

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Gino José Carmona Marques

Presidente Prudente/SP

2012

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Gino José Carmona Marques

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito sob orientação do Prof.^o
Jurandir José dos Santos

Presidente Prudente/SP

2012

COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos
Orientador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
1º examinador

Pedro Thiago Braz da Costa
2º examinador

Presidente Prudente, 26 de novembro de 2012.

De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.

Rui Barbosa

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por estar sempre ao meu lado, me iluminando e guiando, firme e forte nesta caminhada.

Agradeço aos meus pais José Donizete e Nancy, pela ajuda, compreensão, oportunidade e paciência, sempre acreditando e confiando em mim e no meu potencial.

Agradeço à minha irmã Maisa Carmona que, mesmo não estando ao meu lado fisicamente, sempre a levo em meus pensamentos e orações.

Ao meu ilustre professor e orientador da presente obra, Dr. Jurandir José dos Santos, um expoente em quem me espelho muito, o qual aceitou me conduzir nesta monografia e dedicou muito do seu tempo e sabedoria para que eu pudesse concluí-la.

Meus amigos João Luis, Helio Martinez, Fernando Rosado, João Pedro, Luan Fernando, Lucas Molina, Alan Victor, Guilherme Pires, Daniel Bocchi, Diogo Lopes e Victor Carneiro, e minha querida namorada Ana Flávia, dos quais nunca esquecerei, também dedico este trabalho, pelo apoio e companheirismo.

Incluo aqui, também, os avós Braulio e Graciosa Carmona, Antonio e Helena Marques, exemplos de vida e a base de tudo em minha família.

Aos meus queridos amigos e componentes da banca examinadora, doutores Daniel Colnago e Pedro Costa.

Por fim, a todos que estiveram ao meu lado e de alguma forma contribuíram para mais esta vitória. A todos vocês, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

O trabalho exposto tem como escopo analisar a Prerrogativa de Função, que é garantida tanto pela Constituição Federal quanto pelas Estaduais e do Distrito Federal, leis Municipais e Código de Processo Penal. Em primeiro discute e fixa alguns pontos acerca de Jurisdição e Competência, passando, após, ao questionamento do Princípio do Juiz Natural e elucidação de questões referentes às Súmulas 704 e 721 do Supremo Tribunal Federal. Por final, um breve comentário sobre o tema deste trabalho, delimitando as competências originárias de cada Tribunal com suas peculiaridades e críticas doutrinárias.

Palavras-chave: Competência funcional. Prerrogativa de função. Juiz Natural. Jurisdição. Súmulas 704 e 721.

ABSTRACT

The goal of this work is to analyse the Royal Prerogative, which is assured by the Federal, the State and the Federal District Constitutions, Municipal laws and the Criminal Procedure Code. First of all, this work will discuss and determine some points about the Jurisdiction and Competence, followed by the questioning of the Principle of the “Natural Judge” and the elucidation of issues concerning Precedents 704 and 721 of the Federal Supreme Court. Last of all, a brief comment on this work’s theme, delimitating competencies from each Court with its peculiarities and doctrinaire criticism.

Keywords: Functional competence. Royal Prerogative. Natural Judge. Jurisdiction. Precedents 704 and 721.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 SISTEMAS DE COMPETÊNCIA	10
2.1 Jurisdição	10
2.1.1 Princípios norteadores da jurisdição	12
2.1.2 Espécies de jurisdição	12
2.2 Competência	14
2.2.1 Critérios para fixação de competência	15
2.2.2 Competência material	16
2.2.2.1 Competência <i>ratione materie</i>	17
2.2.2.2 Competência <i>ratione loci</i>	17
2.2.2.3 Competência <i>ratione personae</i>	18
2.2.3 Competência absoluta e relativa	20
2.2.4 Competência por conexão e continência	21
3 O JUIZ NATURAL E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	24
3.1 A Supremacia da Constituição	24
3.2 Princípios de Direito	25
3.2.1 Princípios constitucionais	26
3.3 O Devido Processo Legal	27
3.4 O Princípio do Juiz Natural	30
3.4.1 Conceito e origem do princípio do juiz natural	30
3.4.2 Competência e o princípio do juiz natural	32
3.4.3 O foro por prerrogativa de função e o princípio do juiz natural	34
3.4.4 Consequência da lesão ao princípio do juiz natural	34
4 ANÁLISE DAS SÚMULAS 704 E 721 DO STF	36
4.1 As Súmulas no Direito Brasileiro	36
4.2 Os Precedentes que Originaram as Súmulas 704 e 721 do STF	38
4.2.1 Análise do RE n.º 170.125-1/RJ, do HC n.º 68.846-2/RJ, do HC n.º 74.573-3/RJ e do HC n.º 75.841-2/RJ	42
4.2.1.1 Análise do HC n.º 75.841-2/RJ	44
4.2.2 Análise do HC n.º 69.325-3/GO, do HC n.º 79.212-0/PB e do HC n.º 78.168- 7/PB	45
5 COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO	48
5.1 Análise da Competência Originária dos Tribunais	48
5.1.1 Supremo Tribunal Federal	49
5.1.2 Superior Tribunal de Justiça	50
5.1.3 Tribunal Regional Federal	51
5.1.4 Tribunal de Justiça	52
5.2 Duplo grau de jurisdição	53
5.3 Aplicação da prerrogativa no julgamento da Ação Penal 470 – “Mensalão”	54

6 CONCLUSÃO	56
BIBLIOGRAFIA	58

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho foi abordada a temática a respeito da Competência por Prerrogativa de Função, bem como suas principais características, estando prevista no texto constitucional e em leis esparsas.

Tal benesse é também conhecida como *ratione personae* ou *ratione muneris* que garante aos ocupantes de cargos relevantes um foro especial, ou seja, serão processadas e julgadas por instâncias superiores.

A Jurisdição, trazida no capítulo segundo, trata de uma atribuição concedida pelo Estado ao órgão Judiciário, para que este possa presidir e, ao final, decidir pela condenação ou não, de qualquer cidadão do povo. A Competência, nada mais é do que uma parcela de Jurisdição, isto é, compreende-se como sendo uma delimitação do poder de julgar Estatal.

O Juiz Natural, conhecido por ser um princípio de suma relevância dentro de nosso Ordenamento Jurídico, previsto no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Carta Republicana, veda qualquer tipo de tribunal de exceção, onde para o julgamento há de se ter tribunal previamente estabelecido.

Nos precedentes das Súmulas 704 e 721 do Supremo Tribunal Federal, foram discutidas e elucidadas questões referentes à suas origens e o modo em que foram inseridas no ordenamento pátrio.

Quando das explanações acerca do objeto deste trabalho, ali melhor foram resumidas e expostas argumentações e críticas doutrinárias, de grande relevância temática no atual cenário jurídico.

Foram utilizados os métodos embasados em pesquisas bibliográficas e doutrinárias com o intuito de aclarar o tema discutido. Foram também utilizadas notícias atuais manejadas em artigos jurídicos, jornais e internet, bem como a metodologia dedutiva.

