conflitantes, bem como a economia processual acarretem a reunião de processos ou de fatos para que seja realizado um só julgamento.

Nesse contexto, surgem as hipóteses de conexão e continência (arts. 76 a 82, do Código de Processo Penal). Malgrado parte da doutrina[212] considere se tratar critério de

---

de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del estado. Problemas procesales. Revista Derecho Penal y Criminologia, volumen XXXVI, número 101, julio-diciembre de 2015, p. 117).

[211] Segundo Gustavo Badaró, "Prorrogação de competência é a modificação da esfera concreta de competência de um juiz. Amplia-se a esfera de competência de um órgão judiciário, atribuindo-lhe competência para um processo no qual não seria normalmente (abstratamente) competente, enquanto outro órgão, que abstratamente seria competente para tal caso, deixará de sê-lo. De forma mais sintética, na conexão e na continência há, contemporaneamente, uma "subtração" e uma "atribuição" de competência" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 248).

[212] Para Maria Lúcia Karam, "Embora também no processo civil a modificação de competência acarretada pela conexidade entre as causas decorra de disposição legal, configurando, assim, uma prorrogação legal ou necessária (em oposição à prorrogação voluntária, decorrente de vontade das partes, que dá a característica fundamental da incompetência relativa) – o que não traria maiores dificuldades à aceitação de hipóteses de prorrogação, quando se vau lidar, no processo penal, não com incompetência relativa, mas absoluta -, o tratamento dado à conexidade pela lei processual penal leva a que sua disciplina mais se aproxime de fatores que determinam e não apenas modificam a competência abstratamente atribuída a cada órgão ou grupos de órgãos jurisdicionais. Na definição do órgão jurisdicional que deverá conhecer das ações que, a princípio, serão obrigatoriamente reunidas, estabelece a lei processual penal, com fundamento neste fenômeno da conexidade, como que uma outra modalidade de atribuição da competência, a que se poderia denominar de competência pela vinculação das causas. A competência assim estabelecida (a partir de regras que irão dizer

determinação de competência, muitos autores[213] entendem que se trata de critério de modificação de competência.

Conexão é o instituto processual pelo qual duas ou mais infrações que mantém entre elas um vínculo sugere a reunião de processos de forma a proporcionar ao julgador um quadro probatório único, para que ele possa ter melhor conhecimento dos fatos e entregue uma prestação jurisdicional de maior qualidade[214].

A conexão pode ser classificada em três espécies: conexão intersubjetiva (art. 76, I, do CPP), conexão objetiva (art. 76, II, do CPP) e conexão instrumental ou probatória (art. 76, III, do CPP).

A primeira delas se divide em três hipóteses. A conexão intersubjetiva por simultaneidade se caracteriza na situação em que ocorrem duas ou mais infrações que são praticadas ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas. Já a conexão intersubjetiva por concurso é vista na segunda parte do art. 76, inciso I, do CPP, em que várias pessoas em concurso, reunidas, com liame subjetivo através de acordo prévio, praticam duas ou mais infrações. Por fim, a conexão intersubjetiva por reciprocidade se caracteriza quando várias pessoas praticam infrações penais no mesmo tempo e lugar, umas contra outras.

A conexão objetiva, por sua vez, se divide em teleológica e consequencial. A primeira figura se caracteriza na hipótese em que o agente pratica um crime com a finalidade de facilitar outra conduta delituosa. Por sua vez, a consequencial se perfaz na situação em

---

qual das causas atrairá as demais) estaria se sobrepondo e derrogando a competência que poderia ser atribuída em razão da matéria ou do lugar caso se tratassem de ações isoladamente consideradas, não obstante tais critérios naturalmente devam se fazer presentes na definição de qual das causas atrairá as demais (KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 64/65).

[213] Nesse sentido, MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Edição Saraiva, 1953, p. 284, LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal: volume único*. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 571, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume 2*. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 260, NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 6 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 381, LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 9 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 352, entre outros.

[214] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume 2*. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 260. Para Manuel Carlos, a conexão é um "laço envolvente, que se insinua por entre as reações jurídicas, ora prendendo-as de um modo indissolúvel, por forma a exigir uma única decisão, ora criando entre elas um ponto de contato mais ou menos íntimo, que aconselham a reunião em um só processo, ainda quando possam ser decididas separadamente, sem maior dano, a não ser a lentidão e o gravame de maiores despesas" (CARLOS, Manuel *apud* MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1953, pág. 284).

que o objetivo do crime é ocultar ou conseguir impunidade ou vantagem em relação ao crime já praticado.

A conexão instrumental ou probatório se verifica quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Continência, por sua vez, "(...) ocorre quando há pluralidade de agentes e unidade de infração ou unidade de agente e concurso formal de delitos"[215].

Nesse sentido, o artigo 77, do Código de Processo Penal, positivou duas formas de continência, sendo elas a continência por cumulação subjetiva (art. 77, I, do CPP) e a continência por cumulação objetiva (art. 77, II, do CPP).

A continência por cumulação subjetiva ocorre quando duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração penal, ao passo que a cumulação objetiva ocorre nas hipóteses de concurso formal, *aberratio ictus* com duplo resultado e *aberratio delicti*.

A distinção entre ambas é sutil, mas, conforme explica José Frederico Marques[216], "existe conexão quando há pluralidade de infrações concomitantemente com pluralidade de agentes; ocorre a continência quando há pluralidade de agentes e unidade de infração, ou unidade de agente em concurso formal de delitos, com unidade, portanto, de ação".

No direito estrangeiro, é possível identificar a existência do instituto da conexão.

Na Espanha, o artigo 17[217] da Ley de Enjuiciamiento Criminal prevê as hipóteses da conexão. Sem embargos de diversas possibilidades, como acontece com a lei

---

[215] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 253.

[216] MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Edição Saraiva, 1953, pág. 285.

[217] Artículo 17. 1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa. No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso. 2. A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos: 1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas. 2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares

brasileira, será analisada, em momento oportuno, a hipótese dos crimes cometidos por duas ou mais pessoas.

Em Portugal, o Código de Processo também prevê que a figura da conexão, em várias situações[218], destacando a hipótese de crime cometido por mais de um agente.

Na Itália, o artigo 12[219], do Código de Processo Penal italiano elenca os casos de conexão, verificando-se, também, a hipótese de conexão em razão do concurso de agentes, além de outras.

Na França, existe previsão legal do instituto da conexão no art. 203[220], do Código de Processo Penal francês, no caso de concurso de pessoas, entre outros. Porém, a doutrina destaca que os casos elencados no artigo são exemplificativos, uma vez que o juiz tem o poder de decidir se os casos tem relação e são análogos aos exemplos fornecidos pela lei, e reconhecer a conexão, desde que o faça de modo fundamentado[221].

---

o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5.º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente. 6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos. 3. Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

[218] Artigo 24.º Casos de conexão. 1 – Há conexão de processos quando: a) O mesmo agente tiver cometido vários crimes através da mesma acção ou omissão; b) O mesmo agente tiver cometido vários crimes, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar os outros; c) O mesmo crime tiver sido cometido por vários agentes em comparticipação; d) Vários agentes tiverem cometido diversos crimes em comparticipação, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar os outros; ou e) Vários agentes tiverem cometido diversos crimes reciprocamente na mesma ocasião ou lugar. 2 - A conexão só opera relativamente aos processos que se encontrarem simultaneamente na fase de inquérito, de instrução ou de julgamento.

[219] Art. 12. Casi di connessione. 1. Si ha connessione di procedimenti: a) se il reato per cui si procede è stato commesso da più persone in concorso o cooperazione fra loro, o se più persone con condotte indipendenti hanno determinato l'evento; b) se una persona è imputata di più reati commessi con una sola azione od omissione ovvero con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso; c) se dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri.

[220] Article 203. Les infractions sont connexes soit lorsqu'elles ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'elles ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les unes pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité, soit lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ont été, en tout ou partie, recelées.

[221] De acordo com Bernard Bouloc, “L´énumération de l´article 203 n´est pas limitative; la connexité s´étend aux cas dans lesquels il existe des rapports étroits analogues à ceux que la loi a spécialement prévus, à condition que le juge en justifie. Le lien de connexité survit à l´extinction de l´áction publique résultant du

O Código de Processo Penal alemão (Strafprozessordnung – StPO), em seu § 3[222], estabelece os casos de conexão, como os crimes praticados por mais de um agente.

Por fim, o Código de Procedimiento Penal da Colômbia também prevê várias hipóteses de conexão, em seu artigo 51[223], dentre elas, o concurso de agentes.

Conforme demonstrado, instituto da conexão é comum nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Assim, poderá servir de instrumento de comparação ou de solução para os casso de prerrogativa de função envolvendo agentes que não detém tal prerrogativa.

4.1.2. Reunião de processos e prorrogação de competência

O efeito prático de reconhecer a incidência dos institutos da conexão e continência é a reunião de processos para que o magistrado profira um único julgamento (*simultaneus processus*). Nesse sentido, o art. 79, do CPP, é taxativo ao estabelecer a obrigatoriedade de o juiz reunir os processos, eliminando-se qualquer faculdade nesse sentido.

---

décès d´un inculpé en cours d´information. Il autorise une extension aux autres faits de l´effet interruptif de la prescription attaché aux actes accomplis pour la poursuite de l´un d´eux. Il permet aussi le prononcé d´une condamnation solidaire au paiement des dommages-intérêts" (BOULOC, Bernard. *Procédure pénale.* 26 édition. Paris: Dalloz, 2018, pág. 618).

[222] Section 3 [Definition of Connection] Cases shall be deemed to be connected when one person is accused of more than one criminal offence or if, in the case of one offence, more than one person is charged as perpetrator, inciter, or accessory before, or after, the fact, or charged with obstruction of justice or handling stolen goods.

[223] Artículo 51. Conexidad. Al formular la acusación el fiscal podrá solicitar al juez de conocimiento que se decrete la conexidad cuando: 1. El delito haya sido cometido en coparticipación criminal. 2. Se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar. 3. Se impute a una persona la comisión de varios delitos, cuando unos se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros; o con ocasión o como consecuencia de otro. 4. Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra. Parágrafo. La defensa en la audiencia preparatoria podrá solicitar se decrete la conexidad invocando alguna de las causales anteriores.

No mesmo sentido, os artigos 16[224] e 18[225] da Ley de Enjuiciamiento Criminal, na Espanha, determinam a reunião de processos, havendo modificação de competência[226].

Ainda, o Código de Processo Penal português, em seu artigo 29[227], prevê a unidade de processos[228].

O Código de Processo Penal italiano, em seu artigo 17, elenca as hipóteses de reunião de processos[229].

---

[224] Artículo 16. La jurisdicción ordinaria será la competente para juzgar a los reos de delitos conexos, siempre que alguno esté sujeto a ella, aun cuando los demás sean aforados. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las excepciones expresamente consignadas en este Código o en Leyes especiales, y singularmente en las Leyes penales de Guerra y Marina, respecto a determinados delitos.

[225] Artículo 18. 1. Son Jueces y Tribunales competentes, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos: 1.º El del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada pena mayor. 2.º El que primero comenzare la causa en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena. 3.º El que la Audiencia de lo criminal o el Tribunal Supremo en sus casos respectivos designen, cuando las causas hubieren empezado al mismo tiempo, o no conste cuál comenzó primero. 2. No obstante lo anterior, será competente para conocer de los delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubiera precedido concierto para ello, con preferencia a los indicados en el apartado anterior, el juez o tribunal del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hubieren cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial.

[226] Segundo Jordi Nieva Fenoll e Llorenç Bujosa Vadell, "Por último, la *competencia por conexión* permite la investigación y enjuiciamiento de distintos delitos en un solo proceso. En efecto, la existencia de vínculos entre distintos hechos delictivos – ya sea por motivos subjetivos u objetivos – faculta a la acumulatión de los distintos delitos en una única causa. La conexidad implica la alteración de las reglas de competencia, permitiendo que el conocimiento de los delitos conexos pueda atribuirse a Juzgados y Tribunales objetiva y territorialmente no competentes, sin que ello comprometa la competencia de éstos ni la validez de las actuaciones" (FENOLL, Jordi Nieva; VADELL, Llorenç Bujosa. *Nociones premilinares de Derecho Procesal* Penal. Barcelona: Atelier, 2016, p. 36/37).

[227] Artigo 29.º Unidade e apensação dos processos. 1 - Para todos os crimes determinantes de uma conexão, nos termos das disposições anteriores, organiza-se um só processo. 2 - Se tiverem já sido instaurados processos distintos, logo que a conexão for reconhecida procede-se à apensação de todos àquele que respeitar ao crime determinante da competência por conexão.

[228] Segundo Paulo de Sousa Mendes, "Um crime praticado por um único agente dá lugar a um processo-crime. Pela lógica, vários crimes (concurso de crimes) ou vários agentes (comparticipação criminosa) daria lugar a vários processos-crime, mas é fácil ver que, nesses e noutros casos afins (art. 24.º), justificar-se-á o processamento criminoso. Dessa forma consegue-se obter alguma economia na produção de prova, evita-se a multiplicação de diligências de obtenção de prova (o que é importante não só na mira de racionalização dos gastos da administração da justiça, mas também na perspectiva do menor incómodo possível para as testemunhas), previne-se a contradição de julgados, facilita-se a atribuição de uma pena única ao mesmo agente nas situações de concurso de crimes (sem prejuízo de a pena única ter de ser aplicada também na falta de processamento conjunto, neste caso sendo aplicada pelo tribunal da última condenação, nos termos dos arts. 77.º e 78.º do CP), etc. Nesses casos, organizar-se-á, portanto, um só processo para uma pluralidade de crimes ou de responsabilidades criminais (art. 29.º, n.º 1)" (MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. 4ª reimpressão da edição de setembro de 2013. Coimbra: Almedina, 2017, pág. 112).

[229] Art. 17. Riunione di processi. 1. La riunione di processi pendenti nello stesso stato e grado davanti al medesimo giudice può essere disposta quando non determini un ritardo nella definizione degli stessi: a) nei casi previsti dall'articolo 12; b) (…); c) nei casi previsti dall'articolo 371, comma 2, lettera b). 1-bis. Se alcuni dei processi pendono davanti al tribunale collegiale ed altri davanti al tribunale monocratico, la

Na França, a solução trazida foi a unidade de processos. Todavia, não há previsão legal expressa. A jurisprudência e a doutrina francesa são firmes no sentido de que, havendo caso em que um único crime foi cometido por várias pessoas, deverão coautores ou cúmplices serem julgados pelo mesmo tribunal porque existe um vínculo natural entre suas ações. Porém, é importante observar que a conexão, por si só, não gera a reunião de processos[230].

Quanto às hipóteses de conexão, estabelece o § 2, 1[231], do Código de Processo Penal alemão, que a regra também será a reunião de processos. Porém, assim como no caso da França, a jurisprudência do Tribunal Supremo Federal alemão é no sentido de que a conexão não gera, automaticamente, a unidade de processos, havendo discricionariedade judicial para tanto[232].

---

riunione è disposta davanti al tribunale in composizione collegiale. Tale composizione resta ferma anche nel caso di successiva separazione dei processi.

[230] De acordo com Bernard Bouloc, "À côte de la connexité seule prévue par la loi, la jurisprudence admet en effet depuis longtemps que l´indivisibilitté - qui suppose entre les faits délictueux une relation plus étroite encore que celle qui résulte de la connexité - entraîne obligatoirement la jonction des procédures devant un seul et même tribunal. Tous les auteurs sont d´accord pour admettre qu´il y a indivisibilité lorsqu´une infraction unique a été commise par plusieurs personnes, soit comme coauteurs, soit comme complices. L´unité d´infraction entraîne l´indivisibilité du procès pénal entre les différents agents; ils sont tous jugés par le même tribunal car il existe un lien naturel entre leurs actes. Et même, bien que l´indivisibilité ne tienne plus à la nature des choses, certains l´admettent en cas d´unité d´agent, lorsque ce dernier a commis plusieurs infractions, liées entre elles par une unité de dessein (faux réalisé pour commettre une escroquerie) ou dont l´une constitue une circonstance aggravante de l´adutre (usage de fausses clefs en vue d´un vol). Du moment qu´il existe entre ces infractions des rapports étroits, elles doivent être jugées esemble. Il en est de même lorsque l´existence des autres. Mais la jonction des procédures, simplement facultative en cas de connexité, et obligatoire en cas d´indivisibilité, n´entraîne pas toujours une dérogation aux règles normales de compétence. Si par exemple un vol commis par an auteur principal et un complice (indivisibilité) est soumis au juge d´instruction et au tribunal correctionnel dans le resort territorial desquels il a été commis, il n´y a aucune dérogation aux règles de compétence matérielle et territorieale. De même, si deux délits connexs (vol et recel) commis dans le ressort du même tribunal, sont jugés par ce même tribunal correctionnel, il n´y a aucune prorogation de compétence. Il en est autrement lorsque par suite de l´indivisibilité ou de la connexité, des faits de nature différente (crimes, délits, contraventions) ou des faits justiciables, les uns des juridictions d´exception, les autres des juridictions de droit commun, ou des faits de même nature commis en des lieux différents, sont soumis à la même juridiction. Il y a alors prorogation de la compétence ratione materiae, ratione personae, ou ratione loci de la juridiction saise" (BOULOC, Bernard. *Procédure pénale*. 26 édition. Paris: Dalloz, 2018, págs. 618/619).

[231] § 2º, (1) Connected criminal cases, which individually would fall within the jurisdiction of courts of different rank, may be tried jointly by the court of superior jurisdiction. Connected criminal cases of which individual cases would fall within the jurisdiction of particular criminal divisions pursuant to section 74 subsection (2) and sections 74a and 74c of the Courts Constitution Act may be tried jointly by the criminal division which enjoys precedence pursuant to section 74e of the Courts Constitution Act.

[232] De acordo com Claus Roxin e Bernd Schünemann, "Los casos importantes em la práctica son los siguientes: alguien ha cometido um robo agravado (competencia normal: Gran Cámara Penal) y un hurto simple (competencia: Juez penal). O alguien a través de un encubrimiento personal (competencia normal: Tribunal de escabinos) ha impedido la condena de un asesino (competencia: Tribunal de jurados). Los casos de esta naturaleza se pueden conectar desde el primer momento por la fiscália, en la medida que ella interponga una acusación común ante el tribunal de mayor rango (§ 2 I). Em el caso que la fiscalía omita esto e interponga para cada caso una acción aislada, el tribunal de mayor jerarquía a través de un auto todavía puede realizar la conexión (§ 4 I, II, 1), mas no por acuerdo de los tribunales intervenientes (BGH NStZ

Por fim, o Código de Processo Penal colombiano, em seu artigo 50[233], também determinada a unidade de processos, como regra, nos casos de conexão.

Conforme demonstrado, todos os ordenamentos jurídicos que preveem a conexão também preveem a unidade de processos como regra. E em todos eles os argumentos são os mesmos, como economia processual, evitar decisões conflitantes, facilidade de colheita de prova, dentre outros argumentos.

No Brasil, o artigo 82, do Código de Processo Penal estabelece que se forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes.

Todavia, estabelece um marco temporal: se já estiverem com sentença definitiva, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas.

A doutrina nacional tem entendido que sentença definitiva é a sentença de primeiro grau, ainda que penda de recurso[234]. O próprio artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal, ao prever a possibilidade de hipóteses de cabimento de recurso de apelação, usa a expressão "sentença definitiva"[235]. Além disso, seria impensável um juiz substituir a

---

1996, 47). En ello, el tribunal actúa discrecionalmente (BGHSt 18, 238; BGHSt 45, 342, 351). Incluso, este se puede realizar duspués del inicio del juicio oral, en donde, no obstante, naturalmente, contra un co-acusado que ha llegado recién a través de ello, no se puede valorar ningún material del proceso derivado del juicio oral, que ha sido llevado a cabo todavía sin su intervención (BGH, en lugar citado). También, el tribunal (con mayor rango), en cualquier momento, puede volver a ordenar la *separación* de los procesos conexos, sin embargo, luego de ello, queda competente para ambos procesos (BGHSt 47, 116)" (ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho procesal* penal – 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Didot, 2019, págs. 104/105).

[233] Artículo 50. Unidad procesal. Por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales. Los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales.

[234] Nesse sentido, DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Para os autores, "A avocação e unificação dos processos tem por finalidade a unicidade de julgamento e a adequada aplicação da pena privativa de liberdade. Se, porém, um dos juízes já proferiu sua sentença, o outro não poderá modificar seu pronunciamento. Os processos seguirão separadamente e, quando já se houver operado, em ambos os casos, o trânsito em julgado, o juiz competente procederá à unificação de penas" (DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 280).

[235] Segundo Guilherme de Souza Nucci, ao discorrer sobre sentença definitiva, "é a decisão de mérito, que comporta apelação, pois encerrou, em primeiro grau, o litígio. Não se deve ver nessa expressão a sentença *com trânsito em julgado*. A finalidade é diferenciar a sentença definitiva, que delibera sobre o mérito da pretensão punitiva estatal, daquela que decide somente uma fase do processo, como ocorre com a decisão de pronúncia (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14 ed. rev., atual. e

decisão de outro quando já proferida. Ora, somente o tribunal tem competência funcional para tanto.

Por exemplo, se um processo tramita perante a comarca A e um outro perante a comarca B, poderá haver avocação se não houver sentença de mérito em um deles. Havendo sentença de mérito, não se pode mais falar em avocação.

Ainda, seria mais absurdo pensar que, havendo sentença de mérito e pendente de recurso, poderia outro juiz avocar o processo que já houve sentença e modifica-la, em nome da unidade de julgamento.

Logo, impossível pensar de modo diverso.

Nesse sentido, no campo do Direito Processual Civil, foi editada a Súmula 235, do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado".

Porém, tal interpretação não está livre de críticas.

Para Gustavo Badaró, deve haver uma diferenciação entre unidade processual e prorrogação da competência. Segundo o referido autor, sentença definitiva somente pode ser interpretada como sentença transitada em julgado. Isso porque se considerar sentença definitiva como de primeiro grau poderia gerar uma manipulação nos critérios de competência, *ex post factum*. O doutrinador cita o exemplo de o Ministério Público Federal, deliberadamente, querer escolher o juiz natural em um caso em que há crime de corrupção no Rio de Janeiro e lavagem de dinheiro em São Paulo. Assim, poderia o Ministério Público oferecer denúncia apenas quanto a um crime e esperar a sentença de primeiro grau para oferecer a denúncia quanto ao outro crime. Nesse caso, haveria burla ao juiz natural, pois os fatos eram conexos e deveriam ser julgados por um único juiz. Ainda, há uma razão prática para entender sentença definitiva como transitada em julgada: se um processo tramita perante o foro prevalente e o réu argui exceção de incompetência perante o juiz que teve sua esfera da atuação diminuída e ele não acolhe tal pretensão, não há recurso para tanto. Assim,

---

ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 263). No mesmo sentido, LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal: volume único*. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 589.

tal questão somente poderia ser levantada em preliminar de apelação. Logo, o juiz de primeiro grau teria um poder de violar as regras de conexão e continência e, mesmo invocada a questão em sede de preliminar de apelação, o tribunal não poderia conhecer a matéria por perda do objeto, uma vez que não seria possível alterar a competência depois de proferida a sentença de primeiro grau[236].

Por fim, se já houver sentença definitiva, a unidade dos processos somente ocorrerá para efeito de soma ou de unificação de penas (art. 82, parte final, do CPP), o que ficará a cargo do juiz da execução penal (art. 66, III, "a", da Lei 7.210/84).

Vale ressaltar que, se o juiz avocado não entregar os autos, estará caracterizado o conflito positivo de competência (art. 114, inciso II, do CPP).

4.1.3. A separação obrigatória dos processos

O artigo 79, do CPP, impõe algumas hipóteses de separação obrigatória dos processos. Significa dizer que, apesar de os crimes serem conexos ou continentes, não será uma única justiça competente para julgá-los, fazendo com que existam dois processos para julgar o fato em tela.

O artigo citado aduz que haverá separação obrigatória de processos nos casos de concurso entre a jurisdição militar e a comum (art. 79, inciso I, do CPP) e no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores (art. 79, inciso II, do CPP).

Observe-se, porém, que, em se tratando de regras de competência previstas na Constituição Federal, haverá a cisão de processo. Essas hipóteses, envolvendo agentes detentores de foro por prerrogativa de função, serão estudadas a seguir, em tópicos separados.

Ainda, no Código de Processo Penal, existem outras hipóteses de separação obrigatória de processos, como, por exemplo, no caso de doença mental superveniente ao

---

[236] BADARÓ, Gustavo Henrique. *A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 122, p. 171-204, ago. 2016.

crime (art. 79, § 1º, do CPP), ou pela citação de um dos corréus, quando ele não comparecer e não constituir defensor (art. 366, do CPP). Porém, não serão estudadas, em virtude da impertinência com o tema da dissertação.

Na doutrina estrangeira, o Código de Processo Penal português estabelece a cisão obrigatório de processos no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores, de acordo com o artigo 26[237].

Ainda, a legislação esparsa portuguesa traz uma regra especial nos casos de crime de responsabilidade, nos termos do artigo 42, da Lei nº 34/87, em que haverá separação obrigatória de processos de coautores que sejam titulares de cargos políticos e aqueles que não sejam titulares de cargos políticos, não se aplicando as regras de conexão.

Na Itália, o artigo 18[238] do Código de Processo Penal italiano elenca as hipóteses de separação obrigatória de processos. Apesar de as hipóteses de separação serem obrigatórias, o artigo 19[239] do referido Código estabelece que o juiz deve ouvir as partes. Durante a fase investigativa, o legislador tende a garantir o tratamento unitário do procedimento. Após o início do processo, o código oscila entre a necessidade de eficiência na unidade do processo e na garantia de separá-los. Porém, quando houver a necessidade de separação pela eficiência, o juiz é obrigado a fazê-lo. O único limite é a necessidade de se

---

[237] Artigo 26.º - A conexão não opera entre processos que sejam e processos que não sejam da competência de tribunais de menores.

[238] Art. 18. Separazione di processi. 1. La separazione di processi è disposta, salvo che il giudice ritenga la riunione assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti: a) se, nell'udienza preliminare, nei confronti di uno o più imputati o per una o più imputazioni è possibile pervenire prontamente alla decisione, mentre nei confronti di altri imputati o per altre imputazioni è necessario acquisire ulteriori informazioni a norma dell'articolo 422; b) se nei confronti di uno o più imputati o per una o più imputazioni è stata ordinata la sospensione del procedimento; c) se uno o più imputati non sono comparsi al dibattimento per nullità dell'atto di citazione o della sua notificazione, per legittimo impedimento o per mancata conoscenza incolpevole dell'atto di citazione; d) se uno o più difensori di imputati non sono comparsi al dibattimento per mancato avviso ovvero per legittimo impedimento; e) se nei confronti di uno o più imputati o per una o più imputazioni l'istruzione dibattimentale risulta conclusa, mentre nei confronti di altri imputati o per altre imputazioni è necessario il compimento di ulteriori atti che non consentono di pervenire prontamente alla decisione; e-bis) se uno o più imputati dei reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), è prossimo ad essere rimesso in libertà per scadenza dei termini per la mancanza di altri titoli di detenzione. 2. Fuori dei casi previsti dal comma 1, la separazione può essere altresì disposta, sull'accordo delle parti, qualora il giudice la ritenga utile ai fini della speditezza del processo.

[239] Art. 19. Provvedimenti sulla riunione e separazione. 1. La riunione e la separazione di processi sono disposte con ordinanza, anche di ufficio, sentite le parti.

apurar em conjunto mais crimes, o que impossibilita a separação de processos, de acordo com o art. 18, comma 1, do Código de Processo Penal italiano[240].

Na Colômbia, o artigo 53[241], da Ley 906/2004, estabelece as hipóteses de separação obrigatória de processos, dentre elas, o inciso I, quando houver uma pessoa com foro por prerrogativa de função legal ou constitucional[242].

No caso de um congressista, a ruptura processual ocorre porque o parlamentar só pode ser investigado pelo *Fiscalía General de la Nación*. Assim, somente a lei poderia

---

[240] Segundo Paolo Tonini, "La separazione dei procedimenti. L´esigenza di riunire i procedimenti si scontra con un´altra di segno opposto, che tende a terneli separati. È un´esigenza ricollegabile al sistema accusatorio, che tende ad assicurare un solo imputato in un singolo procedimento. La finalità è chiara: si ritiene che in tal modo sia possibile garantire la miglore difesa dell´imputato stesso. La normativa prevista dal codice risente di questo constrato di esigenze. Dato che vi è una naturale tendenza del giudice a riunire i procedimenti connessi utilizzando il potere discrezionale concessolgli dall´art. 17, il codice pone il dovere di separate i procedimenti, che scatta in presenza di determinate ipotesi previste dall´art. 18. (...) Il provvedimento del giudice. Nonostante la presenza di ipotesi di separazione obbligatoria, il giudice può ritenere la riunione <assolutamente necessaria per l´accertamento dei fatti> (art. 18, comma 1). In tal modo riappare un aspetto di discrezionalità, che è bilanciato dal contraddittorio delle parti: ai sensi dell´art. 19, la riunione e la separazione dei processi sono disposte con ordinanza dal giudice acnhe d´ufficio, ma con il limite che devono esse "sentire le parti". Il congiunto operare delle regole sopra richiamate consente di tracciare un quadro sintetico. Durante la fase delle indagini la tendenza del legislatore è quella di assicurare la trattazione unitaria dei procedimenti connessi; viceversa, dopo l´esercizio dell´azione penale il codice oscilla tra l´esigenza efficientista di riunire i procedimenti e quella garantista di separarli. Ma quando in concreto la separazione adempie anche ad esigenza di efficienza (poiché assicura la speditezza del procedimento), allora il giudice è tenuto a disporla; l´unico limite è la "necessità" di accertare congiuntamente più reati, che rende impossibile la separazione (art. 18, comma 1) (TONINI, Paolo, *Lineamenti di Diritto Processuale* Penal. Quattordicesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2016, p. 87/88).

[241] Artículo 53. Ruptura de la Unidad Procesal. Además de lo previsto en otras disposiciones, no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos: 1. Cuando en la comisión del delito intervenga una persona para cuyo juzgamiento exista fuero constitucional o legal que implique cambio de competencia o que esté atribuido a una jurisdicción especial. 2. Cuando se decrete nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite con relación a uno de los acusados o de delitos. 3. Cuando no se haya proferido para todos los delitos o para todos los procesados decisión que anticipadamente ponga fin al proceso. 4. Cuando la terminación del proceso sea producto de la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa o del principio de oportunidad y no comprenda a todos los delitos o a todos los acusados. 5. Cuando en el juzgamiento las pruebas determinen la posible existencia de otro delito, o la vinculación de una persona en calidad de autor o partícipe. Parágrafo. Para los efectos indicados en este artículo se entenderá que el juez penal de circuito especializado es de superior jerarquía respecto del juez de circuito.