2 SISTEMA DE COMPETÊNCIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O Estado observando que os objetivos buscados pela sociedade, quando da composição de interesses, que podem ser resumidos na busca pela pacificação social e justiça, chegou a conclusão de que tais metas só seriam alcançadas se ele impusesse sua decisão aos indivíduos. Destarte, inicia um processo de intervenção nas lides, nos conflitos que eclodem com a vida em sociedade. Inicialmente, o Estado retirou gradativamente o direito do cidadão em resolver seus litígios, chegando ao estado em que nos encontramos, qual seja, do Estado pegando para si o poder de prestação jurisdicional, vez que proíbe e, no caso do Brasil, pune a justiça pelas próprias mãos (COLUCCI e PINTO DE ALMEIDA, 1990, p. 18).

No presente capítulo buscar-se-á, de forma breve, explanar sobre aspectos intrínsecos ao estudo da temática central que será aqui abordada, qual seja, o foro por prerrogativa de função. Desta feita, inicialmente este capítulo tratará sobre dois temas fundantes de nosso ordenamento jurídico – jurisdição e competência.

2.1 Jurisdição

Analisando o cenário doutrinário constata-se que não há no direito brasileiro consenso sobre o que seja jurisdição. Nas palavras de Maria Lúcia Karam temos que (1998, p. 11):

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

processo, a norma jurídica que deve disciplinar a situação que lhe é concretamente apresentada.

Seguindo esta linha de pensamento, Athos Gusmão Carneiro, assevera que a jurisdição é uma contraprestação necessária do Estado, haja vista que a partir do momento que ele (Estado) garante como direito fundamental do cidadão o direito subjetivo de ação, deve para o pleno exercício de tal direito se vestir do manto da jurisdição e mediante um devido processo legal promover a justiça aos que a venham buscar (1991, p. 03).

Desta feita, temos que a prestação jurisdicional é o que possibilita a existência de uma ordem jurídica justa, e eficaz. Pode-se dizer que a jurisdição possui, basicamente três finalidades – social, jurídica e política. Sob o aspecto social a jurisdição se destina a promover a pacificação social e educação às regras de convivência; já sob enfoque jurídico temos que a jurisdição se destina a manter os preceitos positivados no direito; por fim a finalidade política se exterioriza com a oportunidade do exercício dos valores fundamentais do Estado – promoção do poder e liberdade (DINAMARCO, 2000, p. 159).

Analisando-se a função jurisdicional temos que ela se caracteriza, essencialmente, por alguns fatores. Pode-se suscitar como seu elemento fundamental a existência de lide, pois sua busca primordial é a resolução de conflitos de interesse. Assim é o entendimento de José Frederico Marques (2000, p. 04):

[...] como as relações disciplinadas pelo direito tanto se entretcem no plano privado, entre indivíduos e entes particulares, como na esfera do direito público, entre sujeitos privados e o Estado, ou entre entidades exclusivamente públicas – a tutela jurisdicional não se limita a amparar, quando restaura a ordem jurídica, os direitos individuais de ordem privada, pois em muitas ocasiões são interesses imediatos de caráter público que exigem o reconhecimento e amparo das funções jurisdicionais. É o que se verifica, *v. gratia*, no juízo penal.

Outro importante elemento da jurisdição diz respeito a sua inércia, ou seja, o Estado somente pode exercer a jurisdição se provocado pelas partes, fato este que se materializa através do direito de ação. Ressalta-se também a ocorrência da imutabilidade dos atos processuais, quando investidos pela coisa julgada.

Ademais, como dito anteriormente, a jurisdição possui caráter substitutivo, vez que o Estado toma para si o poder/dever de resolver os conflitos de interesses nos lugares das próprias partes envolvidas no conflito.

2.1.1 Princípios norteadores da jurisdição

A ação jurisdicional é regida por diversos princípios, entretanto como o enfoque deste estudo não é uma análise aprofundada sobre tal instituto, preocupou-se a apenas elencar os mais relevantes. Nos dizeres de Fernando Capez, cinco são os princípios primordiais que atuam diretamente sobre a jurisdição: a) princípio da investidura; b) princípio da indelegabilidade; c) princípio da inevitabilidade; d) princípio da inafastabilidade; e) princípio do juiz natural (2008, p. 09).

Pois bem, o primeiro princípio se traduz no ideal de que somente aquele investido da autoridade de juiz poderá exercer a jurisdição; o segundo decorre da norma geral de que os Poderes não podem delegar suas funções, de modo que o juiz não pode dispor da jurisdição; o terceiro preconiza que a jurisdição deve ser atendida independentemente da vontade das partes; já o quarto princípio previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, estabelece que o Estado não pode negar o exercício da jurisdição quanto requisitada; por fim tem-se o princípio de maior relevância para o presente trabalho, o princípio do juiz natural, que será tratado com maior atenção em capítulo específico. No momento basta dizer se tratar de preceito que garante, em linhas gerais, que não existirá juízo ou tribunal de exceção, bem como que um indivíduo será julgado pelo juiz constitucionalmente competente (CAPEZ, 2008, p. 09/11).

2.1.2 Espécies de jurisdição

A jurisdição é una, posto que exterioriza a soberania do Estado. Tal fato deriva do fato de que a jurisdição é uma atribuição fundamental do Estado exercida de forma exclusiva. Pode-se dizer que a unidade da jurisdição (para alguns,

princípio da unidade) tem previsão legislativa expressa, tanto na Constituição Federal como no Código Penal. Na primeira elenca-se o artigo 5º, incisos XXXV e XXXVII, bem como o artigo 92, excertos que exprimem a quais órgãos coube a tarefa, em princípio, de exercer a jurisdição (Poder Judiciário) e proíbem os juízos e tribunais de exceção.

Deste modo, ao se falar em espécies de jurisdição estamos nos referindo às matérias abrangidas por ela ou sobre particularidades que estabelecem os critérios de repartição das atribuições de diferentes órgãos e não em pluralidade de funções jurisdicionais. Importante destacar que o fato de se dividir a jurisdição em atribuições não lhe retira a característica da unicidade, vez que cabe, ainda, somente ao Estado tutelar os direitos em disputa em um conflito, de modo definitivo e irrevogável (ROCHA, p. 78).

De acordo os ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco (2000, p. 140/146), a jurisdição se divide em civil e penal – leva em consideração o objeto sobre qual recai; especial e comum – órgão que exerce; superior e inferior – hierarquia do organismo que a possui; e direito ou equidade – fonte do julgamento.

A jurisdição civil é estabelecida por um processo de exclusão de modo que quando não se tratar das hipóteses embarcadas pela jurisdição penal será de responsabilidade da jurisdição civil dirimir os conflitos de interesses.

Já a jurisdição comum compete tratar de todas as controvérsias que não são de atribuição da jurisdição especial, portanto utiliza-se também do mesmo critério de exclusão dita anteriormente. A nossa legislação elenca como “Justiças” que exercem a jurisdição especial a Justiça Militar, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, e a Justiça Militar Estadual; em contrapartida a Justiça Federal e Estadual ordinária exercem a jurisdição comum (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2000, p. 144).

Em outro cenário, a divisão em jurisdição superior e inferior leva em consideração os órgãos jurisdicionais, mais especificadamente a posição em que eles se encontram dentro da estrutura organizacional do Poder Judiciário, observando sempre o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição “que consiste na possibilidade de um mesmo processo, após julgamento pelo juiz inferior perante o qual teve início, voltar a ser objeto de julgamento, agora por órgãos superiores do Poder Judiciário” (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2000, p. 145). É neste cenário que surge os casos em que a lei estabelece que determinados processos

devem ser iniciados em órgãos jurisdicionais superiores, em observância a aspectos específicos, como por exemplo em razão da qualidade da pessoa .

Por sua vez, a jurisdição de direito ocorre quando “o juiz exercita a atividade jurisdicional, usando o direito objetivo como critério de suas decisões” (ROCHA, 2009, p. 81). Acontece que, “tendo em vista circunstâncias especiais do caso concreto, e dada a impossibilidade de o legislador prever todas as situações fáticas, respeitados os princípios que informam o ordenamento jurídico, pode o juiz excepcionalmente decidir por equidade” (COLUCCI e ALMEIDA, 1990, p. 77). Entretanto a equidade só pode ser utilizada quando a lei permitir.

2.2 Competência

Sendo a jurisdição una, o Estado observando a grande quantidade de processos, a diversidade de matérias e a extensão territorial, viu-se a necessidade de dividir o Trabalho no âmbito do Judiciário. É nesta seara que surge o instituto da competência, sendo o poder/dever de um órgão exercer a pequena parte de jurisdição que lhe é atribuída (MARQUES, p. 40).

A doutrina pátria tem como conceito comum de competência aquele em que se sustenta ser ela o limite e medida da jurisdição, possibilitando um julgamento organizado, ao passo que a jurisdição seria o poder de julgar constituído (MARQUES, p. 40).

Tal premissa encontra-se melhor delineada no excerto doutrinário abaixo:

E, assim, a função jurisdicional, que é uma só e atribuída abstratamente a todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário, passa por um processo gradativo de concretização, até chegar-se à determinação do juiz competente para determinado processo; através das regras legais que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com referência a dada categoria de causas (regras de competência), excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele que deva exercê-la ali, em concreto (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2000, p. 229).

Como se vê a competência tem diversos critérios para sua fixação que serão melhor examinados a seguir.

2.2.1 Critérios para fixação de competência

Os critérios definidores da competência estão delineados tanto na Constituição Federal – elenca regras de maior relevância -, quanto nas legislações infraconstitucionais – que respeitam os dizeres constitucionais e se distribui entre diversos órgãos jurisdicionais.

Pois bem, a Carta Magna de 1988 elencou como Justiças Especiais a Justiça do Trabalho – sem competência penal -, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar. Para a Justiça Eleitoral foi concedida a competência para julgar crimes eleitorais e os conexos a estes, bem como os remédios constitucionais utilizados contra estes crimes – mandado de injunção; mandado de segurança; *habeas corpus*; ou *habeas data*). No que concerne a competência da Justiça Militar, incumbe a esta o julgamento dos crimes militares definidos no Código Penal Militar.

No tocante aos crimes comuns, a Constituição Federal dividiu o encargo de julgar tais delitos a Justiça Federal e a Justiça Comum Estadual. A competência da primeira foi delimitada no artigo 109 da Carta Magna, sendo de sua responsabilidade julgar matérias específicas; já a segunda tem sua competência definida através de um critério de exclusão, ou seja, o que não é de competência das Justiças Especiais e da Justiça Federal será de sua competência.

Como bem elucida Fernando Capez (2008, p. 205):

[...] no que diz respeito aos crimes dolosos contra a vida, e outros que o legislador infraconstitucional posteriormente vier a fazer expressa referência, a competência para o julgamento será do Tribunal do Júri, da jurisdição comum estadual ou federal, dependendo do caso (artigo 5º, inciso XXXVIII, d).

Na esfera infraconstitucional, a legislação vigente fixa os critérios definidores de competência no artigo 69 do Código de Processo Penal, que por ora passo a analisá-los.

Segundo Giuseppe Chiovenda, Maria da Glória Lins da Silva Colucci e José Maurício Pinto Almeida, três são os critérios que devem ser observados quando se falar em definição de competência: o objetivo – tem como marco a natureza ou valor da causa ou, ainda, a condição das pessoas da lide; territorial – leva em consideração a posição dos juízes ou das partes, bem como as relações do

objeto da lide ou fatos a ela ligados; e o funcional – tem como parâmetro a atividade jurisdicional que deve ser prestada por cada órgão (1990, p. 103).

Nos dizeres de Julio Fabbrini Mirabete, a limitação do exercício jurisdicional deve observar as características do litígio, que é a competência material ou a competência funcional, de acordo com os atos do processo (2000, p. 170).

Dessa forma, temos que a competência é definida por critérios retirados da própria lide (competência material) ou do processo (competência funcional), de modo que tais conceitos irão determinar: a Justiça competente – comum ou especial -; o órgão de início de primeiro ou de segundo grau; a comarca; a vara; o juiz; e para qual órgão será atribuída a análise recursal (MIRABETE, 2000, p. 170/175).

O trabalho passará, no próximo tópico, a tratar da competência material, todavia faz-se necessário, mesmo que em poucas palavras fazer uma breve explanação sobre a competência funcional. Para tanto se traz a baila os ensinamentos de José de Albuquerque Rocha (2009, p. 138):

Denomina-se funcional justamente porque leva em conta a função primária específica do órgão no âmbito de uma dada justiça. Assim, é função primária específica dos órgãos de 1º grau julgar as ações, enquanto é função primária específica dos órgãos de 2º e 3º graus julgar os recursos. Excepcionalmente, porém, os órgãos de 2º e 3º graus têm competência para julgar originariamente certas ações, o que ocorre por força de alguns fatores que são considerados pelo legislador como capazes de justificar uma mudança nas regras da competência funcional. É o que acontece nas ações em que figuram como parte pessoas especialmente qualificadas, ou o tipo de procedimento adotado, etc. No entanto, essas exceções ao princípio geral não acarretam maiores dificuldades, pois vêm previstas expressamente na Constituição, ou respectiva lei de organização judiciária.

Como se vê, é por meio da competência funcional que se define qual o órgão competente dentro de uma mesma Justiça.

2.2.2 Competência material

A competência material, como já dito acima, tem como parâmetro as características da própria lide, em razão disso para sua definição e análise três aspectos devem ser analisados, quais sejam: a) o direito material presente na

relação jurídica – *ratione materiae* -; b) o território – *ratione loci* -; c) a pessoa do réu – *ratione personae*.

2.2.2.1 Competência *ratione materiae*

Tal competência tem como fator determinante o direito material que movimenta a relação jurídica levada ao judiciário.

Na esfera constitucional, o critério de definição *ratione materiae* foi aplicado por diversas vezes para se delimitar o âmbito de competência de muitos órgãos que compõe o Poder Judiciário. Pode ainda, a competência ser delimitada por características inerentes ao direito material discutido. Como se vê, o Código de Processo Penal, em seu artigo 69, inciso III, fixa a competência em razão da “natureza da infração”.

No nosso ordenamento jurídico a regra expressa no artigo 5º, inciso XXXVIII, “d”, da Constituição Federal pode ser elencado como exemplo mais marcante de tal premissa de fixação de competência em função da natureza da infração, haja vista estabelecer que os crimes dolosos contra a vida sejam julgados pelo Tribunal do Júri.

2.2.2.2 Competência *ratione loci*

Como já dito alhures, o poder jurisdicional do Estado é uno. Dessa forma, a jurisdição pode ser exercida em todo território nacional. Entretanto, em determinadas situações, os casos só poderão ser analisados por certos órgãos julgadores localizados em determinado local, posto que estes guardam alguma relação com os fatos presentes nos casos. Tal premissa é a essência da competência em razão do território descrita nos incisos I e II, do artigo 69, do Código de Processo Penal.