[242] Segundo Manuel Fernando Moya Vargas e Carlos Andrés Bernal Castro, referindo-se ao artigo 53, da Ley 906/2004, no tocante aos menores de idade e aos aforados, escalarem que haverá ruptura obrigatória da unidade processual, conforme segue: "(...) Esta disposición señala que cuando exista en el procesamiento contra más de una persona, alguna de las cuales tenga derecho o amparo de fuero subjetivo constitucional o legal, opera la ruptura de la unidad procesal; en consecuencia, el juez al que corresponda por competencia basada en el fuero desplaza a cualquier otro respecto al procesado aforado. Si agregamos la prevalencia del fuero como factor de competencia sobre cualquier otro, sea este material u objetivo, territorial, a prevención, etc., cualquier actuación penal que involucre a un menor es competencia exclusiva y excluyente de los funcionários respectivos y cualquier actividad cumplida por quien carezca de competencia deviene nula" (VARGAS, Manuel Fernando Moya; CASTRO, Carlos Andrés Bernal. *Los menores em el sistema penal colombiano*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015, p. 63/64).

autorizar que um não aforado fosse também investigado pelo *Fiscalía General de la Nación*, já que esta previsão serve apenas para os detentores de foro por prerrogativa de função (aforados)[243].

Quando houver acusados não detentores de foro por prerrogativa de função, serão enviadas cópias para os órgãos judiciais competentes apurarem o fato, de acordo com a competência deles, fazendo com que um único crime, mesmo que conexo, seja julgado por mais de um órgão jurisdicional[244].

4.1.4. A separação facultativa dos processos

Para o desenvolvimento da tese, interessam as hipóteses de separação facultava dos processos.

Estabelece o artigo 80, do Código de Processo Penal, algumas hipóteses de separação facultativa dos processos, dentre elas: a) quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes; b) quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória e c) por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

---

[243] Segundo Fabio Espitia Garzón, "Cuando se investga a un congresista (art. 53 num. 1), pues estos servidores deben ser investigados por la Corte Suprema de Justicia en desarrollo del privilegio constitucional que alude al artículo 186 de la Carta, lo que no ocurre con otros ciudadanos, aforados o no, que solo pueden ser investigados por la Fiscalía General de la Nación. La ruptura se explica, pues el procedimiento natural es de carácter acusatorio y solo por expressa disposición legal o constitucional puede excluirse de este a una persona, y el eventual trámite conjuto retiraría del proceso acusatorio a uno no aforado, cuando la previsión se encuentra solo en relación con el parlamentário" (GARZÓN, Fabio Espitia. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 9 Edición. Bogotá: Legis, 2015, p. 108).

[244] Segundo Fabio Espitia Garzón, "Cuando existe fuero constitucional o legal que implique cambio de competencia (art. 53 num. 1), por lo que si existen sindicados no aforados, pues deben compulsarse copias para que los funcionarios judiciales competentes por la naturaleza del asunto, definan lo atinente en relación con ellos. Esta solución resulta necesaria incluso cuando se investigue un posible prevaricato en una decisión judicial, pues aunque las providencias de primera y segunda instancia son un acto integral de determinación judicial y por ende existe conexidad, el posible delito está sometido a diversos fueros (los magistrados tienen fuero de investigación ate el Fiscal General de la Nación y de juzgamiento ante la Corte Suprema de Justicia, y el juez tiene fuero de juzgamiento ante el tribunal superior). Las mismas conclusiones se imponem cuando se trata de un delito por el cual la persona está amparada con fuero legal pleno ante la Corte Suprema de Justicia (art. 32 num. 9), fuero constitucional funcional ante la Corte Suprema de Justicia (art. 235 nums. 3, 4 y par. C.N. en conc. con el art. 32, nums. 6, 7 y par.), fuero legal funcional ante la Corte Suprema de Justicia (art. 32, nums. 6, 7 y par.) o fuero legal (funcional) ante el tribunal superior (arts. 33 num. 2 y 34 num. 2) y se le debe imputar a su vez otro delito conexo pero de competencia de la justicia especializada" (GARZÓN, Fabio Espitia. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 9ª Edición. Bogotá: Legis, 2015, pág. 108).

Nos casos acima elencados, observa-se que a opção legislativa decorreu no sentido de que, apesar de ocorrer as hipóteses de conexão e continência, em razão das circunstâncias do caso concreto, o juiz possa separar os processos visando a melhor apuração dos fatos ou a celeridade processual. Quem decide se os processos se separam ou não é o magistrado.

Todavia, como é sabido, as regras de competência criminal são previamente fixadas em lei. Não há espaço para o juiz, decidir de acordo com suas convicções, se os processos devem ou não se separar. Observe-se que se trata de cláusula totalmente aberta, sem qualquer opção legislativa que assegure minimamente reconhecer os casos em que haverá separação dos processos. Deixando-se margem à discricionariedade, há clara violação ao princípio do juiz natural, o qual, inclusive, poderá ser modificado *ex post facto*.

Ainda não é possível identificar o que significa motivo[245] relevante e muito menos o que é conveniente para a instrução criminal[246]. Além disso, a lei também não aponta qual o número de réus seria excessivo a ponto de autorizar a separação facultativa dos processos.

É preciso registrar que esse não é um problema exclusivo do ordenamento jurídico nacional.

---

[245] Para Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, dois exemplos de motivo relevante seriam: a) o fato de um dos coautores for menor de 21 anos de idade, já que teria o prazo prescricional reduzido pela metade ou b) se um dos crimes imputados tiver prazo prescricional menor (DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 278). Com todo respeito, é impossível concordar com os autores. Isso porque não se pode estabelecer um critério casuístico para determinar hipóteses de modificação de competência, conforme já explanado.

[246] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 256/257. Todavia, para Guilherme de Souza Nucci, "andou bem a lei ao preceituar que fica a critério do juiz a separação dos processos, por qualquer *motivo relevante*, impossível de ser previsto prévia e expressamente em lei, mas que pode conturbar mais do que auxiliar na produção de provas. (...) um processo, com inúmeros réus, pode arrastar-se por anos, sem vantagem alguma para o contexto probatório. Por outro lado, outras razões podem levar à separação dos feitos, como a necessidade de produção de determinada prova, que somente interessa a um dos réus. Ilustrando: um acusado por ter arrolado uma testemunha de antecedentes, que considere de suma importância para sua defesa, embora os corréus não tenham o menor interesse em aguardar o extenso período para que ela seja ouvida. Há pessoas, acusadas da prática de crimes, que desejam um julgamento rápido, até mesmo para atingirem mais rapidamente a absolvição. Por outro lado, pode estar próximo da prescrição, de modo que a prova interessante somente para um réu, deferida pelo juiz, por não ter a menor importância para outros, razão pela qual, se impõe, por motivo relevante a separação. Lembremos que a decisão acerca da separação é *facultativa*. Pode concernir ao magistrado condutor do feito ou ao órgão colegiado, em caso de competência originária" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 258).

Na Espanha, o artigo 17.1[247], da Ley de Enjuiciamiento Criminal estabelece a possibilidade de julgamentos separados quando a causa envolver excessiva complexidade ou dilação para o processo. No mesmo sentido, o artigo 762.6[248] estabelece que o julgador poderá separar os processos, nos casos de crimes conexos, em caso de existência de elementos para julgá-los com independência, formando-se peças separadas, com o objetivo de simplificar o procedimento.

Em Portugal, o artigo 30[249], do Código de Processo Penal português elenca uma série de hipóteses de separação facultativa de processos.

No que se refere aos casos de conexão e continência envolvendo foro por prerrogativa de função, o tema será abordado no tópico da definição do foro prevalente.

---

[247] Artículo 17.1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa. No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

[248] Artículo 762. Los Jueces y Tribunales observarán en la tramitación de las causas a que se refiere este Título las siguientes reglas: 6.ª Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los encausados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento.

[249] Artigo 30.º - Separação dos processos. 1 - Oficiosamente, ou a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou do lesado, o tribunal faz cessar a conexão e ordena a separação de algum ou alguns processos sempre que: a) Houver na separação um interesse ponderoso e atendível de qualquer arguido, nomeadamente no não prolongamento da prisão preventiva; b) A conexão puder representar um grave risco para a pretensão punitiva do Estado, para o interesse do ofendido ou do lesado; c) A conexão puder retardar excessivamente o julgamento de qualquer dos arguidos; ou d) Houver declaração de contumácia, ou o julgamento decorrer na ausência de um ou alguns dos arguidos e o tribunal tiver como mais conveniente a separação de processos. 2 - A requerimento de algum ou alguns dos arguidos, o tribunal pode ainda tomar a providência referida no número anterior quando outro ou outros dos arguidos tiverem requerido a intervenção do júri. 3 - O requerimento referido na primeira parte do número anterior tem lugar nos oito dias posteriores à notificação do despacho que tiver admitido a intervenção do júri.

5. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, CONEXÃO E CONTINÊNCIA

De acordo com tudo que foi exposto, observa-se que a problemática envolvendo as regras de competência apresenta inúmeras vertentes. Isso porque o Código de Processo Penal apresenta várias regras, bem como o Brasil optou pela criação de justiças comuns e especializadas. Assim, por óbvio, em vários casos existe conflito entre os juízes competentes, procurando o ordenamento jurídico dirimi-los.

No que toca ao presente trabalho, serão exploradas, a partir deste momento, as regras de foro por prerrogativa de função, conexão e continência quando presentes no mesmo fato criminoso.

5.1. Definição do foro prevalente

Reconhecida a existência de conexão ou continência, a consequência será a reunião de processos. Todavia, deve-se analisar quem é o juiz competente para a realização do julgamento.

Estabelece o artigo 78, do Código de Processo Penal, alguns critérios para a determinação do foro prevalente, dentre eles o foro de maior graduação (art. 78, inciso III, do Código de Processo Penal).

5.1.1. A problemática envolvendo o foro de maior graduação

Para o presente trabalho, interessa o aprofundamento da regra prevista no art. 78, inciso III, do Código de Processo Penal. Tal dispositivo legal prevê que, “no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação”.

Logo, se um crime for praticado em concurso de agentes, em que um deles é detentor de foro por prerrogativa de função e outro não, a lei diz que o juiz competente para o julgamento é o de maior graduação. Ex: um Promotor de Justiça (detém foro por prerrogativa de função, sendo o juiz competente para julgá-lo o Tribunal de Justiça do Estado

pelo qual integra o Ministério Público) pratica um crime de lesão corporal juntamente com um corréu que não detém foro por prerrogativa de função. Nesse caso, segundo a regra descrita no art. 78, inciso III, do CPP, ambos deverão ser julgados pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça ao qual o membro do Ministério Público integra tal órgão.

À primeira vista, o Código de Processo Penal estabeleceu uma regra correta, uma vez que não seria o caso de cindir os processos, nem o caso de o juiz de primeiro grau julgar ambos os réus[250].

Diante desse quadro, o Supremo Tribunal Federal sempre entendeu que o Código de Processo Penal resolvia a questão colocada em tela. Assim, editou a Súmula 704, que diz "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".

Todavia, existiam inúmeras ações penais no Supremo Tribunal Federal em que, com fulcro no artigo 80, do Código de Processo Penal, era declarada a separação dos processos, não havendo nenhum indicativo de que a regra de competência era clara no sentido de pré-determinar o juiz competente para o julgamento do fato criminoso, como a seguir podem ser vistas, em alguns exemplos:

a) No Inquérito 517-QO/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, julgado em 08/10/1992, o Pretório decidiu pelo desmembramento do feito, pois o fato praticado por um deputado federal não apresentava vínculo de conexão com os demais investigados.

b) Já no Inquérito 559-QO/MG, também relatado pelo Min. Octávio Gallotti, e julgado em 09/12/1992, a Corte Maior decidiu pela necessidade de cisão do processo porque era necessária a licença da Câmara dos Deputados para o seu prosseguimento em relação a um dos réus e era conveniente a aplicação da regra descrita no artigo 80 do Código de Processo Penal.

---

[250] Neste caso, entende Gustavo Badaró que não há violação às regras de competência, uma vez que a competência do juiz de primeiro grau não foi fixada na Constituição Federal. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 259.

c) Por sua vez, no Inquérito 1871-QO/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, o Supremo decidiu pelo desmembramento do processo porque a apuração de crimes distintos, envolvendo réus juízes de tribunais diversos e pessoas não detentoras de foro de prerrogativa de função, sem qualquer liame, recomendava-se a cisão dos autos.

d) Em relação ao Inquérito 336-AgR/TO, Rel. Min. Carlos Velloso, foi decidido pelo Pretório Excelso que, como apenas um réu tinha foro por prerrogativa e inúmeros outros não gozavam da mesma regra processual, não era razoável o prosseguimento do feito em conjunto, devendo a instrução penal ser feita na Suprema Corte em relação à apenas ao réu em que competia a ela julgá-lo.

e) Por outro lado, no julgamento do Inquérito 2.051-AgR/TO, Rel. Min. Ellen Gracie, determinou-se o desmembramento pela quantidade de investigados e dificuldade de realizar a instrução pelo Supremo Tribunal Federal.

f) Ainda, outras vezes deixou-se de determinar o desmembramento do feito, como na Ação Penal 307-QO-QO/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, pois presente o fenômeno da conexão e continência.

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal se utilizou do critério do número excessivo de réus. Havendo um número expressivo, o tribunal determinava a separação do processo, permanecendo apenas na sua competência para julgamento os réus detentores de prerrogativa de função naquela corte. Porém, a regra observada era a unidade de processos. As decisões mais antigas remontam para o não desmembramento do feito.

Um dos casos emblemáticos decididos pelo Supremo Tribunal Federal foi a Questão de Ordem na Questão de Ordem do Inquérito nº 2245/MG. O caso concreto envolveu 40 réus, sendo que apenas seis deles detinham foro por prerrogativa de função.

O Procurador-Geral da República ofereceu denúncia contra todos os réus, perante o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que inequivocamente estava presente a conexão, nas três hipóteses descritas no artigo 76, do Código de Processo Penal, sendo que o fracionamento provocaria sérios riscos para a completa compreensão dos fatos.

Destacou, todavia, que conhecia que o Supremo Tribunal Federal, em hipótese semelhantes, se manifestava pelo desmembramento do feito, apontado vários precedentes.

O Ministro Joaquim Barbosa, relator, propôs o desmembramento do feito, utilizando-se do argumento da razoável duração do processo, conforme dispõe o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, bem como que o artigo 80, do Código de Processo Penal, autorizaria tal solução, trazendo como motivo relevante a dificuldade do tribunal dar uma resposta célere aos fatos.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que todos os réus deveriam ser julgados pela corte, afastando-se o critério subjetivo (número excessivo de réus) e utilizando-se de um objetivo, que é a relação imbrincada das condutas criminosas, apesar de ter sido reconhecida sua inutilidade, uma vez que o caso concreto apresentava complexidade[251].

Porém, compulsando o acórdão que decidiu a Questão de Ordem na Questão de Ordem do Inquérito nº 2245/MG, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se somente sobre a conveniência ou não do desmembramento do feito, discutindo a regra inscrita no artigo 80, do Código de Processo Penal. Apenas o Ministro Ricardo Lewandowski observou a taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal definida na Constituição, sendo acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio, tendo todos os outros ministros decidido pela preclusão da matéria e aplicação da Súmula nº 704, do STF.

O Inquérito 2245/MG embasou a Ação Penal nº 470/MG. Então, em questão de ordem[252] levantada no início do julgamento do mérito da ação penal, a matéria foi

---

[251] "EMENTA: 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" (Inq. 2245 QO-QO/MG, Relator Min. Joaquim Barbosa, STF, pleno, julgado em 06.12.2006, publicado em 09.11.2007).

[252] O Supremo Tribunal Federal não julgou novamente a questão em separado. Assim, não houve a publicação de um acórdão tratando apenas dessa questão de ordem, a qual sequer foi numerada. A questão foi resolvida no próprio acórdão que publicou o julgamento da Ação Penal nº 470/MG, que conta com 8.405 páginas. A ementa do acórdão apenas menciona que a questão de ordem sobre o desmembramento do feito não foi acolhida. Desse modo, a fim de preservar o leitor de tópicos impertinentes, não foi reproduzida a ementa e apenas foram mencionados os argumentos utilizados pelos ministros.

novamente debatida. O Ministro Ricardo Lewandowski apresentou extenso voto, elencando, em síntese, os seguintes argumentos favoráveis ao desmembramento do feito: a) a questão da interpretação restritiva das normas constitucionais de competência, somente podendo ser reconhecida em casos taxativamente enumerados na Constituição Federal; b) o critério casuístico de desmembramento do feito, com base no artigo 80, do Código de Processo Penal, repousando os argumentos em critérios de ordem pragmática; c) a prorrogação da competência, em razão da conexão e da continência, só são aplicáveis ao juízo comum ou tribunais inferiores em sentido horizontal, jamais na linha vertical; d) o risco de decisões conflitantes não pode ser utilizado como argumento para unidade processual, pois tornaria a regra do artigo 80, do Código de Processo Penal obrigatória e não facultativa; e) não recepção do artigo 78, inciso III, do CPP, quanto ao concurso de jurisdições, em que prevalecerá a de maior graduação, notadamente nos casos em que a competência jurisdicional estiver taxativamente prevista na Constituição Federal; f) a violação ao duplo grau de jurisdição, com assento constitucional (art. 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna) e convencional (art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica), para os réus que não detém foro por prerrogativa de função, uma vez que o tribunal analisará a matéria fática uma única vez.

O Ministro Marco Aurélio seguiu o voto do revisor (Ministro Ricardo Lewandowski), mas a questão acabou sendo afastada pelos demais ministros.

Com o intuito de colocar fim à celeuma, no ano de 2014, no Agravo Regimental do Inquérito 3.515, o Supremo Tribunal Federal decidiu que cabe apenas ao próprio tribunal ao qual toca o foro por prerrogativa de função promover, sempre que possível, o desmembramento de inquérito e peças de investigação correspondentes, para manter sob sua jurisdição, em regra, apenas o que envolva autoridade com prerrogativa de foro, segundo as circunstâncias de cada caso, ressalvadas as situações em que os fatos se revelem de tal forma imbricados que a cisão por si só implique prejuízo a seu esclarecimento[253].

---

[253] "RECURSO – PRAZO – TERMO INICIAL – MINISTÉRIO PÚBLICO. A contagem do prazo para o Ministério Público começa a fluir no dia seguinte ao do recebimento do processo no Órgão. COMPETÊNCIA – PRERROGATIVA DE FORO – NATUREZA DA DISCIPLINA. A competência por prerrogativa de foro é de Direito estrito, não se podendo, considerada conexão ou continência, estendê-la a ponto de alcançar inquérito ou ação penal relativos a cidadão comum" (Inquérito 3515 AgR, Relator Min. Marco Aurélio, STF, pleno, julgado em 13.02.2014, publicado em 14.03.2014).

Um dos argumentos centrais utilizados foi a taxatividade das competências do Supremo Tribunal Federal fixadas na Constituição Federal, não podendo a lei ordinária ampliá-la para cidadão que não detém foro por prerrogativa de função. Além disso, somente o próprio tribunal ao qual toca o foro por prerrogativa de função deve analisar a possibilidade ou não de desmembramento, sob pena de usurpação de sua competência.

Observe-se que tal orientação é complementar à Súmula 704, do STF, não havendo revogação ou superação do enunciado. Isso porque houve apenas uma restrição na sua interpretação.

Em primeiro lugar, cabe ao tribunal determinar a cisão ou não dos processos e não ao juiz de primeiro grau, sob pena de usurpação de competência. Ademais, o art. 80, do CPP, não pode ser invocado para evitar a reunião de processos. Todos os feitos são reunidos no juízo prevalente, que depois decide sobre a cisão do processo[254].

Os principais apontamentos sobre os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal serão analisados em tópicos específicos.

Na Espanha, o artigo 272[255], da Ley de Enjuiciamiento Criminal estabelece que o tribunal em que estiver submetido o aforado será o competente para julgar os demais autores do crime, mesmo que eles não sejam detentores de foro por prerrogativa de função[256].

Em Portugal, o artigo 27[257], do Código de Processo Penal português estabelece a mesma regra: prevalecerá a competência do tribunal de maior hierarquia ou espécie mais elevada[258].

---

[254] GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique, coordenação. *Código de Processo Penal comentado.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 275.

[255] Artículo 272. La querella se interpondrá ante el Juez de instrucción competente. Si el querellado estuviere sometido por disposición especial de la Ley a determinado Tribunal, ante éste se interpondrá la querella. Lo mismo se hará cuando fueren varios los querellados por un mismo delito o por dos o más conexos y alguno de aquéllos estuviere sometido excepcionalmente a un Tribunal que no fuere el llamado a conocer, por regla general, del delito.

[256] Nesse sentido, COLOMER, Juan-Luis Gómes e LEIBAR, Iñaki Esparza. *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2009, p. 202/203.

[257] Artigo 27.º - Se os processos conexos devessem ser da competência de tribunais de diferente hierarquia ou espécie, é competente para todos o tribunal de hierarquia ou espécie mais elevada.

[258] Segundo Henriques Gaspar, "A competência material e funcional resultante da conexão quando os processos conexos devessem ser, de acordo com as regras gerais, da competência de tribunais de «diferente hierarquia ou espécie», é atribuída ao tribunal de hierarquia ou espécie mais elevada. A norma complementa as

Questão tormentosa diz respeito à remessa ou não dos autos para o juiz competente. Isso porque houve prorrogação de competência por hipóteses de conexão e continência. Tratando-se de separação facultativa, existe uma divergência doutrinária no sentido de haver remessa ou não dos autos para o juízo originariamente competente.

A divergência doutrinária impera sobre a questão. Para uma corrente, desfeita a conexão por separação facultativa, não existe nenhum fundamento para que se mantenha a prorrogação de competência[259]. Para outra corrente, não haveria modificação de competência. Isso porque o juiz prevalente continua competente. Ele exerceu a *vis attractiva* e continuará competente, uma vez que há incidência da conexão e da continência. Haveria apenas separação do julgamento sem modificação de competência. Assim, parte da doutrina considera essa posição correta justamente porque não há nenhuma regra prevista no Código de Processo Penal determinando a remessa dos autos, além do que deveria haver aplicação analógica do art. 81, do CPP. Por fim, se defendida a posição no sentido de que os autos deveriam ser remetidos ao juízo originariamente competente, haveria burla ao juiz natural, pois o critério para definição de competência seria discricionário[260].

---

anteriores disposições que definem as situações que determinam o julgamento conjunto, dependendo os pressupostos de aplicação da determinação prévia, pelas regras do artigo 28º, do tribunal que for competente para conhecer de todos os processos abrangidos pela norma de conexão. A norma prevê casos de competência (material e funcional) de diferente natureza: a «hierarquia» e a «espécie». A hierarquia remete para a organização judiciária, sendo constituída pelas diversas instâncias de tribunais (tribunais de comarca e tribunais de relação) e pelo STJ. Mas a referência da norma a hierarquia não tem que ver com a competência funcional dos tribunais superiores como tribunais de recurso, mas com a competência específica dos casos em que detenham competência material primária – são os casos das competências das relações e do STJ para julgamento em primeira instância previstas nos artigos 11º, nº 3, alínea a) e nº 4, alínea a), e 12º, nº 3, alínea a); nestes casos, a conexão objectiva determina que a competência para o julgamento conjunto seja do tribunal «da hierarquia mais elevada» quando se verifique uma hipótese que se enquadre nas situações de conexão objectiva referidas nas alíneas c), d) ou e) do nº 1 do artigo 24º; quando algum dos agentes do(s) crime(s) tiver foro próprio em tribunal de hierarquia mais elevada, a competência para o julgamento de todos os agentes do crime cabe a este tribunal. A solução é imposta pela economia processual e pela conveniência do julgamento conjunto para melhor administração das provas e prevenção dos riscos de julgamentos contraditórios" (GASPAR, António da Silva Henriques; CABRAL, José António Henriques dos Santos; COSTA, Eduardo Maia; MENDES, António Jorge de Oliveira; MADEIRA, António Pereira; GRAÇA, António Pires Henriques da. *Código de Processo Penal Comentado*. 2ª edição revista. Coimbra, Almedina, 2016, p. 89).

[259] É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal tem decidido, tendo como precedente o Inquérito 3515 e a Ação Penal 853/MG.

[260] BADARÓ, Gustavo Henrique. *A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 122, p. 171-204, ago. 2016.

5.1.2. Concorrência entre duas competências constitucionalmente previstas

Outra crítica doutrinária é no sentido de que, quando concorrem duas competências previstas constitucionalmente, deverá haver separação dos processos. Por exemplo, se dois agentes que detém foro por prerrogativa de função forem coautores de um crime, o tribunal competente para julgá-los será o de maior graduação, de acordo com a regra do art. 78, inciso III, do CPP. Ex: um Promotor de Justiça, que detém foro por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça comete um crime junto com um Deputado Federal, que detém foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal. A solução encontrada pelo CPP é a de que ambos serão julgados pelo STF, que detém maior graduação que o Tribunal de Justiça[261].

Todavia, tal posição não é aceita pela ampla maioria da doutrina nacional[262]. Isso porque a competência foi fixada na Constituição Federal para ambos os réus, sendo que não há nenhuma regra explicitando qual deveria ser o tribunal competente para julgar ambos. Não é possível que a lei ordinária amplie hipóteses de competências previstas na Constituição Federal. Além disso, as regras de conexão e continência são regras de modificação de competências relativas, sendo impossível alterar regra de competência absoluta[263]. Assim, não resta outra solução senão a cisão dos processos.

Para Eugênio Pacelli, deve ser feita uma distinção. Se ambos os réus são processados por tribunais nacionais, por exemplo, um Deputado Federal e um Governador, sendo que o primeiro detém foro por prerrogativa de função no STF e o segundo no STJ, poderia haver o julgamento único no STF, já que ambos são tribunais nacionais. Todavia,

---

[261] Nesse sentido é a jurisprudência do STF, senão vejamos: "EMENTA: COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Membro do Ministério Público estadual. Condição de co-réu. Conexão da acusação com fatos imputados a desembargador. Pretensão de ser julgado perante o Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade. Prerrogativa de foro. Irrenunciabilidade. Ofensa às garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Inexistência. Feito da competência do Superior Tribunal de Justiça. HC denegado. Aplicação da súmula 704. Não viola as garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal, a atração, por conexão ou continência, do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados, a qual é irrenunciável" (HC 91437/PI, Rel. Min. Cezar Peluso, STF, segunda turma, julgado em 04.09.2007, publicado em 19.10.2007).

[262] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume 2*. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 271). No mesmo sentido, GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 184; DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 275

[263] LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal: volume único*. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 518.

quando houver pluralidade de crimes, com pluralidade de ações e de agentes, perfeitamente sustentável a separação de processos, na esteira da decisão do STF no Inquérito 3515. Por fim, defende o doutrinador que, em se tratando de hipótese de continência (um único fato) envolvendo um Juiz de Direito e um Juiz Federal, ambos devem ser julgados pela Justiça Federal, aplicando-se a Súmula 122, do STJ, sob o argumento de que deve prevalecer o princípio da unidade e coerência das decisões judiciais, além de que tanto a Justiça Federal quanto Estadual são fixadas constitucionalmente, sendo ambas, respectivamente, o juiz natural para os crimes federais e para os estaduais[264].

No que toca ao fato de a Justiça Federal julgar crimes conexos com a Justiça Estadual, existe um precedente no Supremo Tribunal Federal no sentido de que, mesmo se cometendo um crime contra o INSS, todos os corréus devem ser julgados perante o Tribunal de Justiça porque havia um Juiz de Direito entre os acusados[265]. Nada mais absurdo. Observa-se, do caso concreto, que a competência para julgar os demais réus era da Justiça Federal, por força do art. 109, IV, da CF. Assim, deveria haver a cisão dos processos, sendo que o Juiz de Direito deveria ser julgado perante o Tribunal de Justiça (art. 96, III, da CF), e os demais corréus (Procuradores do INSS e funcionários envolvidos) na Justiça Federal, pois ambas as competências têm assento constitucional.

Porém, em razão da competência material absoluta e exclusiva da Justiça Federal, bem como nos casos em que não haverá cisão de processo por haver conexão instrumental e probatória, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a justiça competente para o julgamento deverá se a Federal[266].

---

[264] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 232/236.

[265] HABEAS CORPUS. CRIMES DE QUADRILHA, PECULATO E APROPRIAÇÃO INDEBITA PRATICADOS CONTRA O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS) E SEGURADOS POR ACIDENTE DE TRABALHO, IMPUTADOS A JUIZ DE DIREITO, SERVENTUARIOS DA JUSTIÇA, SERVIDORES DE AUTARQUIA FEDERAL E ADVOGADOS. DENUNCIA OFERECIDA PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE, DO ROL DOS ADVOGADOS DENUNCIADOS, DECRETADA PELO RELATOR E CONFIRMADA PELA CORTE. ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A MEDIDA. DENUNCIA ACERTADAMENTE OFERECIDA PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CONTRA TODOS OS ACUSADOS E POR TODOS OS CRIMES, FEDERAIS E ESTADUAIS, EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA CONEXAO E CONTINENCIA, E TENDO EM VISTA, AINDA, A JURISDIÇÃO DE MAIOR GRADUAÇÃO (ART. 78, III, DO CPP), RECONHECIDA AQUELA CORTE POR FORÇA DA NORMA DO ART. 96, III, DA CF/88, DADA A PRESENCA, ENTRE OS ACUSADOS, DE UM JUIZ DE DIREITO. CUSTODIA PROVISORIA PLENAMENTE JUSTIFICADA POR CONVENIENCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E PARA ASSEGURAR-SE A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DENEGADA (HC 68.846/RJ, Relator Ilmar Galvão, STF, pleno, Julgado em 02.10.1991, DJ 16.06.1995).

[266] Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OBSCURIDADE. EQUÍVOCO NO DISPOSITIVO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS À 1ª

Tratamentos casuísticos não podem ser tolerados no ordenamento jurídico, sob pena de legitimar a arbitrariedade estatal em face do acusado, violando o devido processo legal, tanto em seu aspecto formal quanto substancial[267].

INSTÂNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL QUANDO PRESENTES ELEMENTOS INDICATIVOS DE QUE A COMPETÊNCIA É DA 1ª INSTÂNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VOTO PELO PROVIMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. 1. A competência, dentre outras hipóteses, é determinada pela conexão "quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração" (art. 76, III, do CPP), devendo-se salientar a conveniência quanto à reunião de processos penais conexos, mormente para o fim de se evitar decisões conflitantes. 2. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição ou omissão. 3. In casu, a) o objeto da questão de ordem resolvida por meio do acórdão embargado não versava, diretamente, sobre a questão ora questionada. O que se discutiu, em síntese, foi a existência ou não, em atenção ao precedente constituído pelo Plenário do STF no julgamento da AP 937-QO, de hipótese de competência especial por prerrogativa de função que justificasse a competência originária deste Tribunal Superior, do Superior Tribunal de Justiça da segunda instância ordinária para, em detrimento da competência do juízo natural, conhecer da denúncia oferecida. Os membros dessa Egrégia Turma não discutiram, nos fundamentos de seus respectivos votos, se a competência era da Justiça Federal ou Estadual; b) não há discordância da embargante quanto à ratio decidendi adotada no acórdão embargado, o que, de qualquer modo, não desnatura o equívoco de interpretação visualizado quanto ao dispositivo do julgado, cujo reconhecimento se mostra possível na presente decisão mormente em consideração aos esclarecimentos trazidos pela Procuradoria-Geral da República na peça recursal; c) ressalvada a atração pontual, motivada pela prerrogativa de função de determinados investigados, da competência originária deste e de outros Tribunais quanto a um número limitado de expedientes investigatórios, a chamada "Operação Ararath", desde antes de sua deflagração, sempre esteve concentrada na primeira instância da Justiça Federal no Mato Grosso , mais precisamente, na 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso; d) isso ocorre porque a referida Operação, além de compreender a investigação de crimes que, isoladamente considerados, são da competência da Justiça Estadual, abrange também a apuração de delitos que são da competência da Justiça Federal (em especial, aqueles previstos na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Lei nº 7.492/86). Nesse cenário, a natureza material absoluta da competência exclusiva da Justiça Federal e a evidente conexão instrumental e probatória existente entre uns e ouros grupos de crimes sempre justificou – como ainda justifica – que a apuração e processamento de todos os delitos se concentrasse na primeira instância da Justiça Federal; e) conforme ora esclarecido pela Procuradoria-Geral da República, especificamente os fatos que são objeto da denúncia oferecida nos presentes autos também são objeto, no que condiz aos investigados que não possuíam originariamente prerrogativa de foro, de ação penal que tramita na 1ª instância da Justiça Federal do Mato Grosso (Ação Penal nº 6682-11.2016.4.01.36000), o que evidencia a existência de conexão probatória entre a referida ação penal e o presente inquérito, a justificar a remessa deste àquele juízo federal. 4. Embargos declaratórios a que se dá provimento, para fim de, atribuindo-lhe efeitos infringentes, modificar o dispositivo do acórdão embargado no sentido de reconhecer a competência e, consequentemente, determinar a remessa dos autos ao Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso ao invés da 1ª instância da Justiça Estadual do Mato Grosso (QO-ED no Inq 4703/DF, Relator Min. Luiz Fux, STF, primeira turma, Julgado em 12.11.2018, DJe 29.11.2018).

[267] As críticas de Guilherme Madeira Dezem são certeiras: "No entanto, há crítica que pode ser feita a esta orientação do STF. Se a ideia é de respeito ao juiz natural, como explicar as hipóteses de julgamento conjunto quando haja diversas autoridades com distintos foros de competência originária? Imaginemos que um desembargador e um juiz cometam crime, segundo o STF ambos serão julgados pelo STJ, mas ambas as competências são constitucionais. A prevalecer o raciocínio inicial, ambos deveriam ser julgados por seus respectivos foros, ou seja, o desembargador perante o STJ e o juiz perante o TJ. No entanto esta não é a resposta dada pela jurisprudência. O que o STF e o STJ entendem nesta situação é pela aplicação do art. 78, inciso III, do CPP. Não nos parece que a solução possa ser diferente nesta situação daquela explicitada anteriormente. Entendemos que a solução deve ser equivalente para ambas as situações, já que ambas se encontram na mesma posição jurídica" (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 3 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 360).

Na Espanha, é possível identificar exemplos semelhantes. Imaginemos que um senador, que é aforado na Sala II do Tribunal Supremo cometa um crime em concurso de agentes com um parlamentar autônomo, que é aforado no Tribunal Superior de Justiça de sua comunidade autônoma. Nesse caso, seguindo as regras do já citado artigo 272, da Ley de Enjuiciamiento Criminal, haverá unidade processual e julgamento no tribunal hierarquicamente superior, ou seja, na Sala II do Tribunal Supremo espanhol. Todavia, a unidade processual não operará automaticamente, podendo cada tribunal competente julgar seu aforado[268].

5.1.2.1. O Tribunal do Júri

É possível vislumbrar outros casos em que competências constitucionais se conflitam, devendo haver separação de processos.

Por exemplo, se um Juiz de Direito comete um crime de homicídio em concurso de agentes com seu escrevente de sala, deve o magistrado ser acusado perante o Tribunal de Justiça ao qual é vinculado, ao passo que o escrevente deve ser processado perante o Tribunal do Júri.

Isso porque duas competências constitucionais estão em conflitos. A previsão de que o Tribunal de Justiça deve julgar o Juiz de Direito está expressa no art. 96, inciso III, da Constituição Federal, ao passo que a previsão do escrevente ser julgado perante o Tribunal do Júri está prevista no art. 5º, XXXVIII, da CF.

Assim, havendo conflito entre ambas as competências constitucionais, não há que se falar em julgamento no foro de maior graduação, utilizando-se a regra do art. 78,

[268] O exemplo é apontado por Juan-Luis Gómez Colomer e Iñaki Esparza Leibar, que completam, "Pues bien, la interpretación jurisprudencial se acomoda a la regla de que es el tribunal jerárquicamente superior de los dos el que atrae la competencia para sí, de manera que por conexión resultará competente em el ejemplo puesto el TS. (...) Pero como agudamente ha observado cierto sector doctrinal, la determinación de la competencia objetiva por conexión no debe operar automáticamente, puesto que siempre que sea posible separar los delitos sin poner em peligro la continencia de la causa, no habrá conexión, y por tanto cada tribunal enjuiciará a su aforado" (COLOMER, Juan-Luis Gómes e LEIBAR, Iñaki Esparza. *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2009, p. 202).

inciso III, do Código de Processo Penal, mesmo diante de um caso de continência, nos termos do art. 77, inciso I, do CPP[269].

Todavia, pode surgir uma situação em que a Constituição Estadual prevê foro por prerrogativa de função. Em havendo cometimento de um crime, por exemplo, em concurso de agentes, deverá prevalecer a competência estabelecida na Constituição Federal. Ex: o Defensor Público Geral, no estado de São Paulo, tem foro por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça do Estado, por força do artigo 74, inciso I, da Constituição Estadual. Se ele vier a cometer um crime de homicídio juntamente com um corréu não detentor de foro por prerrogativa de função, ambos deverão ser julgados pelo Tribunal do Júri, uma vez que a competência deste tem assento constitucional. É nesse sentido que foi editada a Súmula 721, do STF[270], posteriormente convertida na Súmula Vinculante 45.

5.1.2.2. Infração de menor potencial ofensivo

Outra questão que merece atenção é no caso de conflito de competência envolvendo o detentor de prerrogativa de função e o corréu que praticam, em concurso de pessoas, uma infração de menor potencial ofensivo.

O art. 98, inciso I, da Constituição Federal, estabelece a criação dos juizados especiais criminais. Tal competência, como visto, tem natureza constitucional. Assim, quando um corréu detentor de foro por prerrogativa de função pratica uma infração de menor potencial ofensivo junto com um corréu que não detém tal prerrogativa, deve haver

---

[269] Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci discorre: "(...) Parece-nos incabível que a Constituição Federal deva descer a tais detalhes, fixando regras de conexão, continência e prorrogação de competência, algo naturalmente atribuído à lei processual penal. Por isso, não vemos qualquer inconveniente em privilegiar o foro porque a função exercida por um dos réus assim determina, seguindo-se o preceito constitucional, estendendo-se aos coautores o mesmo foro, por força, agora, do disposto no Código de Processo Penal. Respeita-se, com tal regra, os dois textos normativos, sem qualquer perda. Dizer que o Supremo Tribunal Federal não tem competência para julgar a pessoa sem competência especial de foro não é verdade absoluta, uma vez que qualquer caso pode atingir o Pretório Excelso, em grau de recurso, justamente o que ocorre, cotidianamente, com o *habeas corpus*. Termina, pois, a Suprema Corte decidindo casos de crimes comuns, cometidos por pessoa sem prerrogativa de foro. Ademais, se a competência do Tribunal Superior é mais ampla, nada impede que julgue casos incialmente pertinente a outros juízes. O contrário que é inadmissível, pois se o juiz de primeiro grau não tem jamais competência para julgar, criminalmente, um deputado federal, por exemplo, ainda que houvesse conexão não poderia ele avocar os feitos, chamando a si o julgamento" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 250).

[270] Súmula 721, do STF: "A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual".

obrigatoriamente a cisão do processo, não se aplicando a Súmula 704, do STF. Assim, tal súmula deve ser afastada toda vez que há concorrência entre regras de competência criadas pela Constituição Federal.

Por exemplo, um Deputado Federal e um motorista ingressam em uma casa noturna. Em determinado momento, arrumam uma briga e desferem socos e chutes em uma vítima, a qual sofre lesão corporal leve (infração de menor potencial ofensivo). Assim, deve o Deputado Federal responder tal fato perante o STF, com a incidência das regras previstas na Lei 9.099/95, ao passo que deve o motorista responder tal fato no Juizado Criminal onde ocorreu a infração, nos termos do art. 70, do CPP.

Mesmo se tratando de continência, como no caso acima mencionado, deve haver dois processos para julgar um único fato. Não se pode admitir que a celeridade processual ou a tentativa de evitar decisões conflitantes se sobreponham ao duplo grau de jurisdição, a ampla defesa, ao devido processo legal e às regras constitucionalmente estabelecidas.

Somente a título de esclarecimento, se a autoridade detentora de foro por prerrogativa de função praticar uma infração de menor potencial ofensivo, deve ela responder por processo crime perante o órgão pelo qual possui o foro, com a incidência dos institutos despenalizadores.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de analisar um caso envolvendo o Subprocurador-Geral do Trabalho, em que ele foi processado criminalmente por uma contravenção penal[271].

---

[271] "Penal e Processual Penal. Contravenções (art. 31). Representação. Subprocurador-Geral do Trabalho. Competência STJ. Recebimento da Denúncia. Suspensão do Processo. C.F., artigo 105, I, a. Lei nº 9.009/95, artigos 60, 61, 72, 73, 74, 76, 77, 89 e 92. CPP, artigo 41. 1. O STJ tem competência para processar e julgar Subprocurador-Geral do Trabalho denunciado pela prática de contravenção penal. 2. Superada a fase de composição amigável dos danos civis e não ocorrendo a transação, é recebida a denúncia formalmente apresentada. 3. Suspensão do processo (art. 31, LCP; arts. 89, Lei 9.009/95; art. 77, Cód. Penal)" (Representação nº 179/DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, STJ, Corte Especial, julgado em 07.02.2001, publicado em 10.06.2002).

5.1.2.3. As Justiças Especializadas (Eleitoral e Militar)

A competência criminal da Justiça Eleitoral está prevista na Constituição Federal através de diversos artigos (por exemplo, artigos 96, inciso III, 109, inciso IV, 121, §§ 3º e 4º, inciso V), mas sem que haja um rol expresso de crimes que serão submetidos à sua jurisdição.

Sem embargos de discutir aqui todo o funcionamento da Justiça Eleitoral, será analisada apenas a hipótese de conexão e continência envolvendo crime praticado em concurso de agentes detentor de foro por prerrogativa de função, objeto do presente trabalho.

No caso das autoridades submetidas à competência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, os artigos 102, inciso I, alíneas "b" e "c" e 105, inciso I, alínea "a", não há nenhuma ressalva quanto à competência para julgar crimes eleitorais. Logo, todas as autoridades submetidas a esses tribunais também serão julgadas por eles no caso de cometerem crimes eleitorais.

Todavia, quanto aos Deputados Estaduais, Juízes Federais, incluídos os da Justiça Militar e do Trabalho, membros do Ministério Público da União que atuam em primeira instância, Juízes Estaduais, Juízes do Distrito Federal (inclusive Juízes de Direito do Juízo Militar e membros dos Tribunais de Justiça Militar, Procurador-Geral de Justiça, membros do Ministério Público Estadual (Promotores e Procuradores de Justiça) e Prefeitos, a solução é diversa.

Quanto a essas autoridades, por força das exceções constitucionais quanto ao julgamento de crimes eleitorais, estão elas submetidas ao julgamento criminal da Justiça Eleitoral em caso de cometimento de crime eleitoral[272].

---

[272] Segundo Antônio Carlos da Ponte, "Crimes eleitorais são condutas descritas na lei como atentatórias à lisura, transparência, correta formação e desenvolvimento do processo eleitoral, que tem como resposta penal destinada a seus responsáveis a imposição da correspondente ação penal, sem prejuízo da suspensão dos direitos políticos" (PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes eleitorais.* 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 32). No mesmo sentido, Rodrigo López Zilio, "Crimes eleitorais podem ser conceituados como infrações penais que visam proteger, especificamente, bens jurídicos vinculados à tutela das eleições. Trata-se de ampla proteção, voltada à preservação da liberdade de voto, dos valores político-partidários e da própria instituição da Justiça Eleitoral (v.g., tutela dos serviços eleitorais). Em síntese, esses são os valores essencialmente protegidos pelos crimes eleitorais. Portanto, é a partir da verificação acerca da violação desses bens jurídicos (liberdade de voto, valores político-partidários e tutela dos serviços eleitorais) que os

O Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, asseverou que os crimes eleitorais cometidos em conexão com crimes comuns serão julgados pela Justiça Eleitoral[273]. Isso porque o artigo 78, inciso IV, do Código de Processo Penal prevê que, na determinação da competência por conexão ou continência, no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta. Assim, delitos eleitorais cometidos em conexão com crimes comuns, da Justiça Estadual ou Federal, serão julgados pela Justiça Eleitoral, que tem força atrativa[274].

A primeira hipótese que se pode ventilar, em relação ao tema do presente trabalho, é no caso de um Juiz Estadual cometer um crime eleitoral juntamente com um autor que não detém foro por prerrogativa de função. Nesse caso, conforme dispõe o artigo 35, inciso II, do Código Eleitoral, o artigo 78, inciso IV, do Código de Processo Penal, e o artigo 96, inciso III, da Constituição Federal, ambos serão julgados em um único processo pelo Tribunal Regional Eleitoral. Todavia, deve-se realizar, nesse momento, nova interpretação de acordo com as regras trazidas pela Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ.

A doutrina, antes da reinterpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do foro por prerrogativa de função, manifestava-se no sentido de que a prevalência do foro de maior graduação era a solução correta[275].

---

tipos penais eleitorais ganham relevância jurídica e, assim, passam a ter proteção do legislador" (ZILIO, Rodrigo Lopes. *Crimes Eleitorais.* Salvador: Editora JusPodivm, 2014, pág. 10).

[273] Segundo Marcos Ramayana, "O art. 96, III, da Constituição Federal, excepciona a regra geral para permitir que o Tribunal Regional Eleitoral processe e julgue os crimes eleitorais e conexos praticados por essas autoridades. Dessa forma, se um promotor de Justiça praticar, *v.g.*, o crime de mapismo (CE, art. 315) conexo com o delito de quadrilha [*rectius* associação criminosa] (CP, art. 288) será processado e julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral" (RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 908).

[274] COMPETÊNCIA – JUSTIÇA ELEITORAL – CRIMES CONEXOS. Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos – inteligência dos artigos 109, inciso IV, e 121 da Constituição Federal, 35, inciso II, do Código Eleitoral e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal (Inq 4435 AgR/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, STF, pleno, julgado em 14.03.2019, publicado em 21.08.2019).

[275] Segundo Rodrigo López Zilio, "A prerrogativa de foro, em caso de coautoria com pessoas sem acesso a mandatos parlamentares, estende-se a todos os réus que respondem ao processo-crime. JOSÉ JAIRO GOMES observa que *"por conexão, os supostos partícipes e coautores de crimes eleitorais imputados às autoridades referidas devem ser processados e julgados juntamente com elas, em um só processo, ainda que por si só não gozem de foro privilegiado"* (p. 231). Essa regra pode ser excepcionada em situações específicas, quando é admitida a cisão processual na forma do art. 80 do Código de Processo Penal (ex. número excessivo de réus). O TSE, de há muito, já admite a extensão do foro privilegiado aos coautores despidos de mandato parlamentar (Recurso Especial Eleitoral nº 14.850 – Rel. Min. José Eduardo Alckmin – j. 30.09.1997). Recentemente, o STF referendou esse entendimento e rejeitou pedido de desmembramento do processo, afirmando a competência da Corte para processo e julgamento dos denunciados que não são detentores de mandato parlamentar (Ação Penal nº 470 – Pleno – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 17.12.2012). Neste norte, aliás, a Súmula nº 704 do STF aduz que "*não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu*

Porém, na atual quadra da interpretação do Supremo Tribunal Federal, o for por prerrogativa de função deve ser analisado de acordo com o critério da contemporaneidade, ou seja, se eles foram cometidos em razão do cargo e durante o exercício do mandato eletivo. Assim, em casos de crimes cometidos em conexão com os eleitorais, não estando presentes um dos critérios, a competência será da Justiça Eleitoral, que julga crimes eleitorais conexos com crimes comuns.

Esse posicionamento já vem surgindo em inúmeros julgados nos diversos Tribunais Regionais Eleitorais em todo país. Somente a título de exemplo, o Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo enfrentou a questão e remeteu os autos para a Justiça Eleitoral de 1ª grau, pois houve a perda superveniente do cargo de prefeito por um dos corréus[276].

Quanto à hipótese de conexão de crime eleitoral envolvendo duas autoridades com foro por prerrogativa de função tem solução diversa.

---

ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados". Assim, em caso de crime eleitoral envolvendo Prefeito em exercício de mandato em coautoria com pessoas sem prerrogativa de foro, a atribuição para análise dos fatos é exclusiva do Procurador Regional Eleitoral. Não se convencendo da participação do Prefeito, o Procurador Regional Eleitoral deve promover o respectivo arquivamento e, em sendo o caso, determinar a remessa ao Promotor de Justiça, com atribuição na Zona Eleitoral em que ocorreram os fatos, para análise das condutas dos demais envolvidos" (ZILIO, Rodrigo Lopes. *Crimes Eleitorais.* Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 18/19).

[276] AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA - RECONHECIMENTO DA CONEXÃO ENTRE CRIMES COMUNS E CRIMES ELEITORAIS - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA JULGAR AMBOS OS CRIMES - PERDA SUPERVENIENTE DO CARGO DE PREFEITO MUNICIPAL POR UM DOS CORRÉUS - PERDA DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO - ENTENDIMENTO STF - REMESSA DOS AUTOS AO JUIZ ELEITORAL DE 1º GRAU. 1. Nos caso destes autos, segundo alega o Ministério Público Eleitoral, o crime de fraude à licitação (objeto da presente demanda) teve por finalidade viabilizar a participação do empresário PAULO HENES DE FREITAS, através de sua remuneração indireta, no esquema de compra de votos no pleito eleitoral de 2016 (delito apurado nos autos da AP nº 229-70), não restando dúvidas, portanto, quanto à conexão entre as condutas atribuídas aos acusados, impondo-se reconhecer, via de consequência, a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar ambas as demandas, conforme determinam os arts. 78, inciso IV, do Código de Processo Penal, e 35, do Código Eleitoral. 2. Superada essa questão, cumpre-nos atentar para a circunstância superveniente à propositura da presente ação, qual seja, o fato de o denunciado CARLOS HENRIQUE EMERICK STORCK não mais gozar do foro por prerrogativa de função, em razão da sanção da perda do cargo de Prefeito Municipal de Irupi/ES que lhe fora imposta por esta Egrégia Corte nos autos da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 294-11.2016.6.08.0018, quando lhe fora reconhecida a prática de abuso de poder político e econômico. 3. Tendo em vista a perda superveniente da função pública pelo réu, impõe-se, ainda, a declinação da competência do presente feito para o MM. Juízo da 19ª Zona Eleitoral, conforme entendimento recentemente sufragado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal nº 937/RJ. (TRE-ES - AP: 530 VITÓRIA - ES, Relator: HELOÍSA CARIELLO, Data de Julgamento: 28/08/2019, Data de Publicação: DJE - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral do ES, Data 04/09/2019, Página 4-5).

Imaginemos que um Prefeito e um Deputado Federal cometam um crime de boca-de-urna, em concurso de agentes, visando a eleição do alcaide. Como se trata de crime eleitoral, o alcaide tem foro por prerrogativa de função no Tribunal Regional Eleitoral, ao passo que o Deputado Federal tem foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal.

Nesse caso, a única solução possível é a cisão dos processos. Isso porque se trata de duas competências com previsão constitucional. Não haverá atração pelo tribunal de maior hierarquia, que seria o Supremo Tribunal Federal. Além disso, o artigo 35, inciso II, do Código Eleitoral expressamente prevê que compete à Justiça Eleitoral o julgamento dos crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[277].

Obviamente tal interpretação deve ser feita em consonância com a nova orientação do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem da Ação Penal nº 937/RJ, uma vez que, se tal crime foi cometido sem qualquer relação com o exercício do mandato,

---

[277] PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO INQUÉRITO. COMPETÊNCIA CRIMINAL ORIGINÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RENÚNCIA DE GOVERNADOR DE ESTADO. DECISÃO QUE DECLINOU DA COMPETÊNCIA EM FAVOR DA JUSTIÇA ELEITORAL DE PRIMEIRO GRAU NO ESTADO DO PARANÁ. PEDIDO DE ENVIO DE CÓPIA DAS PEÇAS AO JUÍZO DA 13ª FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARANÁ. IMPROCEDÊNCIA. INEXISTÊNCIA, POR ORA, DE ELEMENTOS DE CONEXÃO COM EVENTUAL CRIME COMUM E DE INDÍCIOS DE CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO, CAPAZES DE ATRAIR A COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. No caso, com a renúncia do investigado ao cargo de Governador de Estado, foi proferida decisão declinando da competência em favor da Justiça Eleitoral de Primeiro Grau no Estado do Paraná e também, a pedido do Ministério Público Federal, foi determinada a remessa de cópia das peças de informação ao Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná. 2. O Parquet federal, através de nova e motivada manifestação, em que retifica o pedido formulado anteriormente, deixou evidenciado que não existem, ao menos nessa fase da investigação, elementos objetivos de conexão entre os supostos crimes eleitorais cometidos pelo ex-Governador do Estado do Paraná, e eventuais delitos de competência da Justiça comum. Tampouco se extrai do conjunto probatório até então produzido indícios da prática do crime específico de Lavagem de Dinheiro, a atrair a competência concorrente da 13ª Vara Federal de Curitiba. 3. Nos termos do art. 35, II, do Código Eleitoral, compete aos juízes eleitorais processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais. 4. Diante disso, compete à Justiça Eleitoral de Primeiro Grau do Estado do Paraná apurar a possível prática de crimes eleitorais pelo Ex-Governador deste Estado, competindo a esta mesma jurisdição, nos termos do art. 35 do CE, averiguar se existem eventuais indícios de crimes comuns a serem atribuídos ao investigado, bem como sobre a ocorrência de conexão ou não destes com os eventuais crimes eleitorais, de forma a determinar, se for o caso e assim entender, o compartilhamento das informações com a Justiça Federal de Curitiba, para que haja apuração em separado dos fatos. 5. Agravo regimental a que se dá provimento" (AgRg no Inq 1181/DF. Rel. Min. Og Fernades, STJ, Corte Especial, julgado em 20.06.2018, DJe 03.08.2018).

não incidirá a competência por foro por prerrogativa de função, remetendo-se os autos para a Justiça Eleitoral, que será competente para a apreciação do caso concreto. Se, por exemplo, no caso acima mencionado, a conduta criminosa do Deputado Federal não tiver nenhuma relação com o exercício do mandato, ambos serão julgados pela Justiça Eleitoral[278].

No que toca à Justiça Militar, estabelece o artigo 79, inciso I, do Código de Processo Penal, que nos casos de conexão e continência haverá unidade de processo e julgamento, salvo no concurso entre a jurisdição comum e a militar.

Nesses casos, havendo concurso de agentes, obrigatoriamente deve haver separação de processos.

Imagine-se que um policial militar, juntamente com um Promotor de Justiça, ambos agindo em serviço, em razão da função e em concurso de agentes, praticam um crime de abuso de autoridade contra um civil, por exemplo, no momento da captura de autor de um crime com repercussão na sociedade local.

Nesse caso, tanto o foro por prerrogativa de função atribuído ao Promotor de Justiça quanto a competência da Justiça Militar possuem previsão constitucional (respectivamente, artigo 96, inciso III, e 125, § 4º, ambos da Constituição Federal), havendo cisão do processo.

Somente a título de informação, com o advento da Lei nº 13.491/17, que alterou o Código Penal Militar, foi ampliada a competência da Justiça Castrense. Segundo dispõe o artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar, se um crime previsto em lei especial

---

[278] Ementa: DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA ELEITORAL. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAÇÃO E JULGAMENTO. QUESTÃO DE ORDEM NA AP 937/RJ. REINTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ALCANCE DA PRERROGATIVA DE FORO. AUSÊNCIA DE CONEXÃO ENTRE O DELITO TIPIFICADO NO ART. 350 DO CÓDIGO ELEITORAL E O EXERCÍCIO DO MANDATO DO PARLAMENTAR FEDERAL. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA À JUSTIÇA ELEITORAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Diante da reinterpretação constitucional do alcance do disposto no art. 102, I, b, da Constituição, é de competência da Justiça Eleitoral o trâmite de inquérito e processo criminal relativo ao delito de falsidade ideológica eleitoral (art. 350 do Código Eleitoral). II – Não há falar em conexão entre o mencionado delito e o exercício do mandato do parlamentar federal. III – Determinação de remessa dos autos ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio Grande do Norte, para que distribua os autos ao juízo eleitoral competente para o processamento do feito. IV – Agravo regimental a que se nega provimento (Inq 4399 AgR/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, STF, segunda turma, julgado em 07.12.2018, publicado em 14.12.2018).

for praticado contra um civil, haverá competência da Justiça Militar para seu julgamento. Assim, como a Lei nº 13.869/2019 pune o abuso de autoridade e está prevista na legislação penal esparsa, o policial militar será necessariamente julgado pela Justiça Castrense.

5.2. Críticas acerca do foro prevalente

Conforme apontado, existem inúmeras críticas em relação ao foro prevalente. O voto do Ministro Ricardo Lewandowski acerca da tentativa de desmembramento da Ação Penal nº 470 foi emblemático no sentido de apontar todas as teses divergentes no que tange ao foro por prerrogativa de função no caso de conexão e continência envolvendo agentes não detentores de tal prerrogativa.

A utilização da regra insculpida no artigo 78, inciso III, do Código de Processo Penal, em razão da conexão e da continência, só é aplicável ao juízo comum ou tribunais inferiores em sentido horizontal, jamais na linha vertical, uma vez que não poderia ampliar a competência jurisdicional taxativamente prevista na Constituição Federal, sugerindo, ainda, o Ministro, que tal artigo não deveria ter sido recepcionado[279].

Acerca das demais críticas, elas serão exploradas em tópicos separados, a seguir.

5.2.1. Violação ao princípio do juiz natural

A principal violação observada diz respeito ao princípio do juiz natural, uma vez que, conforme amplamente argumentado, não se pode criar critérios de competência *ex post facto*.

---

[279] No mesmo sentido, Maria Lúcia Karam discorre que "Da mesma forma, a incidência da regra contida no inciso III do artigo 78 do Código de Processo Penal, que estabelece a prevalência do órgão jurisdicional superior, há que se condicionar ao que dispõem as regras constitucionais que definem a competência originária dos órgãos de diferentes categorias, só se podendo considerar a vinculação entre causas como faro determinante da reunião de ações se com esta não se vulnerar o princípio do juiz natural concretizado por aquelas regras. Inobstante, a cotidiana aceitação da competência de órgãos jurisdicionais superiores para processar cidadãos comuns a quem se imputa a prática de crimes alegadamente realizados em concurso com réus que, por ocuparem determinados cargos públicos, estão originariamente sujeitos à jurisdição exercida por aqueles órgãos jurisdicionais superiores, não parecendo tal entendimento se harmonizar com a necessária presença no processo do juiz natural" (KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 76).

A utilização do artigo 80, do Código de Processo Penal, pelo Pretório Excelso, nos casos de conexão e continência na hipótese de competência por prerrogativa de função apresenta insegurança jurídica, pois trata-se de critério casuístico, em desrespeito ao princípio do juiz natural.

Conforme apontado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o risco de decisões conflitantes não pode ser utilizado como argumento para unidade processual, pois tornaria a regra do artigo 80, do Código de Processo Penal obrigatória e não facultativa.

Isso porque o artigo 80, do Código de Processo Penal, dispõe que poderá haver separação de processos por motivo relevante ou se o juiz reputar conveniente a separação sem apontar, porém, o que seria motivo relevante ou conveniente, tratando-se de cláusula totalmente genérica e arbitrária, em desacordo com o Estado Democrático de Direito[280].

Não é demais rememorar que o princípio do juiz natural apresenta uma garantia de que o autor dos fatos será processado e julgado por um juiz pré-determinado, com competência para tanto, evitando-se a criação de um tribunal de exceção.

A aplicação de critério casuístico para o desmembramento do processo cria a competência de um juiz posterior ao fato, violando a regra de predeterminação do juiz competente, comprometendo a independência e a imparcialidade do órgão julgador. Não é demais rememorar que uma das razões da criação do princípio do juiz natural foi evitar que o monarca criasse uma comissão extraordinária para julgar seus inimigos.

---

[280] A crítica feita por Gustavo Badaró é certeira: "A raiz do problema 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"*. 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"*. Ora, mitigar a lei e favorecer o arbítrio é aceitar a discricionariedade incompatível com a garantia do juiz natural. 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. 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 de competência sejam definidas com base em precisos e rigorosos critérios objetivos fixados em lei, não deixando margem a atuações discricionárias" (BADARÓ, Gustavo. *A Ação Penal 470/DF e a garantia do juiz natural.* Boletim IBCCrim, – n º 242 – janeiro/2013).

Ainda, com o desenvolvimento do referido princípio, observou-se que o Poder Legislativo também poderia manipulá-lo, criando-se, então, a lei prévia ao cometimento do fato criminoso a fim de evitar qualquer alteração posterior e escolha de órgãos julgadores.

Tentando aprimorar a violação ao princípio do juiz natural, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2014, no Agravo Regimental do Inquérito 3.515, decidiu que cabe apenas ao próprio tribunal ao qual toca o foro por prerrogativa de função promover, sempre que possível, o desmembramento de inquérito e peças de investigação correspondentes, para manter sob sua jurisdição, em regra, apenas o que envolva autoridade com prerrogativa de foro, segundo as circunstâncias de cada caso, ressalvadas as situações em que os fatos se revelem de tal forma imbricados que a cisão por si só implique prejuízo a seu esclarecimento.

Todavia, mesmo tentando estabelecer um critério objetivo, no sentido de que o desmembramento é a regra, o Supremo não afastou a carga de subjetivismo na decisão. Não há nenhum indicativo do que sejam situações em que os fatos se revelem imbricados, impedindo a cisão do processo, trazendo prejuízo para o esclarecimento dos fatos.

Ora, novamente o juiz natural poderá ser determinado após o cometimento do fato criminoso, uma vez que o tribunal analisará ou não o desmembramento do feito após o início do processo. Ainda que essa análise seja feita em sede de investigação preliminar, o fato é que não pode haver espaço para a discricionariedade do julgador.