Como regra geral, o Código de Processo Penal estabelece que será competente para processar e julgar um processo, o órgão situado onde ocorreu a

consumação do delito, é o que se observa da redação do artigo 70, do aludido *Codex*.

Em outro cenário, o mesmo diploma legal, dispõe que a competência poderá ser delimitada pelo local de residência do réu – ação privada exclusiva -, ainda que conhecido o local da infração.

2.2.2.3 Competência *ratione personae*

O Código de Processo Penal intitula tal competência como competência por prerrogativa de função, sendo esta o foco principal deste trabalho.

Como regra temos que compete aos órgãos de 1º grau conhecer originariamente as causas, sendo exceção o conhecimento originário pelos órgãos superiores. Esta situação acontece por ordem expressa na Constituição Federal, quando esta estabelece que processos onde figuram determinados ocupantes de cargos públicos sejam julgados por órgãos superiores. Essa determinação tem como condão resguardar a dignidade e importância desses cargos.

Importante se faz destacar que a competência por prerrogativa de função não é determinada em razão da pessoa que ocupa o cargo, mas sim em razão do cargo, premissa esta que afasta qualquer alegação de ofensa a princípios constitucionais, como o da igualdade (artigo 5º, *caput*), ou a proibição de juízo ou tribunais de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII).

Nesse sentido explana Maria Lúcia Karam (1998, p. 27):

Deve se ressaltar que, na realidade, não tem aqui propriamente uma prerrogativa, operando o exercício da função decorrente do cargo ocupado pela parte como fator determinante da atribuição da competência aos órgãos jurisdicionais superiores, não em consideração à pessoa, mas ao cargo ocupado.

O critério de definição de competência em razão de determinada função surgiu em razão do pensamento de que os órgãos superiores (colegiados) teriam maior autonomia e isenção para o julgamento das pessoas ocupantes da função pública, vez que possuem maior resistência a possíveis influências que pode vir a sofrer, tanto do acusado quanto contra este.

Fernando da Costa Tourinho Filho ressalta que não há duplo grau de jurisdição a competência por prerrogativa de função (1998, p. 216):

[...] a competência originária, isto é, competência privativa que determinados órgãos têm para processar e julgar certas pessoas, é exercida em única instância. Não existe para ela o duplo grau de jurisdição. Se não julgadas por um órgão colegiado da Superior Instância, presume-se o acerto dessas decisões, tanto mais quanto seria materialmente impossível manterem-se outros órgãos, superiores aos existentes.

Passado brevemente pelo que seja a competência por prerrogativa de função, faz-se necessário elucidar quais órgãos jurisdicionais superiores tem tal competência e indicar quem são essas pessoas.

Neste passo, o artigo 102, inciso I, “b”, da Constituição Federal, diz ser de competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, as infrações comuns – excluí-se os crimes de responsabilidade -, praticadas pelo Presidente da República, Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, Ministros e pelo Procurador Geral da República. Além compete ao pretório excelso, privativamente, processar e julgar as infrações comuns e os crimes de responsabilidade os ocupantes dos seguintes cargos: a) Ministro de Estado – salvo se tratando de crime de responsabilidade praticado em coautoria com o Presidente da República ou Vice-Presidente da República, haja vista que neste caso a competência será do Senado Federal, por disposição expressa do artigo 102, inciso I, cumulado com o artigo 52, inciso I, ambos da Constituição Federal; b) membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União; c) chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Seguindo, o artigo 105, inciso I, “a”, da Constituição Federal determina ser de competência do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar os crimes comuns e de responsabilidade, praticados pelos: a) Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; b) membros dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho; c) membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal; d) membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e; e) membros do Ministério Público de União que atuem diante de Tribunais.

Neste trilho, o artigo 108, da Constituição Federal diz ser da competência dos Tribunais Regionais, originariamente, processar e julgar os crimes

comuns e os de responsabilidade cometidos por: a) juízes federais; b) juízes da Justiça Militar e do Trabalho – de sua área de jurisdição -, c) membros do Ministério Público da União – salvo a competência da Justiça Eleitoral.

Ao final, a Constituição Federal, em seu artigo 125, §1º, concedeu aos Estados-Membros a liberdade de fixar a competência de seus Tribunais. Deste modo, a Constituição do Estado de São Paulo prevê, em seu artigo 74, inciso I, que ao Tribunal de Justiça de São Paulo compete processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, Vice-Governador do Estado, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador Geral de Justiça, o Procurador Geral do Estado, o Defensor Público Geral e os Prefeitos Municipais.

A competência por prerrogativa de função será melhor analisada em capítulo específico e no capítulo seguinte quando da análise da interpretação constitucional do princípio do juiz natural.

2.2.3 Competência absoluta e relativa

A divisão da competência em relativa ou absoluta surge da análise, principalmente dos interesses das partes, atingindo assim uma maior amplitude aos direitos do réu.

Assim, temos que a competência relativa pode ser resumida como aquela em que as regras de competência são definidas pelo melhor interesse das partes – tem como consequência a possibilidade de mudança das regras pelas partes; ao passo que a competência absoluta visa garantir o melhor interesse público que se encontra expresso na legislação, portanto indisponível às partes (CARNEIRO, 1991, p. 59).

São casos de competência absoluta a *ratione materiae*, *ratione personae* e funcional. Em outra cena, tem-se como competência relativa a determinada segundo o critério territorial – *ratione loci*.

Como dito anteriormente, por se tratar de expressão do interesse público, a competência absoluta não pode ser prorrogada. Nesse sentido, Fernando Capez dispõe sobre a prorrogação de competência o seguinte (2008, p. 223):

A prorrogação de competência consiste na possibilidade de substituição da competência de um juízo por outro, sem gerar vício processual. Como já se disse, a competência inderrogável é absoluta. Ao contrário, quando a lei possibilitar às partes que se submetem a juiz originariamente incompetente, a competência é tida como relativa.

Importante se faz destacar que, as normas que tratam de competência, sobremaneira da competência absoluta – razão da matéria, pessoa e funcional -, possuem como condão aclarar aos órgãos da administração da justiça, Ministério Público e Poder Judiciário, como agirem com o máximo de isonomia e imparcialidade no exercício de seus atos de ofício.

2.2.4 Competência por conexão e continência

Para se chegar a uma conclusão acertada sobre o enfoque deste trabalho, primoroso se faz a compreensão das regras de conexão e continência.

Coube ao Código de Processo Penal, especificadamente, em seu artigo 76 e seguintes, prever as regras atinentes aos institutos da conexão e continência, posto que traz em seu bojo hipóteses de modificação de competência já delimitada, conforme a Constituição Federal e legislação infraconstitucional. O objetivo de tais excertos normativos é dar uniformidade ao julgamento de atos delituosos praticados.

Neste íterim, conexão pode ser entendida como relação, nexos, de modo que se configura quando há uma ligação entre uma infração penal e outra. Assim, conexão ocorre quando existe pluralidade de condutas, podendo ser praticadas por um ou mais agentes.

A doutrina pátria, divide a conexão expressa no artigo 76, do Código de Processo Penal, em três espécies: a) intersubjetiva; b) objetiva; c) instrumental.

A conexão será intersubjetiva quando houver vários crimes e vários agentes, sendo que a conduta destes podem ter sido unidas por concurso, reciprocidade ou simultaneidade.

Na conexão intersubjetiva por concurso, há prática de mais de uma infração por mais de um agente, estes em concurso, em tempo e lugar diverso. Há, portanto, vínculo subjetivo que reúne todos os agentes, posto haver uma união de

vontades buscando o mesmo fim. Já na conexão intersubjetiva por reciprocidade, tem-se duas ou mais infrações cometidas por mais de um agente, só que agora um contra o outro. Ao final, a conexão intersubjetiva por simultaneidade, ocorre com a prática de mais de um delito, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem, contudo, ajuste prévio ou conhecimento da conduta da outra pessoa.

A conexão objetiva – lógica, material -, se dá com a prática de um delito para facilitar o cometimento de outro, ocultar-lhe ou garantir a impunidade ou vantagem.

Por fim, a conexão instrumental – probatória, processual -, ocorre quando a prova de uma infração influencia outra. De acordo com Fernando Capez, a questão envolve a exclusiva conveniência da apuração da verdade real (2008, p. 234).

Portanto, pode se dizer que conexão promove a reunião de processos que possuem algum vínculo entre si.

Em outro cenário, a continência, contida no artigo 77, no Código de Processo Penal, se dá em razão de unidade de condutas o que promove o julgamento de todos em conjunto.

Fernando Capez elucida que há duas hipóteses de continência. Uma quando duas ou mais pessoas são acusadas pela prática do mesmo delito – artigo 77, inciso I, do Código de Processo Penal –, pois praticaram em concurso, seja em coautoria ou como participação, nos moldes do artigo 29, *caput*, do Código Penal. Portanto, na continência o vínculo se encontra entre os agentes e não entre as infrações (2008, p. 234/235).

A outra hipótese de continência configura-se com o concurso formal – artigo 70, do Código Penal; *aberratio ictus* – artigo 73, do Código Penal e *aberratio delicti* – artigo 74, do Código Penal (CAPEZ, 2008, p. 234/235).

Pois bem, no concurso formal, como cediço, com uma única conduta promovem-se dois ou mais resultados. Como exemplo pode-se elencar o caso em que um motorista imprudente, dirigindo perigosamente (única conduta), perde o controle do veículo e acaba por matar 3 (três) pessoas (homicídios culposos). No caso de *aberratio ictus*, o agente erra na execução e acaba por acertar o bem jurídico diverso do pretendido, ou atinge o bem pretendido e outro. Ao passo que na *aberratio delicti*, sujeito pretende a prática de um delito, mas por erro na execução acaba por cometer outro delito sozinho ou em conjunto com o pretendido. Em todos

os casos acima, os delitos são continentes, de modo que devem ser julgados pelo mesmo julgador (2008, p. 235).

Como se vê tanto a conexão quanto a continência promove a unificação de processos em um único foro (*forum attractionis*) – prevalente. Para tanto, deve ser observadas e seguidas às regras dispostas no artigo 78 do Código de Processo Penal, como: a) a prevalência do juízo do lugar da infração com pena cominada mais grave ou do lugar onde houver ocorrido o maior número de infrações ou, ainda do juízo preventivo; a prevalência do júri; a prevalência das Justiças Especiais; e por fim a prevalência dos órgãos superiores.

Assim, aplicando-se concomitantemente as regras acima temos que, sempre que não for possível determinar o juiz natural pela gravidade do delito ou, pelo número de delitos, o juízo será eleito pela prevenção, ou seja, será aquele que primeiro teve contato com um dos processos.

Frisa-se por oportuno que o artigo 79 do Código de Processo Penal determina que não poderá haver reunião de processos quando houver concurso entre a jurisdição comum e a militar ou, entre a comum e a crianças e adolescentes. Neste passo, importante salientar o disposto no artigo 81 do Código de Processo Penal, posto que estabelece a perpetuação da competência determinada em razão da conexão, mesmo que desaparecido o motivo que levou a sua ocorrência.

No capítulo seguinte trataremos sobre a conexidade existente entre causas previstas na legislação infraconstitucional e na Constituição Federal, haja vista ser ponto fundamental para o presente estudo.

3. O JUIZ NATURAL E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Este capítulo tem como escopo analisar o Princípio do Juiz Natural no processo penal brasileiro.

Todavia, antes de falarmos desse tão importante princípio, necessário se faz elucidar a posição que a Constituição Federal veio a ocupar em nosso ordenamento jurídico, para com isso evidenciar a importância dos princípios constitucionais na hermenêutica do Código de Processo Penal.

3.1 A Supremacia da Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 pode ser compreendida, em linhas gerais, como um conjunto de normas e princípios que a todos rege. Em outras palavras, trata-se de um sistema jurídico que todos devem se submeter, inclusive o Poder Público. Ela é estruturada sistematicamente, sendo que seu texto possui poder vinculante. Para sua modificação exige-se rito especial que se comparado com o processo legislativo infraconstitucional, vemos a presença de obstáculos muito maiores. É dessa constatação que surge a ideia de rigidez constitucional.

Neste passo, como a ordenação dos poderes do Estado é instituída pela Constituição, estes devem ser submissos aos mandamentos constitucionais, isto significa dizer que os Estados não podem contrariar as ordens constitucionais, uma vez que é a Constituição que os cria e regulamenta. Essa é a lição de José Afonso da Silva quando disserta que isto: “significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos” (1992, p. 47).

Desta forma, a Carta Magna de 1988 ocupou o lugar de norma suprema em nosso ordenamento, sendo que sua supremacia se configura como “desiderato lógico” da teoria constitucional, haja vista que a Constituição é “a norma das normas”. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, citado por Paulo Márcio Cruz (2001, p. 80):

[...] é *communis opinio* da doutrina que uma lei fundamental pertence determinar vinculativamente as competências dos órgãos de soberania e as formas e processos do exercício do poder. Desde as constituições liberais dos finais do século XIX, que os documentos constitucionais estabelecem a modelação da estrutura organizatória dos poderes públicos (*partie organique*, Plan other Frame of Government *Zuständigkeitsordnung*, parte orgânica da constituição).

Tal visão de superioridade da Constituição frente as demais normas do ordenamento jurídico foi idealizada por Hans Kelsen que apontou existir uma estrutura escalonada na ordem jurídica do Estado. Em linhas gerais a teoria criada por Kelsen se baseou em duas afirmações: a) As normas jurídicas estão delineadas em planos jurídicos diversos e; b) A norma que se encontra em um nível superior deve sempre ser utilizada como fundamento de validade das normas que se encontram em patamar inferior ao seu.

Dessa forma, como Kelsen considera que a Constituição se encontra no mais alto patamar, todas as normas que se encontram abaixo dela devem guardar respeito para com os preceitos por ela trazidos (1984, p. 267).

Entretanto, o objetivo de trazer tal ideário de supremacia da Constituição, foi deixar evidente que a Carta Magna de 1988 não tem normas meramente programáticas indicativas, mas contém normas vinculantes que para não serem respeitadas devem, necessariamente, serem atacadas, seja pelo legislador, judiciário ou qualquer outro órgão estatal.

Portanto, a Constituição é a norma suprema do Estado brasileiro, se encontrando no mais alto patamar, acima de todas as outras normas, de forma que estas demais normas só poderão ser consideradas válidas se guardarem subsunção à Constituição.