Conforme já demonstrado em tópico próprio, o marco cronológico a ser utilizado como predeterminação da fixação das regras de competência deve ser o tempo do fato, com o fim de evitar posteriores manipulações[281].

---

[281] Conforme bem apontou o ministro Teori Zavascki no Agravo Regimental no Inquérito 3.515/SP, "(...) Não se trata de uma questão de conveniência, mas de fixar o juiz natural. Se o Supremo não é o juiz natural para o inquérito, deve enviá-lo para o juiz competente imediatamente" (Inquérito 3515 AgR, Relator Min. Marco Aurélio, STF, pleno, julgado em 13.02.2014, publicado em 14.03.2014).

Outrossim, verifica-se que a providência também influenciará diretamente no princípio do promotor natural[282]. O acusado ou investigado também tem o direito prévio a saber quem será o órgão acusador, evitando-se escolhas predeterminadas e casuísticas por parte do Ministério Público, nomeando-se membros para a acusação de forma arbitrária e ilegal.

As regras de competência devem ser lidas de forma restritiva, bem como devem ser pré-determinadas, sob pena de violação ao princípio do juiz natural[283]. Isso porque, não cabe ao Poder Judiciário determinar, depois de iniciado o processo, qual seria o juiz natural competente.

5.2.2. Interpretação restritiva das normas constitucionais

Outra questão a ser debatida se refere ao fato de que as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma restritiva.

É sabido que o Supremo Tribunal Federal exerce a função de competência originária penal, nos casos de julgamento de crimes envolvendo algumas autoridades com

---

[282] Segundo Alexandre de Moraes, "O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência do presente princípio por maioria de votos, no sentido de proibirem-se designações casuísticas efetuadas pela chefia da Instituição, que criariam a figura do *promotor de exceção*, em incompatibilidade com a Constituição Federal, que determina que somente o promotor natural é que deve atuar no processo, pois ele intervém de acordo com seu entendimento pelo zelo do interesse público, garantia esta destinada a proteger, principalmente, a imparcialidade da atuação do órgão do Ministério Público, tanto em sua defesa quanto essencialmente em defesa da sociedade, que verá a Instituição atuando técnica e juridicamente. (...) É inadmissível, portanto, após o advento da Constituição Federal, regulamentada pela Lei 8.625/93, que o Procurador-geral faça designações arbitrárias de Promotores de Justiça para uma Promotoria ou para as funções de outro Promotor, que seria afastado compulsoriamente de suas atribuições e prerrogativas legais, porque isto seria ferir a garantia da inamovibilidade prevista no texto constitucional. Esta inamovibilidade é ampla, protegendo o cargo e a função, pois seria um contrassenso ilógico subtrair as respectivas funções aos próprios cargos" (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 621/622).

[283] Segundo Gustavo Badaró, "[...] O Supremo Tribunal Federal, sem qualquer critério seguro, com base em fundamentos discricionários e ad hoc, ora mantém a investigação e processo reunido e perante o próprio tribunal, ora desmembra ou faz o que se denominou "fatiamento" da investigação e do processo, ficando apenas sob a sua supervisão da investigação de quem tem foro por prerrogativa de função. Essa insegurança afronta a garantia constitucional do inc. LIII do caput do art. 5.º. O juiz natural é o juiz competente, predeterminado segundo todos os critérios que operam ao longo do processo de concretização de competência, quer estabelecidos na Constituição, quer previstos em leis federais ou de organização judiciária. Ou seja, o juiz natural é o juiz que seja territorial, objetiva e funcionalmente competente. 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" (BADARÓ, Gustavo. *A investigação criminal no caso de autoridade com foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal: algumas questões controvertidas.* Revista Brasileira da Advocacia, v. 3, n. 1, p. 271-296, 2016, p. 276).

foro por prerrogativa de função, conforme estabelece o artigo 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, da Constituição Federal.

Nesses casos, como a Constituição Federal já estabeleceu previamente um rol de autoridades a serem julgadas originariamente, não é possível ao legislador ordinário ampliar as hipóteses de competência do Supremo Tribunal Federal para julgar réus que não detém foro por prerrogativa de função ou então réus que detém foro por prerrogativa de função em outros tribunais[284].

Isso decorre do fato de que as normas de competência já estabeleceram um rol taxativo de autoridades, devendo tal norma ser interpretada sem a possibilidade de sua extensão[285]. Como o Supremo Tribunal Federal é, também, um tribunal constitucional, devendo ser o intérprete e guardião da Constituição e a competência originária é uma competência especial, a interpretação deve ser estrita, optando-se, na dúvida, pela competência ordinária[286].

---

[284] De acordo com Maria Lúcia Karam, “O respeito à garantia do juiz natural certamente repercute ao mesmo tempo que condiciona a atribuição da competência pela vinculação de causas, limitando o alcance dos dispositivos estabelecidos nas regras contidas na lei processual penal, limitações estas impostas pela necessidade inafastável de assegurar a presença no processo do órgão constitucionalmente competente, assim se assegurando a legitimidade do exercício da função jurisdicional. As regras infraconstitucionais que disciplinam a atribuição da competência pela vinculação de causas, em nenhuma hipótese, podem se sobrepor às regras constitucionais concretizadoras do princípio do juiz natural. Quando em confronto com regra constitucional sobre competência, a conexidade de causas deixa de ser fator determinante da competência, não podendo levar à reunião de ações. Aqui, a atuação de órgãos jurisdicionais diversos, em diferentes processos, irá decorrer de imposição do próprio texto constitucional, a necessariamente resultar na consideração isolada das causas. Aliás, se nem sempre a conexidade de causas mantém reunidas as ações, existindo circunstâncias diversas que, surgindo no curso do processo, permitem ou impõem a quebra da unidade processual (e, nestes casos, embora se perpetue a competência do órgão jurisdicional que a teve atribuída pela vinculação de causas, haverá, de qualquer forma, multiplicidade de processos), nenhuma dificuldade há em conviver com hipóteses em que, inobstante a existência de conexidade, devem as causas, desde o início, ser consideradas de forma isolada, como na hipótese prevista na regra contida no inciso I do artigo 79 do Código de Processo Penal (concurso entre as justiças comum e militar)” (KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75).

[285] Segundo Alexandre de Moraes, “A competência originária do Supremo Tribunal Federal, conforme acentua Celso de Mello, qualifica-se como “um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional”, não comportando a possibilidade de extensão, que “extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 564).

[286] Segundo Carlos Maximiliano, “Quando a norma atribui competência excepcional ou especialíssima, interpreta-se estritamente; opta-se, na dúvida, pela competência ordinária” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 216).

Apesar de haver vozes em sentido contrário[287], a melhor solução para o caso de envolver agentes detentores de foro por prerrogativa de função e outros cidadãos comuns, é a cisão de processos.

[287] Segundo Gilmar Ferreira Mendes, "o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Parece que o argumento da competência estrita do STF não encontra respaldo na práxis jurisprudencial. Afigura-se, pois, incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação, corrente em inúmeros manuais, segundo a qual a competência da Corte há de ser interpretada de forma restritiva" (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, p. 971. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014). No mesmo sentido, na Petição 760, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "sua competência se prorroga, em virtude das normas sobre conexão e continência, para estender-se a acusados que não gozem do foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal. A circunstância de o foro por prerrogativa de função vir estabelecido na Carta Magna não afasta os motivos que justifiquem a prorrogação da competência por conexão ou continência para que haja simultaneus processus. A própria Constutição admite a prorrogação de competência, no artigo 52, inciso I, em decorrência da conexão, e a circunstância de ser expressa nesse caso não dá margem à aplicação do brocardo inclusio unius exclusio alterius, porquanto essa referência se fazia mister 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" (Pet 760/DF, Rel. Min. Moreira Alves, STF, pleno, julgado em 08.04.1994, DJ 17.06.1994). Porém, a interpretação dada pelo Supremo parece ser equivocada. Segundo Rodrigo Lago, "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. 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. Não há razão para, dentro do mesmo texto constitucional, ser feita distinção entre as hipóteses. 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". 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 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, caso o acusado do crime conexo fosse 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" (LAGO, Rodrigo. *Atração de prerrogativa por conexão deve acabar.* CONJUR. Acesso em 08.12.2019. Acesso em https://www.conjur.com.br/2013-fev-18/rodrigo-lago-stf-acabar-atracao-prerrogativa-conexao).

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio, na Questão de Ordem da Questão de Ordem do Inquérito 2245/MG já havia se manifestado[288]. Igualmente, o Ministro Alexandre de Moraes também fez longa explanação na Questão de Ordem da Ação Penal nº 937/RJ, demonstrando que a competência do Supremo Tribunal Federal deve ser lida de modo estrito[289].

---

[288] Segundo o Ministro Marco Aurélio, "Adoto, hoje, uma posição que sustentarei de forma linear quanto ao desdobramento dos processos. Entendo que a competência do Supremo é, no campo penal, estrita, conforme previsto na Constituição Federal. E somente aqueles mencionados na Carta da República devem ser julgados, no campo penal, pelo Supremo. Por isso, sem chegar; porque não sou estritamente um prático. A proposta de desmembramento do processo na própria Corte, atribuindo partes desses processos aos ministros que entendem termos competência linear, acompanho o relator, procedendo ao desmembramento. Sua Excelência ressaltou que hoje apenas seis dos acusados – e, daqui um mês e meio, mais dois, três ou mais meia dúzia dos quarenta, vamos admitir – têm a prerrogativa de foro. Que fique esse processo no Supremo e que haja o desmembramento para que as ações penais contra os demais acusados, caso surjam realmente com o recebimento da denúncia ou das denúncias, tramitem no foro competente, que, para mim, considerado o princípio do juiz natural, é a primeira instância" (Inq. 2245 QO-QO/MG, Relator Min. Joaquim Barbosa, STF, pleno, julgado em 06.12.2006, publicado em 09.11.2007, p. 1367/1368).

[289] De acordo com Alexandre de Moraes, "A **excepcionalidade** das competências originárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, inclusive em relação aos *foros por prerrogativa de função*, exige previsão **expressa** e **taxativa** do texto constitucional, conforme princípio tradicional de distribuição de competências jurisdicionais nascido com o próprio constitucionalismo norte-americano em 1787. A previsão de **competências originárias das SUPREMAS CORTES, taxativamente previstas pelos textos constitucionais,** nasceu conjuntamente com a idéia de **Supremacia Jurisdicional** por meio do controle de constitucionalidade, **ambas sendo firmadas no célebre caso Marbury v. Madison (1 Cranch 137 – 1803),** em histórica decisão da SUPREMA CORTE AMERICANA, relatada por seu *Chief Justice* JOHN MARSHALL (Cf. a respeito: HALL, Kermit L. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions.* New York: Oxford University Press, 1999. p. 173; SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 10-14; SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 257; ABRAHAM, Henry J. A Corte Suprema no evolutivo processo político. In: Vários autores. *Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978. p. 93. COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 142; BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 132). Após inúmeras importantes observações, o CHIEF JUSTICE MARSHALL concluiu que **estava terminantemente proibido ao Poder Legislativo ampliar, por meio de legislação ordinária, as competências originárias da CORTE SUPREMA, em face de sua previsão taxativa no texto constitucional.** Esse posicionamento – **previsão constitucional taxativa das competências originárias da CORTE SUPREMA** – tem mais de 214 anos no Direito Constitucional norte-americano e quase **120 anos na doutrina e jurisprudência nacionais**, pois, igualmente, **foi consagrado no Brasil desde nossos primeiros passos republicanos** (RTJ 43/129, RTJ 44/563, RTJ 50/72, RTJ 53/776), uma vez que **o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, que nasceu republicano com a Constituição de 1891 e com a função precípua de defender a Constituição em face, principalmente, do Poder Legislativo, por meio da revisão da constitucionalidade das leis, **jamais admitiu que o Congresso Nacional pudesse alterar suas competências originárias por legislação ordinária** (AFONSO ARINOS. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 98), pois, como salientado por nossa CORTE SUPREMA, seu "**complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional, não comporta a possibilidade de extensão, que extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política"** (STF – Petição 1.026-4/DF – Rel. Min. CELSO DE MELLO, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 de maio de 1995, p. 15.855. No mesmo sentido: RTJ 43/129; RTJ 44/563; RTJ 50/72; RTJ 53/776) (AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, STF, pleno, julgado em 03.05.2018, divulgado em 10.12.2018, págs. 922/924). No mesmo sentido, o Ministro Alexandre de Moraes já havia se manifestado. Ver MORAES, Alexandre. *Combate à corrupção e respeito ao Princípio do Juiz Natural como garantia constitucional.* Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 19, n. 9, set. 2007.

Observe-se que, em se tratando de competência originária no Tribunal de Justiça, a unidade de processos poderá ser alegada com base na lei ordinária, uma vez que é cabível à tal espécie normativa regular as competências dos tribunais estaduais[290], não se podendo falar em interpretação restritiva das normas constitucionais.

5.2.3. O duplo grau de jurisdição, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o direito estrangeiro

A falibilidade do ser humano é o principal fundamento que justifica a existência do recurso[291]. A condição humana dos magistrados não os exime de cometer erros, como toda e qualquer pessoa. Destarte, considerando-se que uma decisão pode gerar graves prejuízos à parte – mormente na seara penal, em que a decisão atinge o direito de liberdade do acusado –, e ainda, que se torna imutável, é mister que eventuais erros sejam reparados mediante reexame por outro julgador[292].

---

[290] Para Fernando da Costa Tourinho Filho, "A jurisdição do Tribunal de Justiça é superior à do Juiz de Direito. São, pois, jurisdições de diversas categorias, sendo que a do Tribunal de Justiça é de maior graduação, porquanto se trata de órgão de 2º grau ou 2ª instância. Desse modo, se um Juiz de Direito e um alfaiate, na comarca, forem acusados de prática de estelionato (coautoria), será evidente a continência, devendo haver um só processo perante um único Órgão Jurisdicional. O Juiz de Direito, pela prerrogativa da função, deverá ser processado e julgado pelo Tribunal de Justiça (CF, art. 96, III), enquanto o corréu, por não gozar dessa prerrogativa, deverá ser processado e julgado pelo Juiz singular. Há, na hipótese, um concurso de jurisdições de diversas categorias. Como haverá predominar a de maior graduação, segue-se que os responsáveis – Juiz e alfaiate – deverão ser processados e julgados pelo Tribunal de Justiça. Note-se que a lei ordinária pode fixar a competência do Tribunal de Justiça, tal como fez no art. 87 do CPP (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume 2*. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 271). No mesmo sentido, GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 184 e DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 275.

[291] Segundo Maurício Zanoide de Moraes, "No mundo jurídico, quando alguém resolve deitar suas atenções sobre o tema das impugnações, está se dispondo a enfrentar um aspecto imanente à própria natureza humana, qual seja: a sua falibilidade. Fosse o Homem um ser infalível não só o Direito careceria do instituto jurídico do recuso, mas também a própria convivência social prescindiria do Direito, uma vez que este consiste num complexo de normas voltados a minorar as imperfeições humanas em sua vida gregária. [...] Numa visão muito sintética e, confessadamente, voltada ao escopo do presente estudo, pode-se asseverar que o Homem, cônscio de suas imperfeições, cria o sistema jurídico para regulá-las e, portanto, minorar os indefectíveis conflitos por elas gerados. Porém, se o Direito é uma criação humana aplicada por homens (juízes), que, conquanto seu melhor preparo técnico-jurídico, não perdem sua imanente falibilidade, o desafio ainda permanece: os julgadores, por serem homens, podem incidir em erro na aplicação do Direito. A possiblidade de revisão das decisões surge, portanto, numa primeira aproximação, como forma de se melhorar os provimentos jurisdicionais através de nova apreciação do problema incialmente discutido" (MORAES, Maurício Zanoide. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 – (Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 4), p. 25/26).

[292] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal.* 20 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 924.

O direito ao duplo grau de jurisdição, desdobramento do direito à ampla defesa, corresponde à garantia de um duplo exame de mérito por órgãos jurisdicionais distintos daquele que proferiu a decisão. Refere-se à possibilidade de submeter ao duplo pronunciamento toda a matéria fática, probatória e jurídica da decisão anterior.

Nessa perspectiva, a garantia ao duplo grau de jurisdição não se vincula necessária e obrigatoriamente à revisão por órgão hierarquicamente superior[293], mas à reapreciação por órgão diverso do que julgou em primeiro grau, com poder funcional superior, e atribuição para revisar e modificar a decisão impugnada[294].

A Constituição Federal de 1988, a exemplo da constituição de dezenas de países[295], não consagra expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição[296], todavia é possível inferi-lo da garantia que se estabelece aos acusados em geral ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF[297]), assim como da estrutura sistemático-jurídico que prevê competência recursal aos tribunais.

---

[293] GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 312.

[294] Segundo ensinamento de GRINOVER, MAGALHÃES FILHO E SCARANCE FERNANDES, "Deve-se entender por jurisdição superior e inferior não uma competência de mando, mas apenas uma competência de derrogação, no sentido de a primeira poder reapreciar, em segundo grau, a causa já decidida, substituindo, com sua decisão a de primeiro grau. Pode até ocorrer que os órgãos competentes para conhecer e julgar os recursos não se enquadrem na denominada jurisdição superior (entre nós, sempre tribunais colegiados, como o Tribunal Regional Federal, na Justiça federal comum, e os Tribunais de Justiça, na Justiça estadual). O recurso pode ser julgado por turmas de juízes de primeiro grau, como permitem a Constituição, no art. 98, inc. I, e a Lei n. 9.099/95, relativa aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. (GRINOVER, Ada Pelllegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal.* 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 26-27).

[295] SCHIETTI CRUZ, em pesquisa, constatou que o princípio do duplo grau de jurisdição não está expressamente previsto – embora possa ser identificado – nas leis fundamentais da grande maioria dos povos. (CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35).

[296] No constitucionalismo brasileiro, somente a Constituição imperial de 1824 previa expressamente o duplo grau de jurisdição (art. 158). As demais constituições silenciaram a respeito, limitando-se a prever competências recursais ordinárias. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 769).

[297] Art. 5º, LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O processo penal decorre do avanço da civilização humana, com vistas a frear os excessos e arbítrio estatal[298]. O conjunto de garantias penais seriam de total ineficiência se não se fizesse acompanhar de garantias processuais.[299]

Em uma visão contemporânea, não se pode conceber um processo eficiente e justo sem vetores garantistas. Esse garantismo penal está intrinsecamente ligado à ideia de efetividade do processo, pois se mostra impraticável que um processo criminal efetivo sem a preservação das garantias individuais.[300]

Muitos países passaram a inserir, gradativamente, em suas Cartas Políticas regras de ordem judicial que impõem ao Estado o respeito aos direitos fundamentais, como parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva. O respeito ao devido processo passa a ser, então, direito fundamental humano, consagrado ao lado de tantos outros, para composição da esfera da dignidade humana.[301]

---

[298] Segundo Gustavo Badaró, "O duplo grau de jurisdição é um poderoso mecanismo de controle do poder estatal. Se todo ato de poder deve estar sujeito a alguma instância de controle, para que não se degenere facilmente em arbítrio, no âmbito do Poder Judiciário, o resultado do processo não pode estar imune a um amplo mecanismo de controle. Por isso, a garantia do duplo grau de jurisdição tem um relevante valor político, à medida que o direito de impugnar a decisão judicial assegura que tal ato estatal e imperativo seja controlável" (BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 51).

[299] Luigi Ferrajoli adverte que "(...) as garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes – a lesão, a conduta e a culpabilidade -, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também 'instrumentais' no que tange às garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, 'substanciais'. A correlação funcional é além disso biunívoca, uma vez que as garantias penais podem, por seu turno, ser consideradas necessárias para garantir juízo não arbitrários: na sua ausência, de fato, juízos e penas seriam desvinculados de limites legalmente preestabelecidos e resultariam não menos potestativos do que se estivessem em ausência de garantias processuais. Em síntese, tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesma, mas, também, como garantia recíproca de efetividade" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal.* 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 495).

[300] Na lição de Jaques de Camargo Penteado "o garantismo, visto pela doutrina como efetivação do devido processo legal, correto exercício do poder e proteção aos direitos individuais, modelo jurídico normativo, teoria de validez e efetividade ou expressão da filosofia política, deve ser compreendido, no plano geral, como um estado, em constante evolução, no qual os inocentes não serão incomodados e gozarão de tranquilidade e segurança para a livre realização dos seus projetos pessoais, e, na esfera do processo penal, como concreta forma de proteger o indivíduo em face do poder público, preservando a sua dignidade e empregando os regramentos do devido processo legal na sua forma mais abrangente para a consecução da ordem jurídica justa, estável e segura" (PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal – garantismo e efetividade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 18-19).

[301] FERNANDES, Antônio Scarance (coord); ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord). *Direito processual penal internacional.* São Paulo: Atlas, 2013, p. 37.

Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países começaram a firmar pactos internacionais, assumindo o compromisso de respeito aos direitos mínimos do ser humano, inclusive instrumentais, com vistas à realização de metas comuns superiores de tutela da dignidade humana. O grande legado das guerras em escala mundial foi o impulso dado para o estabelecimento de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos.[302]

A partir da anuência dos Estados pela normatização internacional sobre direitos humanos, sua proteção ganhou caráter de universalidade e seus princípios vinculam mesmo os Estados não contratantes dos pactos internacionais[303]. Contudo, muitos Estados reconhecem efetivamente apenas parte dos direitos humanos, de modo que os tratados internacionais ainda se revelam de suma importância para impor responsabilização pelo descumprimento das obrigações pactuadas e reafirmar a efetividade desse conjunto de normas.

O art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos impõe o dever geral aos Estados signatários de adequar seu ordenamento jurídico às disposições do tratado e garantir os direitos nele consagrados[304]. A Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que referido dever implica adotar medidas em dois planos, mediante superação de normas e práticas incompatíveis com as garantias previstas na Convenção e através de elaboração de normas e desenvolvimento de práticas que garantam a efetividade dessas garantias.

O grande desafio do Direito Internacional de Direitos Humanos contemporâneo é garantir o efetivo respeito às normas estabelecidas mesmo por aqueles que ratificaram os tratados. Como bem pondera Norberto Bobbio *apud* Flávia Piovesan "o maior

---

[302] FERNANDES, Antônio Scarance (coord); ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (coord). *Direito processual penal internacional.* São Paulo: Atlas, 2013, p. 36.

[303] André de Carvalho Ramos esclarece que, em 1966, em uma opinião consultiva, "a Corte Internacional de Justiça voltou a enfatizar que os princípios de direito humanitário são princípios elementares de humanidade, pelo que *todos os Estados devem cumprir essas normas fundamentais, tenham ou não ratificado todos os tratados que as estabelecem, porque constituem princípios invioláveis do Direito Internacional Consuetudinatário*" (RAMOS, André Ramos. *Processo Internacional de Direitos Humanos.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 35).

[304] Art. 2º. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

problema dos direitos humanos hoje não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los".[305]

Conforme observa André de Carvalho Ramos, "os Estados ratificam tratados, os descumprem cabalmente, mas alegam que os estão cumprindo, de acordo com a ótica nacional". Vivenciamos, assim, um regime jurídico dos direitos humanos internacionais manco e incoerente, de texto universal, mas de interpretação e aplicação nacional.[306] Contudo, a fim de fortalecer os sistemas regionais e universal de proteção e dos direitos humanos mostra-se imprescindível respeitar e aplicar a interpretação conferida pelas Cortes Internacionais, extrapolando a ótica nacional.

O Brasil ratificou a Pacto de San José da Costa Rica e reconheceu a jurisdição supletiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, portanto, comprometeu-se a cumprir as decisões da Corte nos processos em que for demandado[307]. Assim, visando a um funcionamento integrado, faz-se necessário compatibilizar o modelo processual brasileiro às garantias consagradas na Convenção Americana.[308]

Todavia, o Estado ainda pratica violações do tratado do qual é signatário e nossos tribunais ainda são incipientes na aplicação das normas internas à luz da interpretação da Corte Interamericana sobre a Convenção.[309] Muitas vezes, ainda, o controle de

---

[305] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 114.

[306] RAMOS, André Ramos. *Processo Internacional de Direitos Humanos.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37.

[307] Ada Pellegrini Grinover leciona que "A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, devidamente ratificada pelo Brasil, foi integrada ao nosso ordenamento pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. A partir daí, e por imposição do §2º, do art. 5º, da Constituição Federal, acima transcrito, os direitos e garantias nela enunciados passaram a integrar a ordem jurídica brasileira, complementando a Lei Maior e especificando ainda mais as regras do devido processo legal" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo III série – estudos e pareceres de processo penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 8-9).

[308] Gustavo Henrique Badaró vaticina que, desde o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, em 22 de novembro de 2006, o STF "passou a considerar que a CADH tem natureza supralegal (posição do Ministro Gilmar Mendes) ou materialmente constitucional (posição do Ministro Celso de Mello). De qualquer forma, e este é o ponto relevante, as leis ordinárias, anteriores ou posteriores à CADH, que com ela colidirem, não terão eficácia jurídica. Em termos práticos, qualquer norma infraconstitucional que conflite com as garantias da Convenção Americana de Direitos Humanos, anterior ou posterior à promulgação de tal tratado, não mais poderá ter aplicação" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal.* 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 37-38).

[309] Guilherme Madeira Dezem observa que, segundo entendimento da Corte Interamericana, suas decisões têm força impositiva no Poder Judiciário local e devem ser observadas pelos juízes do país. Contudo, "no Brasil, esta concepção ainda encontra-se de maneira ambivalente, seja por parte da jurisprudência, seja por parte do próprio Poder Executivo. Estas ambivalências ficam claras quando se pensa nas decisões tomadas pela CIDH e na posição brasileira. Assim, por exemplo, o Poder Executivo brasileiro cumpriu apenas parte da condenação da CIDH no Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Foram criadas, por exemplo, as comissões

convencionalidade encontra resistência no Brasil, mormente no Supremo Tribunal Federal, sob o argumento da soberania nacional.

Na atual conjuntura, não cabe mais uma interpretação dos direitos humanos desvinculada da interpretação internacional. A efetividade da proteção internacional exige que normas internas sejam submetidas ao controle de constitucionalidade, bem como ao controle de convencionalidade, à luz da interpretação conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Pacto de San José da Costa Rica.[310]

Malgrado os avanços logrados no âmbito de proteção dos direitos humanos, resta, ainda, um longo caminho a percorrer, pois não existe uma clara compreensão do alcance das obrigações convencionais que vinculam todos os poderes do Estado. É preciso compatibilizar o ordenamento jurídico interno, assegurar a aplicabilidade das normas internacionais, assegurar o efetivo cumprimento das sentenças dos tribunais internacionais e assegurar maior e melhor coordenação entre os múltiplos mecanismos e procedimento internacionais de direitos humanos, no âmbito global e regional.[311]

Seja como for, a partir de 1992, com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, o princípio do duplo grau passou a integrar a ordem jurídica brasileira. O art. 8.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, assegura o direito ao duplo grau de jurisdição, nos seguintes termos:

> "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior".

---

da verdade, que foram objeto da condenação brasileira na Corte, mas não houve a revogação da Lei de Anistia como determinado na sentença. Ainda caminhamos com passos curtos para a efetivação dos direitos humanos na ordem interna e é preciso que se abandone esta postura ambivalente no trato de temática tão importante" (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal.* 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 71).

[310] André de Carvalho Ramos, com muita lucidez, observa que "não basta a adoção da mesma redação de um determinado direito em dezenas de países que ratificam um tratado para que o universalismo seja implementado. É necessário que tenhamos também uma mesma interpretação desse texto. Ou seja, é necessário que exista um mecanismo internacional que averigue como o Estado interpreta o texto adotado. Por isso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto por duas partes indissociáveis: o rol de direitos de um lado e os processos internacionais que interpretam o conteúdo desses direitos e zelam para que os Estados cumpram suas obrigações" (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37.).

[311] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional.* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 116-117.

A disposição do artigo 8, interpretado em conjunto com o artigo 25[312], ambos da Convenção Americana, impõem aos Estados signatários a obrigação de disponibilizar recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direitos humanos. Entende a Corte Interamericana que a garantia a um recurso efetivo constitui um dos pilares da Convenção Americana e do próprio Estado de Direito, pois, ao mesmo tempo em que confere maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado, garante maior segurança e proteção aos direitos do condenado[313]. Desta forma, assentou entendimento de que os Estados devem adotar todas as providências para que ninguém seja privado do exercício do direito de acesso a recurso simples e eficaz. Para que seja eficaz, não basta a previsão nominal de meio de impugnação, sendo indispensável que o instrumento seja apto a modificar a decisão proferida.[314]

Em 2012, a Corte Interamericana enfrentou o tema da garantia ao duplo grau de jurisdição, ao tratar da exigência de disponibilização ao acusado de recurso ordinário que permita ampla discussão de fatos, provas e direito, nas situações em que há absolvição em primeira instância, mas condenação no segundo grau em razão de recurso da acusação.

Em 13 de abril de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à jurisdição da Corte Interamericana o caso de Carlos Alberto Mohamed em razão de descumprimento pelo governo argentino de uma série de garantias, incluindo violação ao direito de recurso.

Em março de 1992, Carlos Alberto Mohamed foi processado por homicídio culposo por que, no exercício de sua profissão de motorista de ônibus, atropelou uma senhora, provocando sua morte. Em 1994, Mohamed foi absolvido em primeira instância,

---

[312] "Art. 25 – Proteção judicial
1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados-partes comprometem-se:
a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso."

[313] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais.* 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 50.

[314] GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 313.

todavia, em 1995, no julgamento de recurso da acusação, o Tribunal de segunda instância reformou a sentença e condenou o acusado a 3 anos de pena privativa de liberdade e inabilitação para conduzir qualquer veículo automotor.

O ordenamento jurídico da Argentina não disponibilizava, nesse caso, recurso ordinário para impugnar a decisão proferida em segunda instância. O único recurso disponível para impugnar a decisão era o extraordinário que, interposto pelo réu, teve seu provimento negado pelo Judiciário argentino sob o fundamento de que a instância extraordinária não pode debater questões fáticas e probatórias sob pena de ser transformada, indevidamente, em terceira instância ordinária. Argumentou o tribunal que as alegações apresentadas pela defesa se referiam a fatos e provas comuns que já haviam sido valorados e debatidos e que o recurso extraordinário não tem por objeto converter a Corte Suprema em terceira instância ordinária, corrigindo erros de julgamento ou que se reputem sê-los. Ao contrário, esse recurso destina-se a amparar casos excepcionais em que a total ausência de fundamento normativo impede o pronunciamento pelos juízes ordinários.

Trata-se, portanto, de caso em que o processo penal tramitou por duas instâncias, sendo certo que o acusado foi condenado em segundo grau por um tribunal que reformou a sentença absolutória do juiz de primeiro grau. Todavia, após ser condenado, não havia previsão de recurso ordinário para que o acusado pudesse impugnar a decisão condenatória e submetê-la à instância superior para reanálise da decisão. O único meio impugnativo previsto no ordenamento jurídico da Argentina não admitia a revisão de fatos, provas e direito comum e seu alcance limitado inviabilizou o exercício ao duplo grau de jurisdição. Diante dessa situação, a Corte entendeu violado o art. 8.2 da Convenção, pois não foi permitida ao acusado a revisão da sentença condenatória por instância distinta e de superior hierarquia[315].

Segundo a Corte Americana, o art. 8.2 refere-se, em termos gerais, às garantias mínimas do acusado submetido à persecução penal, a fim de evitar que seja submetido a julgamentos arbitrários. Dentre essas garantias processuais mínimas está o

---

[315] "Por consiguiente, la Corte concluye que la inexistência de um recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena del señor Mohamed y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo implicaron um incumplimento del Estado del deber general de adecuar su ordenamento jurídico interno para assegurar la realización de la garantia judicial protegida por el artículo 8.2.h de la Convención."

direito de recorrer a juiz ou tribunal superior. Entende a Corte que o recurso não pode ser efetivo se não for garantido àquele que é condenado um direito a duas instâncias da decisão condenatória, independente da instância em que ela se produza[316].

Nessa perspectiva, na situação em que o acusado é condenado por tribunal em revisão de sentença absolutória, após recurso da acusação, o direito e o interesse de recorrer somente surge ao réu após ser condenado. Ou seja, para a Corte, o direito ao duplo grau de jurisdição se aplica a partir da primeira decisão condenatória, ainda que esta seja uma decisão proferida em revisão de uma sentença absolutória anterior.[317] Assim, deve a ele ser disponibilizado recurso para rediscutir fatos, provas e direitos em instância superior.

Não por outra razão, a Corte asseverou que, independentemente do regime recursal adotado pelo Estado, o recurso deve revelar-se como meio adequado para correção de decisões injustas. Isso requer, portanto, a possibilidade de reanálise de questões fáticas, probatórias, processuais e jurídicas antes que a condenação adquira a qualidade de coisa julgada.

Deve-se destacar que na realidade brasileira, a Constituição Federal assegura expressamente diversas garantias processuais, porém não há previsão explícita do duplo grau de jurisdição. Contudo, como a Constituição, ao estruturar o Poder Judiciário, prevê órgãos de primeiro grau e por órgãos de segundo grau de jurisdição, sendo função precípua destes a revisão das decisões proferidas por aqueles, entende-se que o duplo grau é um princípio constitucional implícito.[318]

---

[316] Para Gustavo Henrique Badaró "a leitura feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em relação ao art. 8.2.h da CADH exige – e não apenas sugere – que o acusado tenha o direito de recorrer da decisão condenatória. E esse recurso é cabível quer quando ele é condenado em primeiro grau e apela para o segundo grau, quer quando ele é absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau, ante um recurso da acusação. Neste caso, o direito ao duplo grau sobre a decisão condenatória implicará, na prática, a necessidade de um 'terceiro' grau. Esse recurso tem que permitir a revisão tanto de matéria de fato, como de matéria de direito. Seja, portanto, numa feição típica da nossa apelação, seja como um recurso de cassação, com menos exigências formais e possibilidade de, em alguma medida, controle das questões de fato e a valoração da prova." (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais.* 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 73)

[317] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais.* 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 50.

[318] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais.* 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 42.

A possibilidade de revisão do julgamento em segundo grau é ampla, havendo permissão, inclusive, para renovação de parte da prova oral, juntada de novos documentos ou outras diligências necessárias à descoberta da verdade.

Em nosso ordenamento jurídico, os recursos são espécies do gênero meios ou remédios jurídicos impugnativos, distintos, portanto, das ações autônomas de impugnação (mandado de segurança, habeas corpus e revisão criminal) e das medidas correicionais (reclamação e correição parcial).[319] Distinguem-se os recursos dos demais instrumentos de impugnação por ser remédio jurídico utilizado no mesmo processo com vistas a impugnar decisão não preclusa.

Não obstante a vasta gama de recursos disponíveis em nosso ordenamento jurídico, que acarretam, inclusive, um alongamento na prestação jurisdicional, no Brasil, a exemplo da Argentina, a garantia ao duplo grau de jurisdição limita-se à revisão por recurso ordinário uma só vez.

Ada Grinover, Antônio Magalhães Filho e Antônio Scarance assinalam que o princípio do duplo grau se esgota nos recursos cabíveis no âmbito do reexame de decisão, por uma única vez[320]. Os recursos de terceiro grau das Justiças Eleitoral e do Trabalho, assim como o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal não se enquadram na garantia, sendo outro seu fundamento[321].

No Brasil, há exceção ao duplo grau na hipótese em que o acusado vem a ser condenado apenas no julgamento do recurso da acusação, após absolvição em primeira instância. Nessa hipótese, malgrado o processo tenha percorrido duas instâncias, não haverá

---

[319] GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 312.

[320] No mesmo sentido Gustavo Henrique Badaró ao afirmar que o direito ao duplo grau de jurisdição assegura o direito a um único reexame, portanto, salvo nos casos de competência originária dos tribunais, o processo pode ser examinado uma vez em primeiro grau de jurisdição e, em sede recursal, outra vez pelo tribunal. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais.* 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 41)

[321] Os recursos extraordinários, dirigidos ao STJ e ao STF, são recursos disponibilizados às partes, mas de cunho sobretudo político, que visam à tutela do direito federal, portanto, não se prestam ao reexame de questões fáticas e probatórias, mas apenas a questões de direito, nas hipóteses taxativamente expressas em lei e na Constituição Federal. (GRINOVER, Ada Pelllegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal.* 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 259-261).

propriamente o exercício do duplo grau de jurisdição pelo acusado, pois, a exemplo da sistemática argentina, não há disponível recurso ordinário para reanálise de fatos e provas em instância superior[322].

Tal disposição, no entendimento da Corte, viola frontalmente a garantia prevista na Convenção, pois a ordem interna não pode privar de instrumento recursal aquele que, absolvido em primeiro grau, somente passou a ostentar legitimidade para recorrer quando, em provimento de recurso da acusação, lhe foi imposta a condenação.

Outra hipótese de exceção ao duplo grau de jurisdição é no caso da sistemática recursal nas situações de competência originária, quando o imputado possui foro por prerrogativa de função. Nesse caso, havendo condenação, a sistema recursal brasileiro não disponibiliza um instrumento para revisão ampla das questões fáticas e probatórias que ampararam a decisão condenatória.

Por essa razão, Nereu José Giacomolli entende que há violação ao direito de que todo condenado possui de ser revistada a decisão condenatória, em afronta aos preceitos estabelecidos na Convenção Americana, o que submete o Brasil à Corte Interamericana por não ter realizado as devidas adequações[323].

A Corte Interamericana já se manifestou, em apreciação de outros casos, que o julgamento por tribunais superiores, em razão de competência originária, em si não viola o art. 8.2.h da Convenção, desde que, em caso de condenação, seja assegurado instrumento recursal, que permita reexame amplo e abrangente da decisão, por órgão que tenha poderes para reformar ou revogar a decisão condenatória[324].

O Supremo Tribunal Federal já foi chamado a se pronunciar sobre o alcance do duplo grau de jurisdição, não aplicável quando se trata de competência originária de tribunais, a exemplo de acusado que goza de prerrogativa de função. A Suprema Corte,

---

[322] CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

[323] GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 317.

[324] A questão foi analisada pela Corte Interamericana no julgamento do caso Barreto Leiva vs. Venezuela (17.11.2009) e no caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (30.01.2014) (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais.* 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 51-53).

contudo, assentou entendimento de que não há violação ao princípio da isonomia e do *non bis in idem*, pois o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional, embora reconhecidamente um princípio geral do processo. As hipóteses de competência originária estão expressamente previstas na Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos possui *status* supralegal, portanto, nossa Carta Magna não estaria obrigada a observar suas disposições[325]. Assim, no caso de incompatibilidade entre a Constituição e a Convenção, segundo o STF, devem prevalecer as disposições constitucionais.

---

[325] No julgamento do recurso ordinário em habeas corpus n. 79.785/RJ, o STF analisou a garantia do duplo grau de jurisdição à luz da Constituição Federal e da Convenção Americana e afirmou haver verdadeira antinomia entre elas, devendo, assim, prevalecer os ditames constitucionais, que ostentam hierarquia superior. Nesse sentido, "EMENTA: I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão

Observa-se, desse modo, que, segundo o Supremo Tribunal Federal, tanto não é assegurado o duplo grau de jurisdição ao réu detentor de foro por prerrogativa de função quanto ao réu não detentor do foro por prerrogativa de função, quando julgado nas hipóteses de conexão e continência, pelo tribunal de maior hierarquia.

Todavia, o Brasil aderiu ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos por meio do Decreto Legislativo 678/92, reconhecendo a competência jurisdicional da Corte Interamericana. Em 1998, através do Decreto Legislativo 89/1998, o Brasil adotou a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do ano citado.

Em razão disso, merece transcrição a advertência de Flávia Piovesan[326]: "Note-se que a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado".

No ano de 2009, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou um caso emblemático, denominado Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, em 2009, tratando exatamente do fato de um réu detentor de foro por prerrogativa de função ser julgado com um cidadão comum, em caso de conexão.

No ano de 1989, Oscar Enrique Barreto Leiva era Diretor Geral Setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da República Bolivariana da Venezuela. Ele foi processado juntamente com o então Presidente da República a época dos fatos, um senador e um deputado, todos perante a Corte Suprema de Justiça da Venezuela.

---

enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3 .À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada" (RHC 79785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, STF, pleno, julgado em 29.03.2000, DJ 22.11.2002).

[326] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11 ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 271/272.

Barreto Leiva foi arrolado como testemunha e, posteriormente, foi expedido um mandado de prisão contra ele. Em 09 de agosto de 1996, Barreto Leiva apresentou uma petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo, em 17 de julho de 2008, aprovado o relatório de Admissibilidade e Mérito nº 31/08. O Estado foi notificado e não apresentou nenhuma resposta, sendo então o caso submetido a julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos[327].

A Comissão solicitou à Corte que fosse declarada a violação de vários direitos, dentre eles das garantias judiciais, expressamente a do duplo grau de jurisdição, previsto no art. 8, 2, h, do Pacto.

Então, no Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, em 2009, a Corte Interamericana reconheceu a possibilidade de julgamento de um corréu detentor de foro por prerrogativa de função juntamente com outro corréu que não detém tal prerrogativa, em caso de conexão. Segundo a Corte, o julgamento pelo mesmo juiz competente não fere o Pacto de São José da Costa Rica[328]. Todavia, deve ser prevista a possibilidade de recurso[329].

De um lado, a Corte Interamericana de Diretos Humanos não reconheceu a violação no caso de julgamento envolvendo réu detentor de foro por prerrogativa de função

---

[327] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva* vs. *Venezuela.* Sentença 17.11.2009. Série C, nº 206, parágrafo 2.

[328] 80. No existe una ley especial –tal y como afirma la Comisión- que establezca que si el Presidente de la República es coacusado junto con un particular sin fuero por un ilícito penado por la Ley de patrimonio público, la causa deba ser conocida por el tribunal del fuero del Presidente. Sin embargo, esto no impide que se aplique el principio general, recogido en la ley venezolana, de que un solo tribunal conozca de los asuntos conexos, acumulando competencia sobre todos ellos. En la especie, esto llevaría a dos supuestos posibles: que el Presidente sea juzgado por el tribunal competente para juzgar al individuo sin fuero, o viceversa. Lógicamente, el primer supuesto es inadmisible, ya que no atiende a los fines que justifican la institución del fuero. El segundo supuesto respeta tanto el principio de conexidad, como el interés público que el fuero garantiza. Así lo entendió la CSJ en el presente caso (supra párr. 73), y esta Corte no encuentra motivo suficiente para apartarse del criterio sustentado por el más alto tribunal venezolano (Corte IDH. *Caso Barreto Leiva* vs. *Venezuela.* Sentença 17.11.2009. Série C, nº 206, parágrafo 80).

[329] 88. La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable. 91. En razón de lo expuesto, el Tribunal declara que Venezuela violó el derecho del señor Barreto Leiva reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, en relación con el artículo 1.1 y 2 de la misma, puesto que la condena provino de un tribunal que conoció el caso en única instancia y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, de la posibilidad de impugnar el fallo. Cabe observar, por otra parte, que el señor Barreto Leiva habría podido impugnar la sentencia condenatoria emitida por el juzgador que habría conocido su causa si no hubiera operado la conexidad que acumuló el enjuiciamiento de varias personas en manos de un mismo tribunal. En este caso la aplicación de la regla de conexidad, admisible en sí misma, trajo consigo la inadmisible consecuencia de privar al sentenciado del recurso al que alude el artículo 8.2.h de la Convención (Corte IDH. *Caso Barreto Leiva* vs. *Venezuela.* Sentença 17.11.2009. Série C, nº 206, parágrafo 88).

e cidadão comum, em conexão ou continência, por um único órgão[330]. Todavia, expressamente condenou o julgamento de ambos, em conexão, se não houver a possiblidade de exercício do duplo grau de jurisdição[331].

No mesmo sentido, no Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, a Corte Interamericana de Direito Humanos decidiu que deveria ser garantido ao senhor Liakat Ali Alibux o direito de recorrer[332].

Todavia, neste caso houve uma peculiaridade muito importante. A CIDH reconheceu que, mesmo em situações em que se julga uma autoridade pela mais alta corte do país, deve ser garantido o duplo grau de jurisdição, através do julgamento do presidente ou de uma turma do órgão colegiado, sendo o recurso dirigido ao plenário, com a exclusão daqueles que já se pronunciaram[333].

---

[330] Segundo Flávia Piovesan e Melina Girardi Fachin, "No caso *Barreto Leiva* vs. *Venezuela*, por exemplo, entendeu-se que o direito ao juiz competente e natural não foi violado na oportunidade. Naquele caso, a situação fática dizia respeito ao julgamento do Sr. Barreto Leiva perante a Corte Suprema de Justiça, em face da existência de uma acusação penal formulada contra si acerca da suposta prática de um delito em coautoria com o então Presidente da República daquele país. Dada a conexão com o foro especial mantido pelo Chefe do Executivo à época dos fatos, a vítima em questão foi julgada pela mais alta corte judiciária do país. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reputou que a exceção operada, retirando a competência do juízo ordinário para o julgamento do processo penal instaurado em face do Sr. Barreto Leiva, foi prevista previamente pela própria legislação venezuelana, inexistindo violação da garantia ao juiz natural. O caso é relevante para o direito brasileiro na atualidade, em razão de constantes ataques ao foro por prerrogativa de função (atecnicamente chamado de "foro privilegiado"). Ao final, a Corte definiu que essa previsão não constitui um direito pessoal do ocupante do cargo, e sim uma proteção da integridade de certas funções estatais. Assim, explanou que, por sua legitimidade em uma sociedade democrática, e quando previsto previamente, o foro definido pela prerrogativa por função constitui o juízo natural da causa, em plena compatibilidade com a Convenção Americana" (PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 119/120).

[331] Segundo Valério Mazzuoli de Oliveira, "Desse modo, como a condenação do Sr. Barreto Leiva foi imposta por um tribunal que conheceu do caso em instância única, os magistrados consideraram que não havia possiblidades de recurso, em violação ao referido artigo [8,2,h, do Pacto]. Assim, segundo o entendimento da Corte, em matéria criminal, não podem os réus ser julgados por única instância, como também ocorre no Brasil (réus com foro por prerrogativa de função perante o STF são julgados por este tribunal em única instância, sem possiblidade de recorrer a tribunal superior)" (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: sentenças opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 361).

[332] 111. Ante o exposto, a Corte conclui que, no presente caso, devido à inexistência de um recurso judicial eficaz que garantisse ao senhor Liakat Ali Alibux seu direito a recorrer da sentença, assim como ao fato de que, no momento da criação do recurso de apelação em 2007, a violação do direito a recorrer da sentença do senhor Alibux já havia se materializado, e, portanto, tal recurso não poderia sanar a situação jurídica infringida, o Estado do Suriname violou o artigo 8.2.h) da Convenção Americana (Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux* vs. *Suriname.* Sentença 30.01.2014. Série C, nº 276, parágrafo 111).

[333] [...] "105. Portanto, o artigo 8.2.h) da Convenção Americana estabelece o "direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". O senhor Liakat Alibux foi julgado pelo órgão máximo de justiça do Suriname, e não existia um tribunal ou juiz superior que pudesse fazer uma revisão integral da sentença condenatória. Assim, em circunstâncias como essa, a Corte interpreta que, não existindo um tribunal de maior hierarquia, a superioridade que revisa a sentença condenatória se entende cumprida quando o

Assim, expressamente a CIDH reconheceu que a mais alta corte do país pode cometer erros e que deve haver possibilidade de recurso com direito a reexame completo da matéria que já foi julgada[334].

Ademais, a doutrina brasileira ainda não se debruçou no estudo dos controles de convencionalidade e supralegalidade, principalmente tendo em vista que o Pacto de São José da Costa Rica detém status de norma supralegal[335], hierarquicamente superior ao Código de Processo Penal.

Ora, se o sujeito não detém foro de prerrogativa de função constitucionalmente insculpida, é fato que há um conflito de normas entre o artigo 78, inciso III, do Código de Processo Penal e a norma supralegal citada, pois viola o princípio do duplo grau de jurisdição.

Somente a título de exemplo[336], "a Comissão Interamericana, no *Caso Maria da Penha* (2001), reconheceu ter o Brasil violado o direito a um recurso efetivo, situação que também ocorreu no *Caso Damião Ximenes* (2006) e no *Caso Garibaldi* (2009), todos contra o Brasil".

---

plenário, uma turma ou câmara, dentro do mesmo órgão colegiado superior, mas de composição diferente da que conheceu da causa originalmente, resolve o recurso interposto com a faculdade de revogar ou modificar a sentença condenatória proferida, se considerar pertinente. Nesse sentido, a Corte assinalou que pode ser estabelecido, "[...], por exemplo, [...] que o julgamento em primeira instância estará a cargo do presidente ou de uma turma do órgão colegiado superior, e o conhecimento da impugnação corresponderá ao plenário do referido órgão, com a exclusão daqueles que já se pronunciaram a respeito do caso"115. Ademais, a Corte verifica que esta tem sido a prática de alguns Estados da região (par. 98 supra). Sem prejuízo disso, o Tribunal estima que o Estado pode se organizar da maneira que considere pertinente com o propósito de garantir o direito a recorrer da sentença dos altos funcionários públicos" (Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux* vs. *Suriname.* Sentença 30.01.2014. Série C, nº 276, parágrafo 105).

[334] [...] "103. Não obstante, a Corte verifica que não havia nenhum recurso perante o órgão máximo de justiça que julgou o senhor Alibux que poderia ter sido interposto, a fim de garantir o direito a recorrer da sentença condenatória, contrariamente ao disposto no artigo 8.2.h) da Convenção Americana. Nesse sentido, a Corte considera que embora tenha sido a Alta Corte de Justiça que julgou e condenou o senhor Alibux, o nível do tribunal que julga não pode garantir que a decisão em instância única será proferida sem erros ou vícios. Em razão disso, mesmo quando o processo penal em instância única estiver a cargo de uma jurisdição diferente da ordinária, o Estado deveria ter garantido que o senhor Alibux pudesse contar com a possibilidade de recurso em sentença adversa113, com base na natureza da garantia mínima do devido processo que tal direito ostenta. A ausência de um recurso significou que a condenação proferida em seu desfavor fosse definitiva e, por conseguinte, o senhor Alibux cumpriu uma pena privativa de liberdade". (Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux* vs. *Suriname.* Sentença 30.01.2014. Série C, nº 276, parágrafo 103).

[335] HC 87.585-TO e RE 466.343-SP, ambos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

[336] GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal. Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 320.

Como já foi dito, havendo conexão ou continência de crimes entre um agente que detém foro por prerrogativa de função e outro corréu que não detém tal prerrogativa, poderá haver julgamento único, no foro prevalente, que é o de maior graduação (art. 78, III, do CPP), nos caso de não ser realizado o desmembramento do processo.

Observa-se que o Ministro Ricardo Lewandowski, no Inquérito 2245/MG, que embasou a Ação Penal nº 470/MG, já havia se manifestado no sentido de haver violação ao duplo grau de jurisdição, com assento constitucional (art. 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna) e convencional (art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica), para os réus que não detém foro por prerrogativa de função, uma vez que o tribunal analisou a matéria fática uma única vez.

Os recentes controles de convencionalidade e supralegalidade devem ser invocados e estudados para assegurar a aplicação correta do Código de Processo Penal em consonância com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos[337].

O controle de convencionalidade e supralegalidade tem por objetivo analisar a relação de compatibilidade vertical do direito nacional com o Pacto de São José da Costa Rica e outros tratados de direitos humanos, que poderão, inclusive, alcançar o *status* de norma constitucional, se forem aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da CF.

Dessa feita, não basta às normas nacionais serem analisadas de acordo com a Constituição Federal. Deverão, também, respeitar os tratados internacionais sobre direitos humanos. Assim, além da Constituição Federal, o direito supralegal também condicionará a validade da lei.

---

[337] Conforme preceitua Valério de Oliveira Mazzuoli[337], "a compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do *controle de convencionalidade*, que é complementar e coadjuvante (jamais subsidiário) do conhecido controle de constitucionalidade. A expressão "controle de *convencionalidade*" ainda é pouco conhecida no Brasil, não tendo sido objeto de qualquer estudo entre nós até o presente momento. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional. Já o *controle de supralegalidade* representa a compatibilização das leis com os tratados internacionais *comuns* que se situam acima delas, por deterem *status* supralegal" (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 174).

O controle de convencionalidade pode ser feito tanto pelo juiz nacional, de ofício ou a requerimento, quanto por ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, quando o tratado foi aprovado de acordo com o art. 5º, § 3º, da CF. Ainda, pode ser feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tanto da norma aplicada ao caso concreto quanto da norma ainda não aplicada[338].

André de Carvalho Ramos discorre sobre a teoria do duplo controle, ou seja, os direitos humanos "possuem uma dupla garantia: o *controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade internacional.* Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil"[339]

De acordo com o citado autor, essa interpretação nacional desconectada da interpretação internacional destrói a essência da internacionalização dos direitos humanos, que tem sua efetividade condicionada não só à internacionalização do texto do tratado, como ainda da interpretação dele pela Corte. Assim, o autor sustenta a necessidade de um "diálogo entre as Cortes", afinal ambas cumprem a missão de assegurar o respeito aos direitos fundamentais e a dignidade humana. Contudo, diante da impossibilidade de obrigar os juízos nacionais a submeter-se à interpretação dos órgãos internacionais – por força da independência funcional e do Estado Democrático de Direito – as normas devem ser analisadas de acordo com a teoria do duplo controle de direitos humanos, reconhecendo a autonomia do controle de constitucionalidade pelo STF e juízos nacionais, e do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana. Haveria, assim, uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade a nível nacional e um controle de convencionalidade a nível internacional[340].

Desse modo, observa-se que a regra descrita no art. 78, inciso III, do CPP, não resiste a uma análise acurada.

---

[338] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1328/1331.

[339] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos.* 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 496.

[340] RAMOS, André de Carvalho. *Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.* In GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 174-225, p. 216-219).

Logo, observa-se que a previsão do art. 78, inciso III, do CPP, vai de encontro com a previsão do art. 8, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica. Pela hierarquia das leis, o CPP é inferior ao Pacto. Logo, ao realizar um controle de convencionalidade do CPP, observa-se que ele é incompatível com a atual ordem jurídica vigente.

O Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar sobre a matéria, no ano de 2002, decidiu que a Convenção Americana de Direitos Humanos não se sobrepõe à Constituição Federal[341].

---

[341] "EMENTA: I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3 .À falta de

Porém, mesmo que se argumente que as previsões de competência têm acentos constitucionais e se sobreporiam ao Pacto de São José da Costa Rica, as regras da Convenção devem ser interpretadas *pro homine* ou de acordo com a primazia da norma mais favorável na era da ponderação de direitos. Isso significa dizer que as normas não devem ser interpretadas de acordo com as suas hierarquias, mas sempre em favor dos indivíduos, garantindo a máxima proteção[342].

No mesmo sentido, Gustavo Badaró diverge do entendimento da Suprema Corte brasileira sobre a força dos tratados sobre direitos humanos e sustenta que a colidência entre a Constituição e os tratados de direitos humanos deve ser solucionada mediante interpretação *pro homine* – que impõe interpretação dos direitos humanos mais favorável ao indivíduo – e o princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo – segundo o qual, no caso de conflito de normas, deve prevalecer a mais benéfica ao indivíduo[343].

órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada" (RHC 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, STF, pleno, julgamento em 29.03. 00, DJ 22.11.2002).

[342] Fábio Konder Comparato explica a questão: "Isto posto, pergunta-se: - No terreno dos chamados direitos fundamentais, isto é, os direitos humanos reconhecidos expressamente pela autoridade política, existe uma hierarquia normativa? O direito internacional prevalece sobre o direito interno, ou trata-se de duas ordens jurídicas paralelas? Nesta última hipótese, como resolver os eventuais conflitos normativos entre o direito internacional e o interno? Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram no nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre normas internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico" (COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 74). No mesmo sentido, André de Carvalho Ramos: "A doutrina em geral aponta que a *régle d´or* de interpretação das normas de proteção internacional dos direitos humanos é a primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Essa busca da *maior proteção possível* consta explicitamente nos tratados, na medida em que nos mesmos é mencionada a impossibilidade de interpretação do próprio tratado que exclua ou revogue proteção normativa maior já alcançada" (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 353).

[343] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais.* 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 54.

O princípio *pro persona* (ou *pro homine*) leva em consideração a aplicação da norma mais favorável e não critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade, que excluem aplicação da norma através de métodos de interpretação[344].

Na Espanha, o princípio do duplo grau de jurisdição é previsto no através da combinação dos artigos 24[345] e 10.2[346], da Constituição Espanhola, e do artigo 14.5[347], do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o qual foi ratificado pela Espanha sem nenhuma reserva. Ainda, o artigo 96[348], da Constituição Espanhola estabelece que os tratados celebrados farão parte da legislação interna.

---

[344] Segundo Luiz Guilherme Arcaco Conci, Konstantin Gerber e Giovanna de Mello Cardoso Pereira, "O princípio *pro persona*, sumariamente, consiste num instrumento interpretativo desenvolvido pela doutrina, cuja finalidade é buscar sempre a melhor proteção à dignidade da pessoa humana. Em plano material, resta na ideia de que, caso exista mais de uma norma aplicável a um caso concreto, deverá prevalecer aquela que tutelar determinado direito da forma mais ampla ou menos restritiva o possível, em detrimento daquela que assim não o faça. [...] Caracterizado como direito humano e, assim, englobando todas as delimitações da teoria dos mesmos, o *pro persona*, partindo da finalidade de ampliar ao máximo o gozo de todo e qualquer direito, considera que as normas jurídicas não se excluem, mas se complementam. A aplicação do princípio deve ocorrer de forma contingente, ou seja, diante do conflito entre duas normas jurídicas, ao invés de utilizaram-se os critérios cronológico, hierárquico, ou da especialidade, devem elas ser consideradas conjuntamente, ponderando-se, assim, sobre qual produz o resultado que melhor resguarda a dignidade humana" (CONCI, Luiz Guilherme Arcaco; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. *Normas ius cogens e princípio pro persona* In Controle de Convencionalidade: temas aprofundados. Coordenadores Luciano Mariz Maia e Yulgan Lira. Salvador: Juspodium, 2018, p. 107).

[345] Artículo 24 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión

[346] Artículo 10. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

[347] 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores. [...] 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

[348] Artículo 96. 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

O Tribunal Constitucional espanhol analisou três precedentes sobre conexão envolvendo aforados e não aforados, sendo as Sentenças 64, 65, 66, todas do ano de 2001[349].

Em resumo, a fim de não estender em demasia a discussão acerca do direito espanhol, o Tribunal Constitucional espanhol decidiu que é possível que um cidadão não aforado seja julgado junto com uma autoridade aforada, pois a lei assim estabelece (art. 17, da Ley de Enjuiciamiento Criminal), bem como não seria possível a separação de processos em virtude da pluralidade de atos criminosos e suas excessivas proporções, colocando em risco o processo criminal, tratando-se de critério de extensão de competência a pessoas não aforadas estrito e rigoroso, sendo uma exigência de caráter excepcional. Ainda, para apreciar a conexão, foi utilizado um critério de ponderação, colocando de um lado o caráter excepcional de sua competência como órgão de julgamento criminal e, de outro, atender as exigências de uma boa administração da justiça em matéria penal[350].

Da leitura da decisão do Tribunal Constitucional espanhol, é possível extrair os mesmos problemas da legislação brasileira, uma vez que o princípio do juiz natural fica à mercê do Poder Judiciário, pois se trata de critério discricionário, assim como há violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, pois cidadãos não aforados não terão direito a recurso, sendo julgados por uma única instância.

---

[349] ARNAIZ, Alejandro Sáiz. *Aforamiento y doble grado de jurisdicción*. Rioja, Logroño, España: Parlamento y Constitución. Anuario, n. 5, p. 71-101, 2001.

[350] "[...] De otra parte, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el Auto de 24 de septiembre de 1997, de apertura del juicio oral (FJ 2), en relación con la conexidad sostuvo: "en los asuntos complejos, relativos a actividades múltiples de un mismo grupo o grupos más o menos coordinados entre sí, como pudo ocurrir con la actuación de los llamados GAL, si se utilizara un criterio amplio en cuanto al concepto de delitos conexos, podríamos llegar a incluir dentro del mismo procedimiento una pluralidad de hechos posiblemente delictivos de tal magnitud que fuera prácticamente imposible manejar el correcto funcionamiento procesal de la causa penal por sus desmesuradas proporciones. Para evitar esto es necesario que adoptemos respecto de la conexión (que obligaría a incluir en un solo proceso el conocimiento de los diferentes delitos unidos entre sí por determinados elementos -arts. 17, 18 y 300 LECr-) un criterio estricto y riguroso, lo que, por otro lado, es asimismo una exigencia derivada del carácter excepcional que el T.S. tiene como órgano judicial cuando conoce de la instrucción y enjuiciamiento de determinadas causas penales que se siguen contra determinadas personas, a las que se refiere el art. 57-2º LOPJ. [...] A la luz de las circunstancias del caso, hemos de concluir que el Tribunal Supremo, al apreciar la conexidad, ha tenido en cuenta el tenor de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 17, 18, 272.3 y 300) y ha utilizado un criterio de ponderación, que, de un lado, es riguroso en atención al carácter excepcional de su competencia como órgano de enjuiciamiento, y, de otro, atiende a las exigencias de una buena Administración de Justicia en materia penal, criterios que se proyectan sobre el conocimiento de todos los afectados por el proceso. Por lo que ha de desestimarse la queja aquí examinada" (STC 64/2001, de 17 de marzo. Tribunal Constitucional Espanhol, BOE n. 83, de 06 de abril de 2001).