3.2 Princípios de Direito

Ao se pensar em um princípio ou sua conceituação, temos a ideia de que seja um pensamento ou norma mestra, chave que dá origem, de onde todas as outras ideias, pensamentos ou normas se derivam, se sujeitam.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 53):

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de estrutura mestra.

Dessa forma, vemos que os princípios são mais abrangentes e gerais que as normas, haja vista serem estas restritas e específicas.

Importante se faz destacar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especificamente, em seu artigo 4º trata sobre os princípios positivos de direito e dos princípios gerais de direito.

3.2.1 Princípios constitucionais

Na medida em que os princípios deixam de ser apenas fontes de caráter supletivo passando a integrar as Constituições, tornam-se fundamento para toda a ordem jurídica, agora com caráter constitucional, ou seja, normas supremas do ordenamento (BONAVIDES, 2008, p. 289).

A respeito dessa mudança, Carmem Lúcia Antunes Rocha, citada por Walter Claudius Rothenburg, diz que “Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados em princípios” (1999, p. 17).

Diz ainda, a aludida autora que (1999, p.17):

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para

cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mas legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social.

Por sua vez, para Paulo Bonavides os princípios passam a servir (2008, p. 290):

[...] de pautas e critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, [...] desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis.

Dispõe ainda, o mesmo que “com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas” (2008, p. 290).

Nesta senda, uma ofensa a um princípio constitucional não constitui uma mera desobediência a normas, mas sim uma ofensa a todo o sistema normativo, à coerência legal.

3.3 O Devido Processo Legal

Tem-se como grande marco da democracia e da concessão de direitos à sociedade, a Magna Carta, do Rei João Sem-Terra, de 15 de junho de 1215, entretanto, tal compilado de limitações ao Estado-Rei não teve, em sua origem, o intuito de desenvolver a democracia, de servir à cidade e muito menos ao povo, tanto que foi redigida em latim, idioma desconhecido por grande maioria da população (CARVALHO, 1998, p. 6). Tal afirmativa pode ser feita quando da análise do item 39 da citada norma – que abaixo será exposto.

Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de suas liberdades ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer outra maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país (MEDEIROS, 2000, p. 111).

Sua criação teve como ideal a proteção dos burgueses frente aos abusos praticados pela coroa inglesa. Entretanto, ela possuía institutos de repressão aos abusos do Estado que até hoje vemos presentes nos ordenamentos jurídicos, sendo que no Brasil a realidade não é diferente.

Dentre estes institutos, temos uns dos mais significativos, qual seja, o princípio do devido processo legal.

Todavia, a expressão devido processo legal só começou a ser utilizada em uma norma jurídica em 1354, pelo Rei Eduardo III, no conhecido *Statute of Westminster of the Liberties of London*¹, que sedimentou a existência deste princípio incorporando-o definitivamente ao sistema da *Common Law* (Nery Junior, 2002, p. 33).

Certo é, que o devido processo legal só ganhou conotação com sua utilização pelo ordenamento jurídico norte-americano.

Importante destacar que, os primeiros julgados da Suprema corte norte-americano que aplicaram a ideia do devido processo legal, adotaram “um enfoque estritamente processualístico (*procedural due process*), descartando, até mesmo por expresse as tentativas de se emprestar a essa garantia constitucional um sentido substantivo” (Castro, 2005, p. 41/42).

Carlos Roberto Siqueira Castro manifesta-se no seguinte sentido (2005, p. 29 e 412): “Concebida de início, como um requisito de validade da jurisdição penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração pública”.

Nessa mesma esteira Luciana Andréa Accorsi Berardi (2006, p. 247) expõe:

Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a sociedade e os indivíduos, de outro. Assumiu específica importância na área do poder de polícia, considerado genérica e modernamente como a competência explícita ou implícita dos órgãos estatais para disciplinar o exercício da liberdade individual e a utilização da propriedade em benefício do bem comum, ou seja, de ordenar os direitos privados em harmonia com os superiores interesses coletivos.

1 Estatuto de Westminster das Liberdades de Londres

Ainda no mesmo sentido, Paulo Fernandes Silveira (2001, p. 235/236):

A princípio parecia que cuidava, apenas, de meras garantias processuais asseguradas ao acusado, como o julgamento pelo júri e o igual tratamento processual. Mas mesmo para se obter essas garantias, na essência, estava a limitação do poder governamental, o que só foi percebido com clareza mais tarde. Por isso, depois, com precisão conceitual, o princípio do devido processo legal evoluiu como um precioso instrumental, manejável através do Judiciário, como modo de contenção do poder do chefe de governo, visando evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar de qualquer membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade. Com o tempo, a cláusula foi estendida e acabou alcançando os departamentos subalternos do governo.

No Brasil, a doutrina pátria é pacífica em dizer que o princípio do devido processo legal foi incorporado por todas as Constituições pátrias, desde 1934, passando pela de 1967 e Emenda Constitucional n.º 01, de 1969, haja vista que introduziram os princípios da ampla defesa, do contraditório e da igualdade, e teriam, tacitamente, asilados a sua existência.

Este princípio expresso em nossa atual Constituição de 1988, especificamente, em seu artigo 5º, inciso LIV, que expressa “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, apresenta-se como uma dupla garantia, haja vista que atua no campo material – proteção aos direitos e garantias fundamentais -, quanto no campo formal – assegurando similitude de condições em face do Estado e plenitude de defesa, garantindo o direito, por exemplo, à defesa técnica, publicidade, contraditório e, principalmente afixando que um indivíduo seja processado e julgado pela autoridade estatal competente.

Justamente por este panorama, que o devido processo legal deve ser considerado como um princípio fundamental, vez que sobre ele repousa grande maioria dos demais princípios constitucionais. Trata-se ele, portanto, de um paradigma que deve ser observado quando da atuação do Estado, tanto na criação de leis quanto em seus julgados.

Desta forma, a existência do devido processo legal depende da existência de um juiz ou tribunal, naturalmente, competente formal e materialmente para processar e julgar um indivíduo. Ou seja, os dois princípios – devido processo legal e juiz natural - são interdependentes e foi, em razão disso, que o constituinte criou-os sobre o mesmo prisma, sobre a mesma matriz, qual seja o patamar de norma constitucional, compreendendo inclusive a gama dos direitos fundamentais.

3.4 O Princípio do Juiz Natural

Sendo o princípio do juiz natural decorrente do postulado normativo do devido processo legal, passaremos a explicar sobre o aludido princípio, relatando da sua origem até sua relação com as regras de competência e foro por prerrogativa de função.

3.4.1 Conceito e origem do princípio do juiz natural

Trata-se de consenso doutrinário que o princípio do juiz natural é preceito fundamental para a garantia do Estado de Direito, sendo que tal normal deve ser apreendida em seu duplo sentido.

Neste interim, temos que o princípio do juiz natural está ligado à imparcialidade, de modo que, tem como condão defender o interesse social e o público em geral.

Em outro plano, temos que este princípio trata-se de uma garantia constitucional, direito fundamental, constituída para aquele que se acha envolvido em uma relação processual. Tal premissa tem grande valia no âmbito processual penal, haja vista que a persecução criminal, que resulta na privação do direito fundamental de liberdade, é movida pelo Estado que se utiliza de toda uma estrutura específica para tanto contra um ou mais indivíduos que, indiscutivelmente, se encontram em piores condições de fazer valer suas pretensões.