Um dos argumentos utilizados pela jurisprudência espanhola é no sentido de que a Espanha aderiu ao Protocolo Número 7, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Mesmo tendo aderido ao protocolo apenas no ano de 2009, (ratificação em 15 de outubro de 2009), o Tribunal Constitucional já se utilizava da exceção do artigo 2, 2[351], para afastar a possiblidade de recurso quando do julgamento de aforados[352].

No ano de 2015, houve uma mudança no Código de Processo Penal espanhol através da Ley 41/2015, onde o artigo 17 foi modificado no sentido de que a conexão só se justifica quando for mais conveniente para esclarecer os fatos e determinar a responsabilização de seus autores, conforme o próprio texto legal, revogando-se, inclusive, o artigo 300, do Código, que trazia a conexão como unidade de processos, em qualquer hipótese. Ainda, estabeleceu a possibilidade de recursos para caso de competência originária em sentenças proferidas pela *Sala Penal de la Audiencia Nacional* e pelas *Audiencias Provinciales*.

Porém, essa mesma lei não trouxe a possibilidade de recurso tanto para aforados quanto para não aforados processados por conexão no caso da competência originária da Sala Penal do Tribunal Supremo, descumprindo, assim, o artigo 14.5 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o qual foi ratificado pela Espanha sem nenhuma reserva.

Ainda, do último precedente da Sala Penal do Tribunal Supremo, a única mudança visível é no sentido de que a extensão da competência a pessoas não detentoras de foro por prerrogativa de função somente se dará quando se apresente uma conexão material incindível com as pessoas detentoras de tal prerrogativa. Em caso negativo, haverá cisão processual[353].

---

[351] Art. 2º Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal. 2. Este direito pode ser objecto de excepções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.

[352] STC 113/1994, de 14 de abril. Tribunal Constitucional Espanhol, BOE n. 117 de 17 de maio de 1994).

[353] STC 459/2019, de 14 de outubro. Tribunal Constitucional Espanhol, pendente de publicação no BOE.

Mesmo assim, observa-se que se trata de critério casuístico e discricionário, sem oportunizar ao não aforado o duplo grau de jurisdição, sendo possível notar que as críticas acima apontadas se encontram incólumes.

Porém, no âmbito global, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14, 5[354], estabelece a previsão do duplo grau de jurisdição.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU se manifestou em duas oportunidades quanto à Espanha, envolvendo violação ao duplo grau de jurisdição.

No *Caso Terron c. España*, Jesús Terron foi julgado pelo Tribunal Supremo da Espanha por um delito de falsidade de documento particular. Ele foi condenado em uma única instância. Então, formulou uma comunicação ao Comitê de Direitos Humanos da ONU alegando violação ao artigo 14.5, do PIDCP, uma vez que não era aforado e foi julgado juntamente com outro aforado, violando seu direito ao duplo grau de jurisdição. O Comitê decidiu que, nesse caso, houve violação do artigo 14.5, do PIDCP, pelo Estado-Parte (Espanha, no caso)[355].

No *Caso Capellades c. España*, igualmente, Luis Oliveró Capellades foi julgado por um delito conexo com réus detentores de foro especial, e foi condenado sem que pudesse recorrer. O Comitê, novamente, decidiu que houve violação do artigo 14.5, do PIDCP, independentemente de muitos Estados-Parte preveem que algumas autoridades são julgadas pela mais alta corte do país[356].

---

[354] Artigo 14, 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

[355] "[...] 7.4 El Estado Parte argumenta que en situaciones como la del autor, si una persona es juzgada por el más alto tribunal ordinario en materia penal, no es aplicable la garantía establecida en el artículo 14, párrafo 5 del Pacto; que la circunstancia de no tener derecho a una revisión por un tribunal superior se compensa con el juzgamiento por el tribunal de mayor jerarquía y que esta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto. El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. El Comité recuerda que la expresión "conforme a lo prescrito por la ley" no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes. Si bien la legislación el Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal. Por consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación" (Caso Terron c. España: Comunicación nº 1073/2002, de 15 de noviembro de 2004, referência CCPR/C/82/D/1073/2002)

[356] "[...] 7. En cuanto a la queja relacionada con el artículo 14, párrafo 5, el Comité observa que el juzgamiento del autor por el tribunal de más alta jerarquía se produjo como consecuencia de que uno de los co-acusados

Em Portugal, conforme anteriormente mencionado, o artigo 27[357], do Código de Processo Penal português, estabelece a regra segundo a qual prevalecerá a competência do tribunal de maior hierarquia ou espécie mais elevada. Logo, conforme já mencionando, se um corréu cometer um crime juntamente com um detentor de foro por prerrogativa de função, serão ambos julgados pelo tribunal de maior hierarquia.

Todavia, o princípio do duplo grau de jurisdição sofre a mesma restrição do ordenamento jurídico espanhol, no sentido do protocolo adicional n.º 7, à Convenção Europeia de Direitos do Homem[358].

---

eran un senador y un diputado y que conforme a la legislación interna, el juzgamiento de los hechos en que aparecieran involucrados dos parlamentarios correspondía al Tribunal Supremo. El Comité toma nota de los argumentos del Estado Parte en el sentido que la condena por el tribunal de más alta jerarquía es compatible con el Pacto y que esta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto. Sin embargo, el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. El Comité recuerda que la expresión "conforme a lo prescrito por la ley" no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes. Si bien la legislación el Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior. Por consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación" (Caso Capellades c. España: Comunicación nº 1211/2003, de 08 de agosto de 2006, referência CCPR/C/87/D/1211/2002).

[357] Artigo 27.º - Se os processos conexos devessem ser da competência de tribunais de diferente hierarquia ou espécie, é competente para todos o tribunal de hierarquia ou espécie mais elevada.

[358] Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, "É certo que o legislador constituinte deu uma particular importância a esta questão no âmbito do processo penal, consagrando um direito constitucional do arguido ao recurso no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição na revisão constitucional de 1997, na linha do direito estabelecido pelo artigo 2.º do protocolo adicional n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pelo artigo 14.º, n.º 5, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Este direito consubstancia-se num direito a recorrer de decisões condenatórias e de "decisões de privação ou restrição da liberdade ou de outros direitos fundamentais do arguido" (acórdãos do TC n.º 31/87, n.º 178/88, n.º 265/94 e n.º 720/97 e acórdãos do TEDH Delcout v. Bélgica, de 17.1.1970, Krombach v. França, de 13.2.2001, Mariani v. França, de 31.3.2005, Gurepka v. Ucrânia, de 6.9.2005, e Grecu v. Roménia, de 30.11.2006). A sentença condenatória deve ser controlada quer quando à decisão sobre a culpabilidade quer quanto à decisão sobre a espécie e medida da pena quando tenha havido confissão dos factos pelo arguido (vd. relatório explicativo do referido protocolo adicional n.º 7 à CEDH, em consonância com o artigo 14.º, n.º 5, do PIDCP: "Qualquer pessoa declarada culpa de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença, em conformidade com a lei"). A sentença condenatória deve também ser controlada quanto à matéria de facto, quer no que respeita aos factos relevantes para a questão da determinação da sanção (acórdãos do TC n.º 219/89, n.º 322/93, n.º 577/98 e acórdãos do TEDH proferidos nos casos acórdãos Le Compte v. Bélgica (plenário), de 10.2.1983, Öztürk v. Alemanha (plenário), de 21.2.1984, Helmers v. Suécia (plenário), de 29.10.1991, e Krombach v. França, de 13.2.2001, bem como a comunicação 701/1996 do Comité de Direitos Humanos, no caso Gomez Vasquez v. Espanha). Excepções a estas regras só são admissíveis no caso de infracções "menores", isto é, não puníveis com pena de prisão (segundo o relatório explicativo do protocolo adicional à CEDH e a declaração interpretativa da Dinamarca quando da ratificação do protocolo) e no caso de julgamento em primeira instância da mais alta jurisdição interna (como sucedeu, por exemplo, no caso Cöeme e outros v. Bélgica, de 22.6.2000)" (ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 4 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 1036).

Ainda, a Itália, ao ratificar o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, fez reserva quanto ao artigo 14.5, quando um detentor de foro por prerrogativa de função é julgado pela mais alta corte, não se aplicando o duplo grau de jurisdição.

Assim, apesar de haver situações no direito estrangeiro idênticas ao direito nacional, é possível observar que não houve uma solução para esses casos de forma a preservar o duplo grau de jurisdição.

5.3. Consequências da violação das regras de competência nos casos de conexão e continência com foro por prerrogativa de função

Conforme é sabido, as regras processuais são criadas para que haja segurança jurídica nos atos processuais, bem como para limitar o poder estatal.

Desse modo, a prática de violação às regras de competência tem consequências processuais, que serão analisadas a seguir.

5.3.1. Nulidade absoluta ou inexistência dos atos processuais praticados por juiz incompetente

O processo penal se desenvolve baseado em regras pré-existentes. A previsão de atos processuais, de competência, rito processual, etc., tem por finalidade a segurança jurídica e a correta prestação jurisdicional. A forma processual, como já dito, é uma garantia do acusado contra o exercício do poder punitivo do estado.

A existência das formalidades, que determinam o modo e a maneira que os atos serão praticados, é denominado pela doutrina como tipicidade dos atos processuais. O desrespeito a tipicidade pode conduzir ao reconhecimento de alguma nulidade, que será valorada de acordo com sua gravidade e extensão do vício formal[359].

---

[359] MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 549.

Nessa toada, fala-se, então em regras de competência absoluta e competência relativa. A competência absoluta diz respeitos às regras de interesse público, ao passo que a competência relativa diz respeito ao interesse das partes.

No caso da competência por prerrogativa da função, tratando-se de competência *ratione personae*, têm-se que se trata de competência absoluta, pois presente o interesse público, além de ser improrrogável. O vício de competência, nesse caso, é insanável[360].

Dessa feita, o descumprimento das regras de competência acarreta uma consequência no processo penal. De acordo com o art. 564, inciso I, do CPP, haverá nulidade por incompetência do juízo.

Ainda, o artigo 567, do Código de Processo Penal, estabelece que a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios. Todavia, o citado artigo foi promulgado na vigência da Constituição de 1937, a qual não previa a garantia do juiz natural.

Nesse aspecto, GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO[361] advertem que:

> "agora, em face do texto expresso da Constituição de 1988, que erige em garantia do juiz natural a competência para *processar* e *julgar* (art. 5º, LIII, da CF), não há como aplicar-se a regra do art. 567 do CPP aos casos de incompetência constitucional: não poderá haver aproveitamento dos atos não-decisórios, quando se tratar de competência de jurisdição, como também de competência funcional (hierárquica e recursal), ou de qualquer outra, estabelecida pela Lei Maior".

Ainda, prosseguem os renomados autores[362] "por isso nova leitura também merece o art. 564, inciso I, do CPP, no que respeita à incompetência constitucional: nesse caso, não ocorrerá nulidade, mas inexistência dos atos praticados pelo juiz incompetente".

---

[360] Conforme José Frederico Marques, "Por ser matéria de ordem pública, a competência penal, salvo em casos excepcionais de competência territorial, é absolutamente improrrogável. Donde poder ser declinada de ofício, em qualquer fase ou grau do processo (Código de Processo Penal, artigo 109), sendo insanável o vício da incompetência" (MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Edição Saraiva, 1953, p. 306).

[361] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 54/55.

[362] Idem, p. 55.

A título de exemplo, se um Promotor de Justiça é processado criminalmente por outro Promotor de Justiça, sendo julgado por um juiz de Direito de 1ª instância, fica fácil concluir que tal decisão será inexistente, por vício de competência, uma vez que somente o Procurador-Geral de Justiça poderia processar o acusado, no órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado que o membro integra.

Todavia, em relação ao tema da dissertação, em se tratando de regras de conexão e continência, a primeira observação a ser feita é no sentido de que o julgador pode aplicar a regra dos artigos 78, inciso III, e 80, ambos do Código de Processo Penal, e desmembrar o processo, pois entendeu que o desmembramento do processo era possível, pois o crime foi praticado por autoridade detentora de for por prerrogativa de função com cidadão comum e os fatos não se revelaram imbricados, possibilitando a cisão.

Poderia, então, o cidadão não detentor de foro por prerrogativa de função pugnar pela incompetência do juízo comum para julgá-lo, alegando a competência do juízo especializado? Nessa toada, a ausência de *simultaneus processus* não resultará em nulidade[363].

Observa-se, ainda que, neste caso, é muito mais benéfico para o réu ser julgado pelo juízo comum, uma vez que terá assegurada todas suas garantias processuais, como o juiz natural, o duplo grau de jurisdição, entre outras.

---

[363] Segundo Roberto Luis Luchi Demo, "Como a conexão não constitui critério de fixação da competência, mas de modificação desta, o seu acolhimento por um dos juízes *não implica* reconhecimento da incompetência de outro, motivo por que a ausência do *simultaneous processus* não resulta na nulidade, seja total de ambos os processos, seja do processo penal que deveria ter se submetido à *vis attractiva* da competência prevalente. Interpretação do art. 82, do CPP" (DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência Penal Originária (uma perspectiva jurisprudencial crítica)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 333). No mesmo sentido, o STJ já decidiu a matéria, conforme ementa: "RECURSO EM HABEAS CORPUS. CONEXÃO INSTRUMENTAL. NÃO APENSAMENTO DOS AUTOS. SENTENÇA EM UM DOS PROCESSOS. EXTENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Fatos criminosos distintos devem fundamentar a devida prestação jurisdicional, não importando a ausência do simultaneus processus em qualquer lesão do iuris libertatis do réu, à falta de direito seu à extensão da sentença absolutória já editada. 2. O vínculo da conexão dá fundamento, por certo, à unidade de processos, sem sanção, contudo, de nulidade, determinando, como determina, o artigo 82 do Código de Processo Penal: "Art. 82. 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." 3. Recurso improvido" (RHC 10.424/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, STJ, 6ª Turma, julgamento em 06.03.2001, DJ 13.08.2001).

Por outro lado, se o juiz não determinar o desmembramento do processo, obrigando o cidadão comum a ser julgado pela justiça em que o corréu é detentor do foro por prerrogativa de função, é possível alegar a incompetência da justiça especializada? Nesse caso, também não é possível alegar a incompetência, de acordo com as regras do Código de Processo Penal, pois a justiça de maior graduação exerceu a *vis attractiva.* Esse é o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme decisão na Ação Penal 470/MG.

Porém, esse entendimento não pode prevalecer. Conforme amplamente demonstrado, não pode a regra inscrita no Código de Processo Penal se sobrepor à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que detém status normativo superior e prevê a obrigatoriedade de disponibilização do duplo grau de jurisdição[364].

Ainda, sequer é possível ao réu alegar incompetência do juízo, de acordo com as regras do Código de Processo Penal e do atual posicionamento do STF.

Logo, ao não cindir o processo e julgar um corréu não detentor de foro por prerrogativa de função em continência subjetiva com um detentor de tal prerrogativa, deveria ser reconhecida que o julgamento é feito por um juiz absolutamente incompetente, tratando-se de ato inexistente.

---

[364] Segundo Renato Brasileiro de Lima, "Ora, tendo em conta que o duplo grau de jurisdição está previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 8º, nº 2, "h"), resta saber se esse entendimento do Supremo Tribunal Federal negando o direito ao duplo grau de jurisdição não está a merecer mudança de posicionamento nos casos e quem o corréu sem foro por prerrogativa de função é julgado pelos Tribunais em virtude da conexão ou da continência. De acordo com a súmula 704 do Supremo, *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.* Da leitura da referida súmula, que não faz menção à eventual violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, depreende-se que, caso um deputado federal pratique um crime em coautoria com um cidadão que não faça jus ao foro por prerrogativa de função, ambos poderão ser julgados perante a Suprema Corte. Em relação ao Deputado Federal, pensamos que a questão não apresenta maiores problemas. Afinal, se a própria Constituição estabeleceu o foro por prerrogativa de função perante a mais alta Corte do País (art. 53, §1º), não havendo um juízo *ad quem* que possa viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, este não terá o direito de apelar. Todavia, bem diversa é a situação do coautor ou partícipe. De fato, 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 coautor 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, nº 2, "h"), privando o coautor do direito de apelar? Pensamos que não. Destarte, diante do status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, e considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê o direito ao duplo grau de jurisdição de maneira expressa, caso o coautor não tenha foro por prerrogativa de função, impõe-se a separação dos processos, respeitando-se, quanto a este, o direito assegurado no art. 8º, nº 2, "h", do Dec. 678/92" (LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de competência criminal.* 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, pág. 231/232).

Não é possível admitir que o ordenamento jurídico brasileiro chancele uma decisão inexistente, unicamente com base em uma lei ordinária. A regra tida no artigo 82, do CPP, somente tem lugar quando se tratam de competências relativas[365].

Ainda, resta uma última questão a ser debatida. Se o Supremo Tribunal Federal mudar de orientação e anular a decisão proferida pelos tribunais para o corréu não detentor de foro por prerrogativa de função, não poderia ser ele novamente processado pelo mesmo fato, mesmo que se reconhece a inexistência da decisão.

Nesse sentido, não poderia haver uma declaração de inexistência *pro societate*[366], impedindo, assim, um novo processo penal contra o acusado.

---

[365] Segundo Fauzi Hassan Choukr, "Dada a compreensão predominante de relatividade da natureza dessas causas de modificação da competência, determinado provimento decidiu que "o vínculo da conexão dá fundamento, por certo, à unidade de processos, sem sanção, contudo, de nulidade. Sem embargo, isso pode ser aceito apenas quando estiverem presentes critérios de fixação igualmente tidos como de natureza "relativa" (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial.* 8 ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2018, p. 336).

[366] Conforme Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, "[...] Em se tratando de processo penal, o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*. E o dogma do *ne bis in idem* deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito do fato delituoso que foi objeto de outra ação penal. É certo que o *ne bis in idem*, como impedimento para o segundo juiz de manifestar-se em outro processo, contra o mesmo réu e pelo mesmo fato, é princípio que se liga tecnicamente à coisa julgada, em sua função negativa. E que, na hipótese de sentença juridicamente inexistente, não se forma a coisa julgada. Mas, no terreno da repressão penal, no qual estão diretamente em jogo os valores supremos do indivíduo – vida, liberdade, dignidade -, o *ne bis in idem* assume dimensão de proteção autônoma, sendo reconhecido mesmo naqueles casos em que não se poderia falar, tecnicamente, em coisa julgada" (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 55/56). Em sentido contrário, Fernando de Almeida Pedroso sustenta que "Não tendo previsto a codificação penal adjetiva a ação rescisória, e cuidando tão-somente da revisão criminal *pro reo*, com o que deixou a descoberto o problema da incompetência absoluta em julgado que o favorece, temos para nós que, à falta de dispositivo específico similar ao do processo civil, conferindo expressamente efeitos a ato inexistente, a tisna pode ser reconhecida, na seara do processo penal, em qualquer processo ou grau de jurisdição. Ora, certamente aponta Maria Lúcia Karam, inexistindo uma real intervenção de um órgão estatal em situação que *só aparentemente* era um processo, não haveria violação ao princípio do *ne bis in idem* na propositura de nova ação penal em que se deduzisse pretensão punitiva fundada no mesmo fato, pois, com esta nova ação penal, não se estaria renovando a persecução penal, que simplesmente não se concretizaria na situação anterior (g.n.). [...] Essa, em nosso pensar, é a solução que há de ser dada àqueles casos em que o réu, definitivamente julgado perante o juízo absolutamente incompetente, almeja trancar a persecução penal que, pelo mesmo fato, tem trâmite junto ao juízo realmente competente. É, aliás, o que se tem verificado, amiúde, nos casos de processos paralelos nas Justiças militar e comum. De tal arte, em arremate, pode-se perfeitamente concluir que a transgressão concernente às regras que fixam a competência *ratione materiae* ou *personae*, pela clamorosa e manifesta ilegitimidade de atuação do órgão judiciário, que assim afronta o princípio do juiz natural, anula não somente os atos decisórios, mas todo e qualquer ato que pratique no processo, a começar pelo recebimento da exordial acusatória" (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Competência Penal:* doutrina e jurisprudência. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 116/117).

5.3.2. A possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Sobre a formação dos tratados, é importante salientar que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, de acordo com o artigo 84, VIII, da Constituição Federal.

Por sua vez, ao Congresso Nacional, de sua competência exclusiva resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal.

Desse modo, formalizado e internalizado o tratado, ele passa a ter força jurídica obrigatória e vinculante. Seu descumprimento implica em responsabilização internacional do Estado violador[367].

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados versa acerca das regras gerais sobre os tratados internacionais. Ela foi ratificada pelo Decreto nº 7.030/2009 e, em seu artigo 1º, "d"[368], estabelece que o Brasil, ao celebrar um tratado internacional, pode fazer uma "reserva", ou seja, pode discordar de determinada prescrição legal e não a aderir.

Em breves palavras, segundo Flávia Piovesan, o Brasil aderiu à Convenção Americana de Diretos Humanos, que "estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia. Esse aparato é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana"[369].

---

[367] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102/103.

[368] 1. Para os fins da presente Convenção: d)"reserva" significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado.

[369] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314.

Assim, segundo artigo 41, da Convenção Americana, a Comissão tem, entre outras funções, promover a observância e a defesa dos direitos humanos e formular recomendações aos governos dos Estados-Membros, para que adotem medidas em prol dos direitos humanos.

Ainda, de acordo com o artigo 44, da Convenção Americana, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental pode apresentar petições à Comissão, contendo denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado-Parte.

Preenchidos os requisitos estabelecidos no artigo 46, da Convenção Americana, e superadas todas as possibilidade previstas nos artigos 48 a 50, da Convenção Americana, o caso poderá ser submetido à Corte Interamericana, que é um órgão jurisdicional que poderá determinar que o Estado-Parte tome providências para restaurar o direito violado ou então condená-lo a pagar uma indenização para a vítima.

No que se refere ao Pacto de São José da Costa Rica, cumpre salientar que não houve nenhuma reserva na adesão do tratado quanto ao duplo grau de jurisdição, especificamente no que tange ao artigo 8, 2, h, da Convenção, quando da promulgação do Decreto nº 678/92.

Logo, trata-se de norma de *jus cogens*, devendo o Brasil respeitar o princípio do *pacta sunt servanda*, comprometendo-se a cumprir o duplo grau de jurisdição previsto no art. 8, 2, h, da Convenção.

Conforme já mencionado, a Corte Interamericana julgou os casos Barreto Leiva vs. Venezuela, em 2009, e Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, no ano de 2014, condenando os estados requeridos justamente porque, em ambos, reconheceu a possibilidade de julgamento de um corréu detentor de foro por prerrogativa de função juntamente com outro corréu que não detém tal prerrogativa, em caso de conexão, desde que, para este, houvesse a possibilidade de recurso com fulcro no artigo 8, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica.

Não há dúvidas de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao não desmembrar os processos envolvendo autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função em conexão com outros cidadãos comuns, viola o Pacto de São José da Costa Rica[370].

Como não houve nenhuma reserva na ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, é possível que o Brasil seja condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O controle de convencionalidade, já apresentado, deve ser utilizado para evitar situações como essa, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Através do controle de convencionalidade seria possível, inclusive, invalidar a norma interna perante o tratado internacional, uma vez que este funciona como parâmetro de validade daquela. Não havendo mais relação de compatibilidade vertical, deverá a norma interna ser declarada inválida, inclusive com efeitos *ex nunc*[371].

---

[370] Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, "Considerando a similitude absoluta entre o *Caso Barreto Leiva*, julgado pela Corte Interamericana em 17.11.2009, e que foi decidido na *Questão de Ordem* da Ação Penal 470 ("Mensalão"), não há dúvidas de que esta última poderá ser objeto de demanda perante o sistema interamericano de direitos humanos (a iniciar-se na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, EUA).Tal se dará exatamente pelo fato de não ter o STF devidamente controlado a convencionalidade das leis brasileiras – em especial, o Código de Processo Penal, que estabelece a regra da conexão (arts. 76, III e 78, III) – em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No caso do "Mensalão" apenas três réus – Valdemar Costa Neto, João Paulo Cunha (PT-SP) e Pedro Henry (PP-MT) – exerciam o mandato, à época do julgamento, de deputados federais, e, portanto, estavam amparados pelo foro privilegiado perante o Supremo; todos os demais 35 réus foram conjuntamente julgados pelo fato de o STF ter entendido que as conexões entre as acusações não autorizavam o desmembramento da ação penal. Foi incoerente o STF nessa decisão, especialmente levando-se em conta que o próprio Supremo (desde dezembro de 2008) admite o *status* supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, uma vez que o Estado não controlou a convencionalidade das leis, ou a controlou de forma errônea ou equivocada, pode o sistema interamericano de direitos humanos, mediante queixa de qualquer cidadão, avocar para si a competência de controle e ordenar que nova solução seja dada ao caso concreto" (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.* Jusbrasil, 26.07.2013. Acesso em 27 nov. 2019. Acesso em https://valeriomazzuoli.jusbrasil.com.br/artigos/121815167/ possibilidade-decondenacao-do-brasil-perante-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos).

[371] Segundo Marcelo Figueiredo, "É evidente que as partes que ajuízam medidas perante o Supremo Tribunal Federal trazem àquele Tribunal as normas e princípios que devem ser aplicados no tema dos direitos humanos. Desse modo, não é por falta de amplo conhecimento que o Supremo muitas vezes faz "ouvidos moucos" às decisões da Corte Interamericana. Creio que é dever dos Tribunais nacionais, e nele incluo o Supremo, conhecer e aplicar o direito internacional (dos direitos humanos). Nada justifica que se apliquem o direito internacional e na vez dos direitos humanos faça-se uma abordagem diversa somente porque ele tem uma corte especial que aprecia e julga suas violações em Costa Rica. Se o Supremo é *guardião* da Constituição, como diz o texto, deve aplicá-la também realizando o controle de convencionalidade. A norma estatal interna que se choca com um tratado de direitos humanos ou com uma decisão da Corte é em princípio inválida e assim deve ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Não foi outro o entendimento no caso "Almonacid Arrelano" que tramitou na Corte. Reconhecida a inconvencionalidade, a consequência será inaplicar a norma objeta da impugnação. Ainda nesta mesma linha, e seguindo a tradição do controle de constitucionalidade, deve-se considerá-la inexistente, inválida, írrita, com efeitos

Em caso de condenação do Brasil perante a Corte, não é possível alegar sua inexequibilidade perante a Constituição Federal, uma vez que o Estado-Parte aderiu ao tratado e não estabeleceu nenhuma ressalva.

Observa-se que, apesar de o Brasil ter assumido o compromisso internacional em se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não houve a regulamentação interna de um procedimento de execução das decisões da CIDH.

Por mais que o Estado alegue que haveria falta de legitimidade dos julgadores, uma vez que o processo de escolha dos juízes da Corte Interamericana pode ser tido como antidemocrático, o fato é que essa perda de democracia deve ser vista como importante para a justiça, já que os tribunais internacionais foram estabelecidos para proteger direitos humanos. A Corte Interamericana tem o dever de legitimar suas decisões, demonstrando que certos direitos humanos representam a vontade da maioria de um país ou, então, que a maioria de vontade de um país carece de base democrática, sendo incompatível com um direito humano[372].

Ainda, existem autores que sustentam a possibilidade de utilização da revisão criminal como instrumento apto a fazer o Brasil cumprir um julgado da CIDH em caso de sua não observância[373].

Quanto ao direito estrangeiro, observa-se que alguns países ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos com reservas, principalmente no que toca ao

---

retroativos (*ex nunc*)" (FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2016, p. 94).

[372] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1334/1336.

[373] Segundo Ana Paula Couto e Marco Couto, "A título de conclusão, é importante registrar que os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH devem ser cumpridos pelos países-membros que se submetem à mesma, de modo que o estudo agora realizado parte da premissa de que o desrespeito a tais julgados configura situação verdadeiramente excepcional. Nesse panorama, considerando que apenas excepcionalmente no seu aspecto criminal, é fundamental que se permita a utilização de algum mecanismo através do qual prevaleça, na prática, o mencionado julgado que, a rigor, fez a melhor leitura dos institutos que tratam dos direitos humanos. O que não se pode é deixar de utilizar os instrumentos processuais que existem no Brasil para conferir efetividade aos julgados da CIDH, de modo que é razoável aplicar o art. 621, I, do CPP, para embasar a ação revisão criminal com o propósito de rever a condenação proferida pela justiça brasileira e revista pela CIDH. Por derradeiro, o que se espera é que o Brasil sempre cumpra o compromisso de outrora e respeite os julgados da CIDH, em especial aqueles que se relacionem a um tema tão sensível quanto à justiça criminal, deixando de ser necessário o emprego da ação de revisão criminal com o propósito de fazer valor os julgados da CIDH" (COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco. *Temas de Processo Penal.* São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 94).

princípio do duplo grau de jurisdição, por exemplo, no caso da Espanha, que aderiu ao Protocolo Número 7, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que traz eu seu artigo 2, 2[374] a possiblidade de afastamento do duplo grau de jurisdição quando o julgamento for realizado em primeira instância pela mais alta jurisdição.

Porém, no âmbito global, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14, 5[375], estabelece a previsão do duplo grau de jurisdição.

5.4. Proposta de estabelecimento de critérios seguros e prévios quanto à definição do órgão julgador competente

Depois de demonstrado que o Supremo Tribunal Federal não andou bem ao ignorar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sob o argumento de que se trata de norma *infraconstitucional*, procura-se, neste trabalho, apresentar soluções outras para o problema apontado.

5.4.1. Uma tentativa de aprimoramento interno

Visando solucionar o descumprimento do princípio do juiz natural e, principalmente, do duplo grau de jurisdição, no julgamento da Ação Penal 470/MG, o Supremo Tribunal Federal procurou resolver a questão.

Na Ação Penal 470/MG, um dos condenados interpôs Embargos Infringentes, com fulcro no artigo 333, inciso I[376], do Regimento Interno, do Supremo Tribunal Federal, alegando a falta de competência do Pretório Excelso para julgá-lo, por violação ao princípio do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, uma vez que não era detentor de foro por prerrogativa de função.

---

[374] Art. 2º Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal. 2. Este direito pode ser objecto de excepções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.

[375] Artigo 14, 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

[376] Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma. i – que julgar procedente a ação penal; [...] Parágrafo único. O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta".

Coube, então, ao Supremo, analisar se conhecia do recurso, uma vez que, no julgamento do recurso ordinário em habeas corpus nº 79.785/RJ, já havia decido que, em se tratando de competência originária, não se haveria falar em duplo grau de jurisdição.

No ano de 1977, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 7, que estabeleceu que o artigo 119, § 3º, da Constituição Federal de 1967, para prever a competência do Supremo Tribunal Federal para exercer atribuição normativa primária.

Assim, dispõe o artigo 119, § 3º, alínea "c", da Constituição Federal de 1967, que cabe ao Supremo, através de regimento interno, estabelecer o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal.

Em 27 de outubro de 1980 é publicado Regime Interno do Supremo Tribunal Federal, prevendo, então, o cabimento dos embargos infringentes, conforme já mencionado.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 não reproduziu a atribuição normativa primária do Supremo Tribunal Federal. Todavia, como não existe inconstitucionalidade formal superveniente no Brasil[377], deve ser feita uma análise da norma no sentido de sua recepção ou não pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Como a Constituição Federal de 1967 previa o poder normativo do Supremo Tribunal Federal, o regimento interno do Supremo foi recepcionado como lei federal[378].

---

[377] Segundo Alexandre de Moraes, "A compatibilidade dos atos normativos e das leis anteriores com a nova Constituição será resolvida pelo fenômeno da recepção, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento juridicamente idôneo ao exame da constitucionalidade de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição atual" (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 752).

[378] Segundo Paulo Mendes de Oliveira, "Digno de nota, no particular, são os votos proferidos no julgamento da Ação Penal 470, em que se discutiu a subsistência dos embargos infringentes previstos no Regimento Interno do STF, frente à Lei 8.038/90, que disciplinou as normas procedimentais para os processos de competência do STJ e do STF. Segundo o Min. Celso de Melo, o artigo 333 do RISTF foi instituído sob a égide da Constituição de 1969, que outorgou à Suprema Corte competência legislativa para sua edição. Tal competência foi abolida pela Constituição Federal CF/1988, passando ao âmbito de atribuições do Congresso Nacional. Contudo, como o RISTF foi recepcionado pela CF/1988 com status legal, somente pode ser alterado por outra lei, sendo vedado ao STF atualmente fazê-lo" (OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Regimentos Internos como fonte de normas processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 38).

Assim, por 6 votos a 5, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo cabimento dos embargos infringentes[379]. Prevaleceu o entendimento de que o Regimento Interno do STF estava vigente, não havia sido revogado pela Lei 8.038/90[380], bem como que, no ano de 1998, houve a rejeição de um projeto de lei que visava extinguir os embargos infringentes, demonstrando, portanto, sua existência no ordenamento jurídico.

Analisando os votos individualmente, o Ministro Celso de Mello usou como um dos argumentos a previsão do duplo grau de jurisdição no art. 8, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, asseverando que a recorribilidade das sentenças condenatórias em ações penais originárias é a melhor interpretação que se harmoniza com a Convenção. Além disso, enfatizou que deve ser utilizado o controle de convencionalidade, uma vez que o Brasil, voluntariamente, aderiu à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, sob pena de

---

[379] Ementa: AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES QUANDO HAJA QUATRO VOTOS FAVORÁVEIS À ABSOLVIÇÃO. 1. O art. 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que prevê o cabimento de embargos infringentes na hipótese, jamais foi revogado de modo expresso pela Lei nº 8.038/1990. Tampouco existe incompatibilidade, no particular, entre os dois diplomas normativos. 2. Embora se pudesse, em tese, cogitar da revogação do dispositivo – em razão de a Lei nº 8.038/1990 haver instituído normas sobre o processamento da ação penal originária –, este nunca foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, há mais de uma dezena de pronunciamentos do Tribunal – em decisões monocráticas e acórdãos, de Turma e do Plenário – no sentido de que o art. 333 se encontra em vigor, inclusive no que diz respeito à ação penal originária. Tais pronunciamentos correspondem à razão de decidir expressamente adotada pela Corte e não podem ser simplesmente desconsiderados, como se nunca tivessem existido. 3. Ademais, Projeto de Lei enviado pelo Executivo ao Congresso Nacional, em 1998, com o fim específico de suprimir os embargos infringentes, foi expressamente rejeitado pela Casa Legislativa. Vale dizer: não só o STF, mas também os Poderes Executivo e Legislativo manifestaram o entendimento de que os embargos infringentes não foram revogados pela Lei nº 8.038/1990. Em deliberação específica e realizada sem a pressão de um processo rumoroso, o Congresso Nacional tomou a decisão expressa de manter esse recurso na ordem jurídica. 4. Embora se possa cogitar da revogação dos embargos infringentes para o futuro, não seria juridicamente consistente a pretensão de fazê-lo na reta final de um processo relevante e emblemático como a Ação Penal 470. 5. Incidência dos princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da legalidade e do devido processo legal, que impedem o Tribunal de ignorar dispositivo que sempre se considerou vigente a fim de abreviar o desfecho de processo penal determinado" (AP 470 AgR-vigésimo sexto/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa, STF, pleno, julgado em 18.09.2013. DJe 14.02.2014).

[380] O professor Antônio Magalhães Gomes Filho ofertou parecer no julgamento dos embargos infringentes na Ação Penal 470/MG, manifestando-se pelo acolhimento do recurso. Quando à eventual revogação do Regimento Interno do STF pela Lei 8.038/90, pronunciou-se nos seguintes termos: "Com relação à suposta revogação do recurso regimental pelo advento da Lei 8.038, de 1990, é de se ponderar que o referido diploma limitou-se a estabelecer regras para o processamento da ação penal originária, até o seu julgamento (arts. 1º e 12), sem mencionar eventuais recursos, e, ainda, no seu artigo 44, declara revogadas "as disposições em contrário", especialmente a Lei 3.396, de 1958, que tratava somente da ação penal, também sem cuidar de recursos. A previsão do art. 333, inc. I, e parágrafo único, do Regimento Interno do STF não pode, assim, *contrariar* o que não é disciplinado pela Lei 8.038/90" (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Parecer na Ação Penal 470/MG*. CONJUR. Acesso em 02 dez 2019. Acesso em https://www.conjur.com.br/dl/parecer-jose-dirceu-embargos.pdf.).

cometer grave ilícito internacional, enfatizando, ainda, a aplicação da norma mais favorável (princípio *pro homine*)[381].

No mesmo sentido, o Ministro Teori Zavaski apontou que deve prevalece a proteção consagrada no artigo 8, 2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Todavia, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, expressamente destacou que não haveria se falar em ferimento ao duplo grau de jurisdição. Isso porque o ministro entendeu que a possibilidade de interposição de embargos infringentes seria a de dissimular uma revisão criminal, há que os julgadores não seriam diversos daqueles que já haviam se manifestado no processo.

Porém, o mais interessante do voto do ministro foi que ele invocou o conteúdo da Sentença nº 66, de 2001, do Tribunal Constitucional espanhol para justificar o afastamento do duplo grau de jurisdição, bem como precedentes da Corte Constitucional da Colômbia (Sentenças C-142, de 1993, C-650, de 2001, C-394, de 2006 e C-545, de 2008). Ainda, afastou a aplicação do *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, pois os embargos infringentes seriam julgados pelos mesmos ministros do STF, que já haviam se manifestado sobre o caso.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, decidiu no sentido de que o Pacto de São José da Costa Rica é hierarquicamente inferior à Constituição Federal. Como os réus já foram julgados pelo órgão máximo da nação e a Cidadã não prevê recurso, já estariam os acusados livres de qualquer inferência externa e sobre a decisão não caberia qualquer

---

[381] Segundo Eduardo Biacchi Gomes, Luis Alexandre Carta Winter e Aline Ferreira Montenegro, comentando sobre o acerto do Ministro Celso de Mello, "O duplo grau de jurisdição é um princípio que deve ser aplicado em todos os casos penais, independentemente de serem hipóteses de julgamento originário no Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal. Ademais, os agentes políticos, assim como os agentes púbicos, que gozam de prerrogativa de função devem ter a oportunidade de recorrerem dos aspectos fáticos e jurídicos que nortearam o julgamento. Faz-se necessário assegurar, mesmo que no âmbito do mesmo tribunal, a garantia da interposição do recurso, mecanismo corolário do devido processo legal – garantia fundamental prevista no texto constitucional de 1988. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, deve ser aplicada visando-se à proteção dos indivíduos em face do poder punitivo do estado, ainda mais nos tempos hodiernos, em que a pressão exercida pelos meios de comunicação, sobretudo em casos de grande repercussão, como geralmente são as hipóteses dos acusados que possuem função que lhes garante a competência a competência por prerrogativa de função" (GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luis Alexandre Carta; MONTENEGRO, Aline Ferreira. *Ação penal 470, o direito ao contraditório e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Prisma Jurídico, v. 13, n. 2, p. 52-63, 2014).

impugnação, por falta de previsão constitucional. Logo, a falta de órgão *ad qua* inviabiliza a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição.

Nesse precedente fixou fixada a tese, ainda, da necessidade de 4 votos vencidos para o cabimento de interposição de embargos infringentes exclusivamente pela defesa.

Já na Ação Penal 409/CE, o STF decidiu que, quanto à admissibilidade dos embargos infringentes, seria necessária a existência de pelo menos 4 votos vencidos de conteúdo absolutório em sentido próprio, em favor do réu, não podendo computar a seu favor votos meramente declaratórios de prescrição penal[382].

Ainda, na Ação Penal 863/SP, o Supremo decidiu que pelo cabimento de embargos infringentes contra decisões prolatadas em sede ações penais de competência das Turmas, exigindo 2 votos absolutórios em sentido próprio. O acórdão está pendente de publicação, mas decisão idêntica pode ser vista na Ação Penal 694/MT[383].

---

[382] "E M E N T A: EMBARGOS INFRINGENTES – AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – RECURSO "SECUNDUM EVENTUM LITIS", PRIVATIVO DO RÉU – SUBSISTÊNCIA DO ART. 333, n. I, DO RISTF – NECESSIDADE DE QUE HAJA, PELO MENOS, 04 (QUATRO) "VOTOS DIVERGENTES" FAVORÁVEIS AO RÉU E, ASSIM MESMO, CONVERGENTES NO SENTIDO DE SUA ABSOLVIÇÃO – INOCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE TAL SITUAÇÃO – DECISÃO QUE, CORRETAMENTE, NÃO CONHECE DOS EMBARGOS INFRINGENTES – PRECEDENTES DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AP 470-Terceiros-EI-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – AP 470-Décimos-EI-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – AP 481-EI/PA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.) – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – Os embargos infringentes do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de processo penal originário ainda subsistem em nosso ordenamento positivo, eis que a norma inscrita no art. 333, inciso I, do RISTF foi recebida pela vigente Constituição da República com força e eficácia de lei. Precedente: AP 470-AgR-vigésimo sexto/MG, Pleno, julgado em 18/09/2013. – Essa modalidade recursal – de que somente a Defesa pode utilizar-se contra condenações penais originárias proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – depende, quanto à sua admissibilidade, da existência, em favor do réu, de, pelo menos, 04 (quatro) votos vencidos de conteúdo absolutório em sentido próprio, não se revelando possível, porém, para efeito de compor esse número mínimo, a soma de votos minoritários de conteúdo diverso, como, p. ex., a soma de 03 (três) votos absolutórios com 02 (dois) votos meramente declaratórios de prescrição penal. Precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal. – Distinção necessária, para os fins do parágrafo único do art. 333 do RISTF, entre votos minoritários de conteúdo absolutório em sentido próprio e aqueles que meramente declaram consumada a prescrição penal. Doutrina. Jurisprudência" (AP 409 EI-AgR-segundo/CE. Rel. Min. Celso de Mello, STF, pleno, julgado em 19.08.15, DJe 31.08.2015).

[383] EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE REJEITA EMBARGOS INFRINGENTES. EMENDA REGIMENTAL 49/2014 E DIVERGÊNCIAS QUANTO MANUTENÇÃO E HIPÓTESE DE CABIMENTO EM DECISÃO CONDENATÓRIA NÃO UNÂNIME PROFERIDA POR TURMA DO STF. NECESSIDADE DE DOIS VOTOS ABSOLUTÓRIOS EM SENTIDO PRÓPRIO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERPRETAÇÃO QUE IMPLEMENTA EFEITOS IMEDIATOS AO RECURSO INTERPOSTO OU POR INTERPOR. RETROATIVIDADE

Sem pretensão de exaurir o tema, o fato é que os embargos infringentes são limitados em seu cabimento, uma vez que o STF definiu a necessidade de um número mínimo de votos absolutórios, bem como não remetem toda a matéria ao órgão recursal, uma vez que não possui amplo efeito devolutivo, já que o desacordo parcial será restrito à matéria objeto de divergência, de acordo com o artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Ainda, não há um consenso doutrinário quanto ao seu cabimento nos casos de competência originária no Supremo Tribunal Federal[384].

Gustavo Henrique Badaró, por outro lado, defende que não há qualquer colidência entre o art. 8.2.h da Convenção e a Constituição Federal. A Convenção ordena que o Estado assegure, a todo condenado, um recurso pleno. Os dispositivos constitucionais não vedam o recurso ou instituição de recursos contra condenação, mesmo em relação às normas que estabelecem foro por prerrogativa de função. Conclui, então, que o respeito ao duplo grau, como direito de recurso do acusado, exige que o sistema recursal, no Brasil, seja alterado, como a criação de um recurso ordinário, com feição de apelação, para o STJ das decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais em caso de competência originária, assim como um recurso ordinário para o STF,

---

PREJUDICIAL AO RÉU. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Acórdão condenatório proferido em ação penal originária por órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal com apenas um voto absolutório. 2. Decisão do Plenário do Supremo Tribunal (AP 863/SP-EI-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Julgado em 18 e 19 de abril de 2019, Acórdão Pendente de Publicação) pela necessidade de dois votos absolutórios em sentido próprio para cabimento do recurso de embargos infringentes. 3. Efeito imediato da interpretação ao recurso interposto ou por interpor, não havendo falar em retroatividade prejudicial nos termos pugnados. 5. Agravo regimental não provido" (AP 694 EI-AgR/MT, Rel. Min. Rosa Weber, STF, pleno, julgado em 06.08.2019, DJe 13.08.2019).

[384] Segundo Eugênio Pacelli, "Não andou bem a Corte, com o devido respeito aos votos vencedores (Ministros Teori Zavaski, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Dias Toffoli, Luis Roberto Barroso e Celso de Mello). Em primeiro lugar, a delegação de poderes normativos para a Suprema Corte regular os *procedimentos de sua competência* vem de fonte ilegítima do Poder Público, dado que proveniente de ordem jurídico-constitucional (?) instalada a partir do Golpe Militar de 1964. Em segundo, porque a Constituição de 1988 atribui à União a competência para legislar sobre direito processual (art. 22, I), com o que seriam com ela incompatíveis e não recepcionadas quaisquer normas processuais ou procedimentais que não tivessem origem no Congresso Nacional. Caso evidente do art. 333, do RISTF. Em terceiro, porque a citada Constituição da República arrolou de modo expresso e detalhado toda a competência recursal do Supremo Tribunal Federal, consoante se vê de seu art. 102. Em quarto, porque a Lei nº 8.038/90 não deixava qualquer margem a dúvidas, à época (muitos dos seus dispositivos foram revogados pelo Código de Processo Civil de 2015), ao dispor sobre as ações penais originárias e sobre os respectivos procedimentos, não contemplando, à obviedade, os embargos infringentes do art. 333, RISTF. Ou seja, ao contemplar o *processo* e o *procedimento* a citada legislação varreu do mapa os dispositivos regimentais de todos os tribunais que fossem incompatíveis com aqueles – e, evidentemente, não foram repristinados após a revogação parcial da Lei nº 8.038/90 operada pela nova legislação processual civil" (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 1000/1001).

para as condenações proferidas pelo STJ em competência originária. Quanto ao STF, argumenta que a solução mais radical impõe a eliminação total de sua competência originária ou, como alternativa, a criação de um recurso interno contra decisão condenatória, em competência horizontal.[385]

Assim, conforme acima explicado, não há dúvidas de que as regras descritas nos artigos 78, inciso III, e 80, ambas do CPP, encontram-se superadas. Somente duas hipóteses podem ocorrer: ou se aplica a cisão de processos ou se julga no foro prevalente com a previsão de duplo grau de jurisdição[386]. Isso porque o corréu não detentor do foro por prerrogativa tem a garantia processual do duplo grau de jurisdição.

Ainda, é possível sustentar a aplicação do duplo grau de jurisdição aos processos penais de competência originária dos tribunais, principalmente porque a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, expressamente se manifestou pela necessidade de se garantir o princípio do duplo grau de jurisdição tanto ao corréu quanto ao detentor do foro por prerrogativa de função, conforme já mencionado em tópico próprio [387].

---

[385] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais.* 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 55-57; 77-78.

[386] Conforme Gustavo Badaró, "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, consequentemente, desmembrar todos os processos, julgando apenas quem goza de foro por prerrogativa de função. Poderá, diversamente, concluir que havendo conexão e 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" (BADARÓ, Gustavo. *A Ação Penal 470/DF e a garantia do juiz natural.* Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 242, jan. 2013).

[387] Segundo Luiz Guilherme Arcaro Conci, "Todavia, ainda que mantido o foro privilegiado, tal qual o conhecemos, tendo o plenário do STF como única e última instância de julgamento de processos criminais, continuar-se-á a violar o artigo 8º, 1, "h" do Pacto de São José da Costa Rica e a afrontar a jurisprudência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, firmada nos casos Barreto Leiva v. Venezuela e Liakat Ali Alibux vs. Suriname, por negar aos réus condenados um dos avanços civilizatórios mais importantes para o direito fundamental à liberdade, que é o direito a um recurso para julgamento definitivo por outro juiz ou tribunal, como concretização do devido processo legal. A falibilidade humana exige, em sistemas constitucionais avançados, o direito a novo julgamento por outro colegiado ou tribunal independente. A Corte Interamericana determina que os estados partes do sistema interamericano ofereçam ao menos um recurso ordinário, acessível e eficaz ao condenado em processos tais e que os juízes a julgar tal recurso não sejam os mesmos que julgaram a ação inicial. Trata-se de necessidade de atribuir proteção mais eficiente (princípio *pro persona*) que aquela proporcionada pela Constituição brasileira. Tal adaptação poderia ser feita mediante reforma da legislação processual e alteração do Regimento do STF, para que julgue a ação penal inicial uma turma e o recurso seja julgado por outra turma; ou para que se crie uma turma com número mais reduzido de ministros, admitindo-se o recurso para uma outra turma formada pelos demais ou para o plenário, sem a participação dos que julgaram a ação inicial" (CONCI, Luiz Guilherme

Por fim, o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e não fez nenhuma reserva quanto ao artigo 14.5, que assegura o duplo grau de jurisdição. O Comitê de Direitos Humanos se manifestou no sentido de que, se houve a condenação em única instância, mesmo que seja a mais alta corte do país, sem a possibilidade de um recurso, tal sistema é incompatível com o pacto, salvo se o Estado-parte houver formulado uma reserva[388].

Logo, a solução que melhor atende aos precedentes da CIDH e assegura a utilização do duplo grau de jurisdição é a extinção da competência originária do STF, funcionando apenas como órgão recursal, conforme já proposto por Gustavo Badaró ou, então, a criação de uma turma para realizar a instrução e julgamento e outra turma para analisar o recurso, desde que os integrantes da segunda turma não sejam os mesmos da primeira, possibilitando, ainda, a impugnação de toda matéria constante dos autos.

Outra solução plausível seria a declaração da inconvencionalidade dos artigos 78, inciso III, e 80, ambos do Código de Processo Penal, com efeitos *ex tunc*, declarando-se sua inaplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro[389]. Essa solução seria, sem dúvidas,

---

Arcaco. *É necessário manter o foro*. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 296, jan. 2017). No mesmo sentido, ver NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária de Tribunais.* 2016. Tese (Doutorado em Processo Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. O autor se manifesta pela possibilidade de aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição nos processos de competência originária.

[388] "[...] 47. El párrafo 5 del artículo 14 se vulnera no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto" (Comentário Geral nº 32 do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, CCPR/C/GC/32, de 23 de agosto de 2007).

[389] Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, "A norma interna que não passa pelo crivo da convencionalidade, por ser incompatível com um tratado de direitos humanos mais benéfico em vigor no Estado, será *inconvencional*. Como tal, será também *inválida.* [...] Neste ponto, basta a observação, que também fez Sagüés, de que a inconvencionalidade produz um dever judicial concreto de *inaplicação* do preceito objetado, uma vez carecer de efeitos jurídicos *ab initio*. Sendo assim, a declaração de inconvencionalidade há de ter efeito *ex tunc* para a solução do litígio em que se apresenta, pois se a norma inconvencional não tem valor jurídico, sua invalidade se apresenta desde o momento em que foi editada. Se a declaração de inconvencionalidade for afirmada pelo STF em sede de controle abstrato de normas, a decisão terá também efeito *erga omnes* e vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública, a exemplo e na mesma intensidade do que se dá na declaração abstrata de inconstitucionalidade. [...] Destaque-se, por fim, que o controle de convencionalidade não atribui (constitui) inconvencionalidade à norma, senão reconhece (declara) a inconvencionalidade existente *ab initio*. Não há aqui modulação de efeitos para o futuro (*ex nunc*). Quando se declara a inconvencionalidade de uma norma interna se reconhece que *nunca* foi ela capaz de produzir efeitos jurídicos, pelo que todos os atos que da sua aplicação decorrem serão também *inválidos*" (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da*

melhor do que a da aceitação dos embargos infringentes, porém, ainda assim não seria a melhor, pois não asseguraria a possiblidade de recursos para condenações feitas em um único julgamento pela mais alta corte do país.

5.4.2. O direito estrangeiro e a solução encontrada

Na Colômbia, é possível observar que existem duas categorias de aforados, sendo que os *aforados legales* podem recorrer de eventual condenação para a Corte Suprema de Justiça, de acordo com o artigo 32, da Ley 906/2004, uma vez que há expressa previsão legal.

Quanto ao *aforados constitucionales*, a Colômbia aprovou e ratificou o Pacto de São José da Costa Rica através da Ley 16/1972. Como o artigo 93[390] da Constituição da Colômbia elevou o Pacto à hierarquia constitucional, a Convenção passou a integrar o bloco de constitucionalidade daquele país.

A jurisprudência colombiana sempre foi no sentido de que os *aforados constitucionales* não seriam detentores de duplo grau de jurisdição, uma vez que já eram julgados pela mais alta corte do país. Além disso, a própria Constituição da Colômbia, em seu artigo 31[391], prevê expressamente que o duplo grau de jurisdição pode ser excepcionado pela lei.

A Corte Constitucional colombiana julgou inúmeros precedentes em relação à matéria. Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux fez uma breve digressão, asseverando que a

---

convencionalidade das leis. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 70/71).

[390] Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Acto legislativo 02 de 2001, artículo 1. Adiciónese el artículo 93 de la Constitución Política con el siguiente texto: El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

[391] Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

Sentença C-142, de 1993, estabeleceu exceções ao duplo grau de jurisdição quando o julgamento se dá única instância na própria corte constitucional. No mesmo sentido, a Sentença C-650, de 2001, que estabeleceu que o duplo grau de jurisdição não é obrigatório se respeitadas as garantias do processo legal e do direito de defesa. Por fim, apontou a existência da Sentença C-934, de 2006, no mesmo sentido, além da Sentença C-545, de 2008, que apontou que a economia processual e que o julgamento por tribunais superiores são motivos aptos a afastar a aplicação do duplo grau de jurisdição, já que evita que o réu se submeta a possíveis erros de juízes e tribunais inferiores[392].

Porém, na Sentença C-792, de 2014, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu a impossibilidade de limitar o direito ao duplo grau de jurisdição através de exceções legais. Declarou, ainda, que o legislador havia incorrido em omissão contrária à Constituição, pois deveria assegurar o direito de recorrer a todos aqueles que foram submetidos a uma sentença condenatória. Assim, declarou inaplicáveis os artigos da Ley 906/2004 que restringiam o direito de recorrer em caso de condenação dos aforados, mesmo que a sentença fosse prolatada pela mais alta corte do país[393].

Os argumentos utilizados pela Corte Constitucional colombiana foram, em suma, a violação ao artigo 8, 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos e a violação ao artigo 14.5, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Atendendo a decisão judicial, o Congresso da República da Colômbia editou o Ato Legislativo 01, de 2018[394], onde promulgou uma emenda constitucional e estabeleceu

---

[392] AP 470 AgR-vigésimo sexto/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa, STF, pleno, julgado em 18.09.2013. DJe 14.02.2014, p. 118.

[393] "[...] La Sentencia C-792 de 2014 declara inexequibles los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto omiten prever mecanismos para que todas las sentencias condenatorias puedan ser impugnadas. Para concluir que se presenta una omisión legislativa inconstitucional, la providencia desarrolla dos argumentos fundamentales. En primer lugar, sostiene que el procesado tiene derecho a impugnar en sus aspectos fácticos, jurídicos y probatorios *toda* sentencia condenatoria y, en particular, aquella dictada, por primera vez, en *segunda instancia*. Y en segundo lugar, avanza la tesis de que este derecho no se realiza a través de los recursos de casación y revisión ni mediante la acción de tutela, de ahí que el legislador habría incurrido en la anotada omisión contraria a la Constitución" (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-792 de 2014. Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez. Acessado em https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-792-14.htm, 04.12.2019).

[394] ARTÍCULO 1. Adicionar el artículo 186 de la Constitución Política, el cual quedará así: ARTÍCULO 186. De los delitos que cometan los Congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación. Corresponderá a la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia investigar y acusar ante la Sala

o direito ao duplo grau de jurisdição para que os aforados possam impugnar a sentença condenatória. A solução encontrada foi dividir a Corte Constitucional em salas, sendo que uma delas é responsável pelo julgamento e outra pelo recurso.

Especial de Primera Instancia de la misma Sala Penal a los miembros del Congreso por los delitos cometidos. Contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación. Su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La primera condena podrá ser impugnada. ARTÍCULO 2. Adicionar el artículo 234 de la Constitución Política, el cual quedará así: ARTÍCULO 234. La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y se compondrá del número impar de Magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en Salas y Salas Especiales, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno. En el caso de los aforados constitucionales, la Sala de Casación Penal y las Salas Especiales garantizarán la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena. La Sala Especial de Instrucción estará integrada por seis (6) Magistrados y la Sala Especial de Primera Instancia por tres (3) Magistrados. Los miembros de estas Salas Especiales deberán cumplir los requisitos para ser Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Se les aplicará el mismo régimen para su elección y periodo. Los Magistrados de las Salas Especiales solo tendrán competencia para conocer de manera exclusiva de los asuntos de instrucción y juzgamiento en primera instancia en las condiciones que lo establezca la ley. El reglamento de la Corte Suprema de Justicia no podrá asignar a las Salas Especiales el conocimiento y la decisión de los asuntos que correspondan a la Sala de Casación Penal. Los Magistrados de las Salas Especiales no podrán conocer de asuntos administrativos, ni electorales de la Corte Suprema de Justicia ni harán parte de la Sala Plena. PARÁGRAFO . Los aforados constitucionales del artículo 174 de la Constitución Política tienen derecho de impugnación y doble instancia conforme lo señale la ley. ARTÍCULO 3. Modificar el artículo 235 de la Constitución Política, el cual quedará así: ARTÍCULO 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1. Actuar como tribunal de casación. 2. Conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley. 3. Juzgar al Presidente de la República, o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, previo el procedimiento establecido [en los numerales 2 y 3 del] artículo 175 de la Constitución Política, por cualquier conducta punible que se les impute. Para estos juicios la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estará conformada además por Salas Especiales que garanticen el derecho de impugnación y la doble instancia. 4. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso. 5. Juzgar, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación, o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen. 6. Resolver, a través de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. 7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares. 8. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la nación, en los casos previstos por el derecho internacional. 9. Darse su propio reglamento. 10. Las demás atribuciones que señale la ley. PARÁGRAFO. Cuando los funcionarios antes enunciados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

Apesar de a Ley 906/2004 prever a cisão de processos envolvendo réus aforados e não aforados, a Colômbia avançou no tema ao prever a possiblidade de recursos para todos os réus, inclusive em caso de julgamento pela mais alta corte do país.

Logo, a experiência estrangeira poderia ser utilizado no Brasil para os casos de conexão e continência envolvendo corréus detentores de foro por prerrogativa de função e não detentores, com o fim de estabelecer a possibilidade de julgamento de todos em conjunto, visando preservar a economia processual e o conhecimento amplo do fato pelo julgador, além de possibilitar a todos o direito ao recurso.

Além disso, ao se estabelecer uma regra pré-existente no sentido de que todos seriam julgados em conjunto, não haveria violação ao princípio do juiz natural, pois todos os acusados teriam direito a saber, previamente, quem seria o órgão competente para julga-los, retirando a discricionariedade judicial em cindir os processos de acordo com "motivos relevantes" ou qualquer outra regra que o valha, prevista no artigo 80, do Código de Processo Penal.

5.4.3. O novo Código de Processo Penal (PLS nº 156/09, no Senado, e PL 8045/2010, na Câmara dos Deputados)

Estabeleceu o artigo 110, do anteprojeto do Novo Código de Processo Penal que:

> "será facultativa a separação dos processos quando houver um número elevado de réus, quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, ainda, por qualquer outro motivo relevante em que esteja presente o risco à efetividade da persecução penal ou ao exercício da ampla defesa".

Já no artigo 115, do Novo Código de Processo Penal dispôs que:

> "na hipótese de continência ou de conexão entre processos da competência originária ou entre estes e processos da competência de primeiro grau, prevalecerá a competência do tribunal de maior hierarquia jurisdicional. [...] § 2º Nas hipóteses de conexão, o tribunal competente poderá determinar a separação de processos e do juízo, salvo quando a reunião destes e a unidade de julgamentos se demonstrarem imprescindíveis".

Logo, percebe-se que o anteprojeto do Novo Código de Processo Penal possui os mesmos problemas da lei atual, pois ausente critério lógico, claro, objetivo e pré-existente sobre o juiz natural para o caso concreto, além de não resolver o problema do direito ao recurso.

A permanecer a competência originária do Supremo Tribunal Federal, para amenizar todos os problemas apontados anteriormente, deveria o novo código prever a possibilidade de haver cisão dos processos, em casos de conexão e continência envolvendo corréus detentores de foro por prerrogativa de função e não detentores.

Ao menos, a esses corréus já haveria respeito ao juiz natural e ao duplo grau de jurisdição, além de não haver interpretação extensiva das competências previstas na Constituição Federal, devendo os corréus não detentores da prerrogativa responderem ao processo criminal de acordo com as regras comuns de competência, por exemplo, utilizando-se do *foro comissi delicti*.

5.4.4. O necessário equilíbrio entre a eficiência e o garantismo

A unidade processual, de acordo com o atual ordenamento jurídico, se mostra eficiente, porque o processo é julgado mais rápido, com celeridade, além de evitar decisões conflitantes, todavia fere por completo o garantismo, já que inúmeras garantias processuais são violadas, muito mais caras ao réu do que o suposto benefício do *simultaneus processus*.

Ao revisitar o tema da conexão e continência no caso de competência por foro de prerrogativa de função, é possível perceber a correlação com diversos princípios e garantias processuais, como, por exemplo, a garantia do juiz natural e o princípio do duplo grau de jurisdição, além da íntima ligação com o princípio da ampla defesa. Não se olvida que os princípios processuais estão todos interligados[395].