José Frederico Marques destaca a função limitadora do princípio em testilha (2000, p. 66):

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

Desta forma temos que, a imparcialidade do Poder Judiciário reveste-se de segurança, garantia do cidadão contra a autoridade estatal, ou seja, o princípio do juiz natural é uma das garantias indispensáveis ao cidadão, neste sentido elucida Alexandre de Moraes (2003, p. 108):

O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

Neste ínterim, Luigi Ferrajoli, afirma que a garantia do juiz natural representa “a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinários e especiais” (2002, p. 472).

O mesmo autor elucida que o princípio do juiz natural teve sua primeira aparição quando das manifestações de independência e conflitos entre juízes e soberanos do século XVII. Como exemplos temos: a *Petition of Rights* de 1628, e a *Bill of Rights* de 1689 que “reivindicam pela primeira vez a não derrogação de ‘justiça ordinária’ e, com isto, a nulidade de qualquer ‘comissão’ ou ‘comissário real’ instituído *post factum*, por causa de seu caráter ‘ilegal e pernicioso’” (FERRAJOLI, 2002, p. 472).

Entretanto, a expressão “juiz natural” só foi ser utilizada na *Encyclopédie*, de A. G. Boucher D’Argis, ao ser explicitado o significado da palavra *Jude* (Jurisp.), “para designar precisamente, em oposição aos juízes comissários ou extraordinários, o ‘juiz ordinário’ dotado de competências legalmente estabelecidas e não instituído depois da ocorrência do fato” (FERRAJOLI, 2002, p. 473). Tal definição expressava que:

Juiz ordinário é aquele juiz natural do lugar, e que tem pleno exercício da jurisdição, salvo nos casos em que podem ser afastados em virtude da atribuição ou privilégios e dos comissários nomeados para julgar certas demandas, os quais são apenas juízes extraordinários.

Juiz extraordinário [...] é aquele que não tem jurisdição ordinária, mas apenas uma jurisdição de atribuição, como nos casos das cortes de amparo, depósitos de sal, mesas de mármore, mestres, cônsules: ou como juízes de privilégio, tais como as reclamações da prefeitura e do palácio, do prefeito, os juízes conservadores dos privilégios das feiras e aqueles das universidades (D’ARGIS *apud* FERRAJOLI, Luigi, 2002, p. 533).

Por fim, o princípio do juiz natural só foi realmente ratificado na Constituição da França de 1791, quando em seu artigo 4º, capítulo V, título III, previa que “os cidadãos não podem ser destituídos dos juízes que a lei lhes confere, por qualquer incumbência ou outras atribuições e avocações, salvo aquelas que as leis determinam” (FERRAJOLI, 2002, p. 473).

Atualmente, trata-se de princípio de cunho obrigatório, na grande maioria dos sistemas constitucionais dos países ocidentais, sendo esculpido no direito pátrio nos incisos XXXVII, dispondo que “Não haverá juízo ou tribunal de exceção” e LIII, “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, ambos do artigo 5º da Constituição Federal.

Dessa forma temos que a expressão “autoridade competente” utilizada no texto constitucional possui dois sentidos, primeiramente destaca que somente aquele investido de jurisdição poderá processar e julgar, em segundo lugar equivale precisamente ao princípio do juiz natural.

3.4.2 Competência e o princípio do juiz natural

Como dito alhures, o princípio do juiz natural pressupõe de imediato que somente o órgão jurisdicional pré-constituído, ou seja, o órgão cuja competência já está delimitada no momento do fato é que poderá exercer a jurisdição em um processo dado.

Ressalta-se, entretanto, que nem todas as normas definidoras da jurisdição possuem a qualidade de garantir a efetiva aplicação do princípio do juiz natural.

Neste passo temos que compete a própria Constituição indicar quem tem atribuição de julgar, definindo assim, o juiz natural ou autoridade competente, dentro do organismo judiciário, pois “a lei ordinária, por si só, não legitima a jurisdição conferida a juízes e tribunais. Autoridade judiciária competente é aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições constitucionais ela própria traçou” (MARQUES, 2000, p. 67).

Nos dizeres de Maria Lúcia Karam (1998, p. 39):

[...] as regras constitucionais sobre competência integram a parte organizatória da Constituição, formando com as regras de criação de órgãos e com as regras de procedimento um complexo normativo constitucional, que, como as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, tem aplicabilidade direta, afirmando-se contras quaisquer leis concretizadoras da competência que se mostrem incompatíveis com o disposto na Lei Maior.

Como é cediço, os ditames presentes no texto constitucional, além de se apresentarem como parâmetro para elaboração das demais regras de nosso ordenamento jurídico, representam um valor maior, ou seja, demonstram aquilo que é de mais relevante para a ordem público, especificamente, no processo. Neste passo, as regras que elucidam, apontam qual órgão que tem competência constitucional de jurisdição, alcançam patamar de garantia individual, diretamente ligada ao pressuposto do devido processo legal (KARAM, 1998, p. 40).

Assim temos que, as normas infraconstitucionais delimitadoras de competência têm como função apenas distribuir racionalmente a atividades dos diversos órgãos jurisdicionais, dentro das bases já delineadas pela Constituição Federal. Neste passo, a atribuição da competência estará de início, relacionada com a conveniência da justiça, não abarcando a garantia expressa na Constituição Federal, afora “quando estas regras estejam diretamente relacionadas com a proibição da escolha de um órgão especial (e, portanto, de exceção) para conhecer e decidir sobre determinada causa” (KARAM, 1998, p. 41).

Em síntese, Maria Lúcia Karam elucida que (1998, p. 41):

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

Dessa forma, podemos concluir que somente será considerado juiz natural aquele a quem a Constituição Federal assim caracterizou.

3.4.3 O foro por prerrogativa de função e o princípio do juiz natural

Como já salientado alhures, um dos desdobramentos lógicos da garantia do juiz natural é a proibição do tribunal de exceção. Neste passo, pode-se afirmar que no direito pátrio a proibição dos tribunais de exceção acompanha a fixação de foro privilegiado.

Pois bem, a competência por prerrogativa de função tem inteira valia em nosso ordenamento, haja vista que os ditames expressos no artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal vedam apenas a definição de um foro em razão da pessoa em si. Em outra banda a definição de foro específico para determinada função tem como condão a preservação da independência do agente político, no exercício de sua função.

Deste modo, a definição de foros especiais para o julgamento de determinadas autoridades não configura inconstitucionalidade, desde que atentos aos requisitos exigidos pela Constituição Federal.

3.4.4 Consequência da lesão ao princípio do juiz natural

Dois questionamentos surgem quando pensamos em uma possível lesão ao princípio do juiz natural: qual sua consequência? A inexistência do processo ou sua nulidade?

Sobre esse questionamento, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, se posicionam pela inexistência do processo. Para afirmar tal posição consideram que o juiz natural seria um pressuposto processual de existência, ou seja, pressuposto da própria jurisdição e em assim sendo, sua falta não poderia representar apenas uma nulidade processual (1995, p. 41/42).

Seguindo este pensamento, os citados autores concluem que como o processo intentado em um foro constitucionalmente incompetente é inexistente, todos os atos praticados são inválidos não podendo em nenhuma hipótese serem aproveitados.