---

[395] Ao abordar a correlação entre as diversas garantias processuais, Antônio Magalhães Gomes Filho destaca que "sob diverso ângulo de observação – não menos importante – cumpre ressaltar outro aspecto distintivo da proteção de tais *valores* nos textos constitucionais e internacionais: trata-se de enforque de conjunto que proporciona, possibilitando falar então em um *modelo* ou *sistema* de garantias processuais, pois, como se observou Comoglio, o direito fundamental ao processo justo não se cristaliza, nem se exaure, em garantias particulares, mas, ao contrário, está fundamentado na coordenação de várias garantias concorrentes" (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 29).

Assim, não há dúvidas de que os artigos 78, inciso III, e 80, ambos do CPP, não devem ser aplicados na atual quadra do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se privilegia em demasia a eficiência e aniquila as garantis dos acusados.

No âmbito jurídico internacional, por um lado, se demonstra uma visão garantista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ao estabelecer o duplo grau de jurisdição somente para a defesa, ao passo que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem demonstra uma feição eficientista ao restringir a aplicação do duplo grau quanto a infrações menores e quando o acusado for julgado pela mais alta corte do país[396].

Na Itália, conforme já afirmado, quanto as hipóteses de separação obrigatória de processos, durante a fase investigativa, o legislador tende a garantir o tratamento unitário do procedimento. Após o início do processo, o código oscila entre a necessidade de eficiência na unidade do processo e na garantia de separá-los. Porém, quando houver a necessidade de

---

[396] Nesse sentido, Jaques de Camargo Penteado ensina: "O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos elenca as garantias postas nos outros documentos, mas avança no sentido de que o acesso à justiça deve ser pautado pela consideração da *pessoa humana concreta*, com as *dificuldades específicas*, mostrando um mínimo de garantias para que se possa participar do julgamento com alguma chance de interferir no espírito do julgador. Culmina essa visão garantista proclamando que toda "pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer de sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei" (art. 14, n. 5). Consagra-se o princípio do duplo grau de jurisdição para o acusado, e não se vislumbra igual faculdade ao acusador. O acesso ao duplo exame pelo condenado é amplo, o que permite inferir que abrange a questão de fato, a questão de direito, a declaração de culpabilidade e a resposta penal aplicada. Indicando a instância superior, mostra que o reexame será feito por *órgão distinto do primeiro julgador* e que preencha o ideal de uma nova e aprimorada análise de causa penal" (PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal – garantismo e efetividade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 65). Quanto ao duplo grau de jurisdição na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, prossegue o autor: "Especificamente, quanto ao duplo grau de jurisdição, assegura o Protocolo n. 7 à respectiva Convenção que qualquer "pessoa declarada culpada por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior que a declaração de culpabilidade ou a condenação" (art. 2º, n. 1). Não explicita o direito de acesso ao duplo grau de jurisdição para alterar o fundamento da sentença absolutória. Posta a garantia, idêntico documento preocupa-se com a efetividade do processo, dispondo que o direito ao recurso "pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra sua absolvição" (art. 2º, n. 2). Vê-se que garante o acesso ao duplo exame, mas não o erige como direito absoluto. Nas infrações de menor potencial ofensivo, pode ser dispensado. Igualmente, não se terá o duplo grau de jurisdição quando o caso for de competência originária da mais alta jurisdição, que o decidirá em instância única. Também não se prevê o ingresso ao duplo grau quando houver uma absolvição e, em razão do recurso acusador, o arguido for condenado na instância superior. Agudamente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem percebe que a pessoa absolvida pode ser condenada em segunda instância e, nesse caso, não haverá reexame da condenação proferida. Toma partido desfavorável à tese garantista mais radical que impede o recurso do acusador ante a absolvição, independentemente da gravidade do crime e, com isso, além de submeter o acusado ao duplo risco de condenação, não lhe confere a garantia ao duplo grau em face da primeira condenação" (PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal – garantismo e efetividade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 66/67).

separação pela eficiência, o juiz é obrigado a fazê-lo. O único limite é a necessidade de se apurar em conjunto mais crimes, o que impossibilita a separação de processos.

Demonstra-se, assim, que a eficiência e o garantismo encontram-se presentes na dogmática processual penal, tanto em âmbito nacional quanto internacional. Não se pode, através de clamor social ou cultura de emergência, simplesmente afastar as garantias processuais dos acusados em nome da eficiência[397].

Por óbvio, não se está a defender o abuso de garantias processuais. O direito de defesa tem importância fundamental no processo penal, mas isso não significa dizer que ele é ilimitado[398]. Todavia, os direitos ao duplo grau de jurisdição e ao juiz natural não podem ser limitados por uma regra insculpida no Código de Processo Penal, que teve por base o Código Rocco, italiano de 1930, que foi criado no período antidemocrático na Itália.

O Brasil aderiu aos tratados internacionais mencionados, não podendo fazer deles letra morta da lei, sob pena de, além de condenação no âmbito internacional, ignorar por completo o procedimento processual penal como um todo. O Supremo Tribunal Federal

---

[397] Segundo Silvio César Arouck Gemaque, discorrendo acerca do terrorismo e justiça penal, "Existe uma verdadeira cultura de emergência, como observa Fauzi Hassan Choukr, que invade o direito penal e o direito processual penal, por intermédio da qual se justificam as mais variadas violações aos direitos e garantias individuais. Assim, novos instrumentos mais rígidos do ponto de vista dos direitos e garantias individuais são buscados e o processo penal passa a ser utilizado como um dos instrumentos, talvez o mais importante, para o fortalecimento deste discurso mais repressor. Esse fenômeno é acompanhado por reformas apressadas nas legislações penais, sem a necessária reflexão por parte da sociedade; o sistema é distorcido, não se atingindo o objetivo final, nem se garantindo os direitos individuais. Na realidade, o que a falácia do discurso do direito penal de emergência ou do direito penal do inimigo coloca é a conclusão – já antes esboçada –, segundo a qual, como observa Ada Pellegrini Grinover, não há eficiência sem garantismo. Todavia, são necessários instrumentos para assegurar esse equilíbrio entre eficiência e garantismo e, no plano propriamente dito de nosso estudo, instrumentos para buscar o equilíbrio entre a necessária repressão ao terrorismo e o respeito aos direitos fundamentais" (GEMAQUE, Silvio César Arouck. *O combate ao terrorismo no direito inglês. Uma visão de equilíbrio entre a repressão e os direitos fundamentais* In FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos. Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 178/179).

[398] De acordo com Diego Fajardo Maranha Leão de Souza, "A teoria do processo, seja ela penal ou civil, mostra-se cada vez mais preocupada com a ocorrência de desvios procedimentais que, distorcendo institutos jurídicos novos ou historicamente consagrados, levam a profundas injustiças decorrentes de condutas maliciosas por parte dos litigantes. Essas distorções no processo, embora possam revestir-se de atributo do confronto, da negação pura e simples de determinado dispositivo, na maior parte das vezes decorrem de aplicações desvirtuadas, não obstante com ares de legitimidade, de algumas faculdades processuais. Daí serem denominadas de *abusivas*, pois, embora defluam de garantias legalmente estatuídas, possuem determinadas características que revelam sua insidiosa intenção. São exemplos de exercício abusivo de garantias os recursos meramente protelatórios e as argumentações destituídas de fundamento, que visam simplesmente a postergar o deslinde da causa" (SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova.* Belo Horizonte, Arraes Editores, 2012, p. 15).

não pode aplicar algumas regras processuais a seu bel prazer e simplesmente ignorar outras, como se não fossem parte do emaranhado de normas.

O que garante a atuação ética e correta de todos os atores processuais é o cumprimento estrito das regras processuais postas no ordenamento jurídico. Ao se privilegiar a eficiência em nome do garantismo, simplesmente se está a mutilar garantias fundamentais dos acusados[399].

Em conclusão, não se podem realizar julgamentos em nome da eficiência, da celeridade do julgamento, da eficiência da justiça ou qualquer outra coisa que o valha sem respeitar as garantias fundamentais do acusado.

5.5. A extinção do foro de prerrogativa de função

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ, restringiu a aplicação do foro por prerrogativa de função ao Poder Legislativo. Conforme já amplamente discutido, a decisão está sendo estendida aos demais poderes, havendo apenas dúvida quanto aos membros do Ministério Público e integrantes da magistratura.

Isso significa dizer que haverá imediato reflexo nos processos em andamento, já que se trata de regra processual, regida pelo *tempus regit actum*, com aplicação imediata do novo entendimento.

---

[399] Segundo Antônio Scarance Fernandes, "O procedimento deixou de ser considerado instituto de menor relevância no direito processual e passou a ser visto como elemento essencial da noção de processo, sendo a expressão de sua unidade. Mais do que isso, o direito ao procedimento foi alçado a garantia fundamental, estabelecendo-se uma conexão entre direitos fundamentais, organização e procedimento, sendo estes apontados como meios essenciais para a eficácia das normas que asseguram os direitos fundamentais. Em outras palavras, sem organização e sem procedimento não se tornam efetivos os direitos fundamentais. Não qualquer procedimento, contudo, porque a sua qualidade influi nos resultados desejados de concreção e realização dos direitos fundamentais e, assim, devem ser estabelecidas regras essenciais para a criação de procedimentos ajustados à efetivação de tais direitos. Por tudo isso, nos procedimentos voltados à atuação de órgãos estatais, a criação do procedimento e sua observância constituem importantes fatores de legitimação do resultado, e, especificamente nos processos jurisdicionais, de legitimação da decisão do juiz. Conclui-se, por esses vários motivos, que o direito ao procedimento constitui direito fundamental do devido processo legal. No processo penal, o direito ao procedimento é direito a um procedimento que permita a atuação eficaz dos órgãos encarregados da persecução penal e, ao mesmo tempo, assegure a plena efetivação das garantias do devido processo penal" (FERNANDES, Antônio Scarance. *Procedimento no Processo Penal: noções, perspectivas simplificadoras e os rumos do direito brasileiro.* Tese apresentada para Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal da USP. São Paulo: 2004, p. 363).

Todavia, a fim de dar racionalidade ao sistema, o Supremo decidiu que se o exercente de mandato deixou o cargo antes de encerrar a instrução criminal, deverá o processo ser remetido para a primeira instância. Porém, se o acusado deixou o cargo após a instrução criminal se encerrar, por exemplo, através de renúncia, o STF permanece competente para julgá-lo, com o fim de evitar a manipulação do órgão julgador por parte do acusado[400].

O Senador Álvaro Dias apresentou a PEC 10/2013, no Senado Federal, com o fim de extinguir o foro por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns. A justificava da PEC foi a de que a previsão do foro por prerrogativa de função viola o princípio da igualdade, pois, na opinião do parlamentar, trata-se de verdadeiro privilégio processual[401].

Nessa linha, foi o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, para quem o foro por prerrogativa de função apresenta disfuncionalidade, uma vez que se atribuiu ao STF uma competência em que o tribunal não vocacionado para o seu julgamento, além de ser uma corte que tem muitos processos para julgamento. Ainda, um processo demora, em média, 1377 dias no Supremo, o que acarreta, em muitas das vezes, prescrição. Desse modo, o sistema penal de competência originária no STF leva à impunidade[402].

---

[400] Ementa: [...] II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF 5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes. III. Conclusão 6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo". 7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior. 8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância (AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, STF, pleno, Julgado em 03.05.2018, Divulgado em 10.12.2018).

[401] Nesse sentido, Júlio César de Aguiar e João Paulo Lacerda Oliveira discorrem que: "Acreditamos que a aprovação definitiva da PEC 10/2013 (BRASIL, 2013), prestes a acontecer, ao delimitar aos tribunais colegiados apenas a apreciação dos crimes de responsabilidade, contribuirá para o descongestionamento dos órgãos superiores e para a mudança esperada não apenas pela sociedade, mas, também, pelos ministros julgadores, que almejam ver seus esforços resultarem na efetividade da prestação jurisdicional" (AGUIAR, Júlio César de; OLIVEIRA, João Paulo Lacerda. *O fim do foro especial por prerrogativa de função*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 55, n. 217, p. 115-134, 2018, p. 130).

[402] AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, STF, pleno, Julgado em 03.05.2018, Divulgado em 10.12.2018, p. 785/796.

Porém, sem nenhuma discussão acadêmica ou prática se está decidindo a questão. Conforme já apontado, quase a unanimidade da doutrina brasileira, com exceção de Guilherme Nucci, é a favor do foro por prerrogativa de função e nunca criticou sua existência[403].

A consequência da extinção do foro por prerrogativa de função poderia levar ao maior compadrio, uma vez que juízes e promotores se denunciariam e julgariam. Imaginemos em uma pequena comarca, onde juiz e promotor são amigos pessoas. Se o juiz cometer um crime de embriaguez ao volante, o promotor poderia acionar o substituto automático, que seria o promotor da comarca contígua. Esse promotor da comarca poderia não ter isenção suficiente para denunciar o juiz e promover o arquivamento do feito, onde outro juiz homologaria o arquivamento, impossibilitando a reabertura das investigações sem provas novas.

Além disso, muitos cargos públicos são exercidos com opinião pública contrária a mudanças, não havendo razão alguma para invocar o princípio da igualdade como justificador do término do foro por prerrogativa de função, já que não são acusados submetidos a situações idênticas. Por óbvio, acusar o Presidente da República por corrupção não tem o mesmo peso político de acusar um roubador de carteira.

Ademais, já foi comentado em tópico próprio que muitos países possuem outros filtros para assegurar o livre exercício do cargo, como imunidades materiais ou processuais. Desse modo, ao extinguir o foro por prerrogativa de função, certamente os cargos serão submetidos a pressões desnecessárias, uma vez que o Brasil já extinguiu as imunidades processuais com a EC n. 35/2001.

---

[403] Segundo Jorge Octávio Lavocat Galvão, "O debate acerca do foro por prerrogativa de função deve se pautar em argumentos de princípio que justifiquem (ou não) a sua existência. Parece-me equivocado, *a priori*, igualar o tratamento dos políticos e administradores públicos — que se encontram mais expostos a ações de toda ordem — ao dos demais cidadãos com base exclusivamente na suposta morosidade do STF. Tal medida seria tapar o sol com a peneira, já que é fato notório que todas as instâncias brasileiras se encontram congestionadas. Para elevar o debate sobre a extinção da prerrogativa de foro, é necessário escapar de argumentos consequencialistas e circunstanciais e passar a analisar a questão sob o prisma da moralidade política, ou seja, de como as instituições devem ser estruturadas em uma sociedade bem ordenada. Esse parece ser o verdadeiro desafio para o Congresso Nacional (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Três argumentos para manter o foro por prerrogativa de função.* CONJUR. Acesso em 05 dez 2019. Acesso em https://www.conjur.com.br/2017-mar-04/observatorio-constitucional-tres-argumentos-manter-foro-prerrogativa-funcao).

Por fim, conforme já frisado, cargos detentores de garantias como a vitaliciedade devem prever a aplicação do foro por prerrogativa de função, por ampla incompatibilidade de aplicação da *ratio decidendi* da Ação Penal n. 937/RJ.

Porém, trata-se atualmente de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, onde somente o tempo será capaz de apontar as soluções vindouras para a existência ou não do foro por prerrogativa de função.

6. CONCLUSÃO

Conforme visto no presente trabalho, podemos apresentar algumas conclusões.

A primeira delas é que a garantia do juiz natural está presente em todos os ordenamentos jurídicos estudados, uma vez que se trata de um princípio vital no processo penal, pois assegura aos acusados o julgamento por um juiz competente, pré-determinado por lei e veda a criação de tribunais de exceção.

A segunda delas é que o foro por prerrogativa de função também está presente em alguns ordenamentos jurídicos, como Espanha, Portugal, Itália e Colômbia. Com exceção do país italiano, nos demais existem vários cargos detentores de tal prerrogativa, principalmente no que tange ao Poder Judiciário e membros do Ministério Público.

Não se ignora, também, que nos países que não abarcam hipóteses de proteção do foro por prerrogativa de função, existem outros mecanismos para assegurar a independência do exercício do cargo público, como imunidades materiais ou processuais, a exemplo da autorização do Poder Legislativo para que o chefe do Poder Executivo seja julgado.

A terceira e mais importante conclusão é a de que a conexão e continência, na hipótese de competência por prerrogativa de função pode levar à violação do princípio do juiz natural, uma vez que a hipótese de cisão do processo quando envolve autoridades detentores com foro por prerrogativa e outros corréus comuns, é extremamente casuístico e discricionário, deixando ao juiz decidir quem será o órgão competente para o julgamento.

Ainda, é possível concluir, também, que tal julgamento viola o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto em tratados internacionais em que o Brasil é signatário, podendo, inclusive, gerar responsabilização internacional por parte do País.

Conclui-se, portanto, que o processo, em nome do eficientismo, não pode vulnerar garantias fundamentais dos acusados, tendo como fundamento o clamor social em condenações de autoridades públicas que, por vezes, estão ligadas a escândalos de corrupção.

O que se espera do processo penal é que ele seja eficiente e garantista ao mesmo tempo, preservando a imparcialidade e o sistema acusatório, estabelecendo regras claras e pré-existentes para preservar o princípio do juiz natural.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Garcia Chávarri. El Juez Predeterminado por Ley como Expresióin del Derecho Fundamental a un Debido Proceso: Algunas anotaciones a su desarrollo doctrinario y jurisprudencial. *Foro Jurídico*, Lima, n. 12, p. 309-320, 2013.

AGUIAR, Júlio César de; OLIVEIRA, João Paulo Lacerda. *O fim do foro especial por prerrogativa de função*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 55, n. 217, p. 115-134, 2018.

AGUILAR, Francisco. *Imunidades e prerrogativas processuais dos titulares de cargos públicos* in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais (Organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut)*. Coordenação científica de: Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004.

ALARCÓN, María Luz Martinez. *El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y derecho comparado*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, Madrid, n. 35, 2015, p. 437-478.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal*: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brazileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1911. v. 1.

ARNAIZ, Alejandro Sáiz. *Aforamiento y doble grado de jurisdicción*. Rioja, Logroño, España: Parlamento y Constitución. Anuario, n. 5, p. 71-101, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A Ação Penal 470/DF e a garantia do juiz natural*. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 242, jan. 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 122, p. 171-204, ago. 2016.

_____. *A investigação criminal no caso de autoridade com foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal: algumas questões controvertidas.* Revista Brasileira da Advocacia, v. 3, n. 1, p. 271-296, 2016.

_____. *Epistemologia judiciária e prova penal.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Manual dos recursos penais.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELÉM, Orlando Neves. *Do foro privilegiado à prerrogativa de função*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

BINDER, Alberto, CAPE, Ed e NAMORADZE, Zaza. *Parâmetros sobre defesa penal efetiva na América Latina*. São Paulo: ADC/ CERJUSC/ CONECTAS/ DEJUSTICIA/ IDDD/ ICCPG/ IJPP/ INECIP, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1.* 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOULOC, Bernard. *Procédure pénale.* 26. édition. Paris: Dalloz, 2018.

BRUNO, Tulio Caliban. *A Nova Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a Prerrogativa de Foro.* Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 69, págs. 223/245, jul./set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. Eficientismo Repressivo vs Garantismo Penal: onde fica a Constituição? *In: Tributo a Afrânio Silva Jardim: estudos e escritos/organizadores: Marcelo Lessa Bastos, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim.* 3. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

CASTRO, Matheus Felipe; DE FREITAS MENDES, Frederico Ribeiro. *Dois pesos, duas medidas: o Supremo ativista e a restrição do foro por prerrogativa de função do Legislativo: um estudo a partir da QO na AP 937 do STF*. Revista Culturas Jurídicas, v. 5, n. 12, 2019.

CATENA, Victor Moreno y DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. *Derecho Procesal Penal*. 8. edición. Valência, Espanha: Tirant lo Blanch, 2017.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade e LIMA, Frederico Retes. *Foro, Prerrogativa e Privilégio (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, abril/2017 (texto para discussão nº 233). Disponível em: www.senado.leg.br. Acesso em: 30 out. 2019.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*. Settima Edizione. Milano: Utet Giuridica, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial.* 8. ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CLÉRAC, Céline Laronde. *Les indispensables de la procédure pénale*. Paris: Ellipses, 2015.

COLOMER, Juan-Luis Gómes. *Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios em la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento.* UNED. Madrid: Teoría y Realidad Constitucional, núm. 38, 2016, pp. 239-275.

_____; LEIBAR, Iñaki Esparza. *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia, Espanha: Tirant lo Blanch, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaco. *É necessário manter o foro*. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 296, jan. 2017

_____; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. *Normas ius cogens e princípio pro persona* In Controle de Convencionalidade: temas aprofundados. Coordenadores Luciano Mariz Maia e Yulgan Lira. Salvador: Juspodium, 2018.

COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco. *Temas de Processo Penal.* São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência Penal Originária (uma perspectiva jurisprudencial crítica).* São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Augusto Silva. *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português.* Coordenação Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Noversa Loureiro. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal.* Coimbra: Coimbra Ed., 1974, vol. I.

ESER, Albin. *Il "giudice naturale" e la sua individuazione per il caso concreto*. Milano: Rivista italiana di diritto e procedura penale 38 (1996), S. [385]-411.

ESPADALER, Enric Fossas. *Legislador y derecho fundamental al juez legal*. InDret. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, abril de 2016, p. 02-31.

ESTEFAM, André. *Direito penal, 1: parte geral.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FALCÃO, Daniel. *É necessário manter o foro por prerrogativa de função? Não.* Boletim IBCCrim, ano 25 – n º 296 – julho/2017.

FENOLL, Jordi Nieva; VADELL, Llorenç Bujosa. *Nociones premilinares de Derecho Procesal* Penal. Barcelona: Atelier, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Procedimento no Processo Penal: noções, perspectivas simplificadoras e os rumos do direito brasileiro.* Tese apresentada para Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal da USP. São Paulo: 2004.

_____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coordenadores). *Crime Organizado - Aspectos Processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de (Coord.). *Direito processual penal internacional.* São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*; prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2016.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O foro privilegiado na França*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 34, pág. 37-52 – jan./jun. 2011.

FRATE, Paolo Alvazzi de. *Il principio del "giudice naturale" nel constituzionalismo della restaurazione in Francia e Italia.* Milão: História Constitucional, 133-146, 2002.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Três argumentos para manter o foro por prerrogativa de função.* CONJUR. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar-04/observatorio-constitucional-tres-argumentos-manter-foro-prerrogativa-funcao. Acesso em: 05 dez 2019.

GARZÓN, Fabio Espitia. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 9. Edición. Bogotá: Legis, 2015.

GASPAR, António da Silva Henriques; CABRAL, José António Henriques dos Santos; COSTA, Eduardo Maia; MENDES, António Jorge de Oliveira; MADEIRA, António Pereira; GRAÇA, António Pires Henriques da. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. revista. Coimbra: Almedina, 2016.

GEMAQUE, Silvio César Arouck. *O combate ao terrorismo no direito inglês. Uma visão de equilíbrio entre a repressão e os direitos fundamentais.* In FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos. Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o garantismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.* São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Processo penal contemporâneo no debate.* Aleksei Sosa Rebelo ... [et al.]; organizadores: Nereu José Giacomolli, Nathalia Beduhn Schneider, Carolina Llantada Seibel Scarton. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016

GIMENEZ, Ignacio Diez-Picazo. *El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por ley. Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11. Núm. 31, p. 75-123. Enero-Abril 1991.

GOMES, Carla Amado. *As Imunidades Parlamentares no Direito Português*. Coimbra: Coimbra Editores, 1998.

GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luis Alexandre Carta; MONTENEGRO, Aline Ferreira. *Ação Penal 470, o direito ao contraditório e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Prisma Jurídico, v. 13, n. 2, p. 52-63, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Parecer na Ação Penal 470/MG*. CONJUR. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/parecer-jose-dirceu-embargos.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019.

_____; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique, coordenação. *Código de Processo Penal comentado.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: O processo justo.* Novos Estudos Jurídicos – Ano VII – Nº 14 – p. 9-68, abril 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade 2*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

_____. *O processo: III série: estudos e pareceres de processo penal*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal.* 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ISRAEL, Jerold H.; KAMISER, Yale; LAFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. *Criminal Procedure and The Constitucion. Leading Supreme Cort Cases and Introductory Text.* Equipo investigador y traductor: COLOMER, Juan-Luis Gómez; LEIBAR, Iñaki Esparza; GARGALLO, Andrea Planchadell; CEBADERA, María-Angeles Pérez, MONTILIU, Ana Beltrán; HERNÁNDEZ, Eskándar Gánem. *Proceso Penal y Constituición de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio.* Edición de 2011. Valência, Espanha: Tirant lo Blanch, 2012.

JEULAND, Emmanuel. *Le droit au juge naturel et l´organisation judiciaire*. Escole nationale d´administration. Paris: Revue française d´administration publique, 2008/1, nº 125, p. 33/42.

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

KOSTORIS, Roberto E. *Manuale di procedura penale europea.* Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017.

LAGO, Rodrigo. *Atração de prerrogativa por conexão deve acabar.* CONJUR. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-fev-18/rodrigo-lago-stf-acabar-atracao-prerrogativa-conexao. Acesso em: 08 ago. 2019.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 9. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de competência criminal.* 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

_____. *Manual de processo penal: volume único*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LÓPEZ, Antonio Peñaranda. *Proceso Penal Comparado (España, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Rusia). Descripción y terminologia*. 2. Edición. Granada: Editorial Comares.

LÓPEZ, María Luisa Escalada. *El derecho al juez legal em el ordenamiento constitucional alemán.* Revista de Derecho, Vol. XIX, págs. 179-204, Nº 1 – Julio 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo, Saraiva, 1981.

MARCHIONATTI, Daniel. *Processo penal contra autoridades.* Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. 1. ed. (ano 2004), 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Edição Saraiva, 1953.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*, Volume I. 2. ed. Rio – São Paulo: Forense, 1965.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão.* 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

_____. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 3: Direitos fundamentais ao casamento e à família, liberdade de associação, garantias constitucionais processuais.* São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS; Martial Pons, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZA, Oliviero. *Il garantismo al tempo del giusto processo*. Milano: Giuffrè Editore, 2011

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: sentenças opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.* Jusbrasil, 26.07.2013. Disponível em: https://valeriomazzuoli.jusbrasil.com.br/artigos/121815167/possibilidade-decondenacao-do-brasil-perante-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos. Acesso em: 27 nov. 2019.

MELGAR, Julián Sánchez. *Inviolabilidad e Inmunidad de Diputados y Senadores*. Derecho procesal parlamentario: Excepciones al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos. Madrid: La Ley, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal.* 4. reimpressão da edição de setembro de 2013. Coimbra: Almedina, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges. *O foro por prerrogativa de função na Espanha*. Revista eletrônica do Ministério Público Federal Custos legis, ano IV, volume 4, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Combate à corrupção e respeito ao Princípio do Juiz Natural como garantia constitucional.* Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 19, n. 9, set. 2007.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. atualizada até a EC nº 71/12. São Paulo, Atlas, 2013.

_____. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Maurício Zanoide. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 – (Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 4).

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Competência por Prerrogativa de Função e o Supremo Tribunal Federal.* Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 39 – Dez-Jan/2011 – Doutrina, p. 45-56.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ratio decidendi da ação penal 937-QO/STF e a nova matriz hermenêutica do regime de prerrogativa de foro: implicações na competência do Superior Tribunal de Justiça *In:* MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de. [Orgs.]. *Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019.

NICOLA, Picardi. *Le juge naturel - Principe fondamental en Europe*. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 62, N° 1, 2010. pp. 27-73.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 6. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. *O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial.* Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 88, out. / dez. 2014.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária de Tribunais.* 2016. Tese (Doutorado em Processo Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

NORA, Enrico Silveira. Breves considerações acerca do princípio do juiz natural no processo penal. *In:* GIACOMOLLI, Nereu José. *Processo penal contemporâneo no debate.* Aleksei Sosa Rebelo ... [et al.]; organizadores: Nereu José Giacomolli, Nathalia Beduhn Schneider, Carolina Llantada Seibel Scarton. 1 ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Regimentos Internos como fonte de normas processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez e MOLINA, Francisco Javier Farfán. *El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del estado. Problemas procesales.* Revista Derecho Penal y Criminologia, volumen XXXVI, número 101, julio-diciembre de 2015, p. 87/132.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Competência Penal:* doutrina e jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal – garantismo e efetividade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. *A Constituição e o Processo Penal.* 1. ed. 1976. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editores, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes eleitorais.* 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

PRADO, Geraldo. Eficientismo repressivo e garantismo penal: dois exemplos de ingenuidade epistemológica. *In:* CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Processo penal do espetáculo e outros ensaios*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 908

RAMOS, André de Carvalho. *Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.* In GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 174-225.

_____. *Curso de direitos humanos.* 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Processo internacional de direitos humanos.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ROLIM, Luciano. *Limites constitucionais intangíveis ao foro privilegiado*. In: Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4, n. 14, jan./mar. 2005, p. 111-146.

ROSA, Alexandre Morais; CONOLLY, Ricardo. Juiz sem rosto e com medo: a questão da Lei 12.694/2012. *Empório do Direito*, São Paulo, 29 mar. 2015. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/juiz-sem-rosto-e-com-medo-a-questao-da-lei-no-12-6942012-por-alexandre-morais-da-rosa-e-ricardo-conoll.y/. Acesso em: 30 set. 2019.

ROXIN, Claus, ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*, tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Coord. e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____; SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho procesal* penal – 1 ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2019.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial.* Prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v.9).

SANTISE, Mauricio e ZUNICA, Fabio. *Coodrinate ermeneutiche di diritto penale. Terza edizione*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

SARASOLA, Ignacio Fernández. Los derechos de audiencia y al juez legal en el sistema constitucional español. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, v. 10, n. 2, p. 76-108, jul./dic. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho Procesal Penal.* Segunda edición. Navarra, Espanha: Thomson Reuters, 2015.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito inglês e norte-americano.* Tradução Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SOARES, Gustavo Torres; SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão. Denúncia e queixa criminais: entre a técnica e o garantismo In: *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antônio Scarance Fernandes.* Denise Provasi Vaz et al (organizadores). São Paulo: LiberArs, 2017.

SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova.* Belo Horizonte, Arraes Editores, 2012.

STF/STJ: decisões de interesse institucional: comentada pelo CAOCRIM. *Boletim Criminal Comentado*, São Paulo, n. 4, jun. 2019. Acesso em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20%20novo%20junho%204.pdf. Acesso em: 25 jun. 2019. Ministério Público do Estado de São Paulo. SARRUBBO, Mário Luiz. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais, p. 6, 2019.

TAORMINA, Carlo. *Procedura Penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015.

TONINI, Paolo. *Guida Allo Studio del Processo Penale. Tavole Sinottiche e Atti*. Nona edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2016, pág. 20.

_____. *Lineamenti di Diritto Processuale* Penal. Quattordicesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2016.

_____. *Manuale di Procedura Penale.* Diciottesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, Volume 1. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume 2*. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional.* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

VARGAS, Manuel Fernando Moya; CASTRO, Carlos Andrés Bernal. *Los menores em el sistema penal colombiano*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.

WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informal dos poderes) diante da persecução penal*. Jünger Wolter; organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ZILIO, Rodrigo Lopes. *Crimes Eleitorais.* Salvador: Editora JusPodivm, 2014.