Em sentido contrário Maria Lúcia Karam, entende que ser nulo o processo, criticando aqueles que defendem a inexistência do processo, em razão de que:

[...] diante do princípio da unidade da jurisdição, o órgão competente não se confunde com o órgão dotado de jurisdição. Sendo uma só a função jurisdicional, abstratamente atribuída a todos os órgãos do Poder Judiciário, não se pode afirmar que o órgão jurisdicional que inadequadamente atue no processo, por ser inconstitucionalmente incompetente, não seja dotado de jurisdição. Quem quer que esteja regularmente investido no cargo judiciário e dele não desligado é um órgão dotado de jurisdição (1998, p. 43/44).

Entretanto, a nulidade do processo não é a principal consequência decorrente da incompetência absoluta de um juízo, a supracitada autora aponta que a atuação de um órgão incompetente no processo não acarreta apenas a nulidade dos atos decisórios, conforme aponta o artigo 567 do Código de Processo Penal e artigo 113, §2º, do Código de Processo Civil, mas impõe a nulidade de todo o processo.

Maria Lúcia Karam defende seu posicionamento explicando que a permissão de utilização dos atos não decisórios praticados por juiz incompetente só é possível quando a inadequação do exercício da atividade jurisdicional decorrer de inobservância de regras infraconstitucionais que delimitam a competência dos órgãos jurisdicionais.

Quando esta inadequação se deve à inobservância de regras constitucionais (inclusive na hipótese de sua materialização se dar no aspecto garantidor contido nas regras infraconstitucionais), a nulidade não poderá se restringir aos atos decisórios, não propriamente porque inexistente qualquer ressalva desta natureza na Constituição Federal a impedir ressalvas feitas pelo legislador ordinário (não autorizados a excepcionar regras constitucionais), mas, fundamentalmente, porque, em tal caso, a incompetência fere a garantia do juiz natural, que, sendo o juiz constitucionalmente competente, é o único perante quem, alguém pode ser legitimamente processado e julgado, sendo, ainda e conseqüentemente, o único perante quem podem se desenvolver as atividades instrutórias realizadas no processo, estando a própria validade de qualquer prova condicionada ao fato de sua produção se dar na presença do juiz natural (1998, p. 43).

Analisando os dois posicionamentos explanados acima, vemos que apesar de possuir pressupostos processuais diversos, ambos afirmam que os atos, inclusive os instrutórios, não podem ser aproveitados pelo juízo competente.

4 SÚMULAS 704 E 721 DO STF

Conforme se denota, os primeiros capítulos deste trabalho tem como objetivo tratar sobre temas correlatos ao foco principal deste trabalho, em razão disso tratamos primeiramente do estudo da jurisdição e competência; já no terceiro capítulo analisamos a garantia constitucional do juiz natural, especificamente, sua importância em nosso ordenamento e a consequência de sua lesão.

Agora, neste capítulo trataremos de outro importante tema para se chegar ao foco principal deste estudo, qual seja, a análise das súmulas 704 e 721, ambas do Supremo Tribunal Federal que assim dispõem respectivamente:

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 ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual.

Para tanto, inicialmente, faremos uma breve introdução ao instituto da súmula e em seguida analisaremos os julgados que possibilitaram sua criação.

4.1 As Súmulas no Direito Brasileiro

O primeiro dispositivo legal que tratou das súmulas em nosso ordenamento jurídico foi o Código de Processo Civil, especificamente em seu artigo 479:

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

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

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já vinha se utilizando da súmula desde o ano de 1964. A primeira publicação de uma súmula se deu pela Comissão de Jurisprudência, composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes (relator) e Pedro Chaves (STRECK, 1995, p. 123).

O Código Processual autoriza a criação de súmulas desde que estas representem a maioria absoluta dos Ministros do STF e da maioria qualificada de todo os demais Tribunais da República, que podem criá-las sempre que necessário para a uniformização da jurisprudência, observando sempre seus regimentos internos. Essas interpretações solidificadas em uma súmula proporcionam a identidade de efeitos quando da análise de casos idênticos.

Assim, podemos afirmar que os objetivos dos idealizadores das súmulas foram: estabilizar a jurisprudência, proporcionando maior segurança jurídica; e facilitar a resolução de processos. Importante ressaltar, contudo, que os próprios tribunais – pleno -, possam alterar sua jurisprudência (STRECK, 1995, p. 132).

Deste modo, podemos afirmar que a súmulas são:

[...] um resumo da jurisprudência predominante dos tribunais, expressando a interpretação da maioria absoluta dos julgadores a respeito das questões decididas, ainda que as decisões dos precedentes não tenham sido unânimes. Representam a orientação pacífica de um tribunal, relativamente à interpretação de leis, quer de Direito material, quer de Direito processual, e às questões não tratadas especificamente pelo Direito positivo (STRECK, 1995, p. 205).

Para a criação de uma súmula, necessário no mínimo de três acórdãos de um mesmo Tribunal que adotaram a mesma interpretação de uma determinada celeuma. Ressalta-se, que as súmulas, via de regra, não possuem efeito obrigatório, apenas persuasivo (DE PAULO, 2002, p. 331).

Salienta-se que a súmula segue o mesmo processo da legislação, ou seja, pode ser alterada se modificado o entendimento do Tribunal sobre aquele assunto e, principalmente, pode ser modificada quando do surgimento de uma nova lei (ROSAS, 2004, p. 13).

Como dito acima, as súmulas não são de observância obrigatória, isto porque vigora em nosso ordenamento o princípio do livre convencimento motivado do juiz, isto significar dizer que o magistrado de primeiro grau poderá decidir de forma diversa de uma súmula, desde que fundamente sua posição.

Todavia, mesmo não sendo obrigatórias, o Código de Processo Civil, em seu artigo 557, dispõe que o relator poderá negar seguimento a um recurso quando este estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais. Importante se faz destacar ainda, que a partir da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 existe em nosso ordenamento a figura da súmula vinculante, que deixa de ser meramente consultiva e passar a ser de aplicação obrigatória (CAPEZ, 2008, p. 741).

Acontece que as Súmulas 704 e 721 do STF, foram publicadas antes da referida Emenda Constitucional, ambas em outubro de 2003 e conforme dispõe o artigo 8º da Emenda Constitucional n.º 45, “as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”. Dessa forma, enquanto o STF não confirmar, por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial, as referidas súmulas não produzirão efeito vinculante (CAPEZ, 2008, p. 743).

Para o objetivo deste estudo, a análise do instituto da súmula em nosso ordenamento feita cima é suficiente, de modo que passamos agora a analisar os julgados que deram origem as súmulas 704 e 721 do STF.

4.2 Os Precedentes que Originaram as Súmulas 704 e 721 do STF

Para que o julgador possa aplicar uma súmula, necessário que ele faça uma análise do caso em testilha com aqueles que deram origem a referida súmula. Dessa forma, torna-se muito importante que conheçamos os precedentes da súmula, não somente o seu enunciado.

Neste passo, temos os precedentes que originaram a edição da Súmula 704 do STF são: RE n.º 170.125-1/RJ, publicado no DJU de 09/06/1995; HC n.º 68.846-2/RJ, publicado no DJU de 16/06/1995 (RTJ 157/563); HC n.º 75.841-2/RJ, publicado no DJU de 06/02/1998 e HC n.º 74.573-3/RJ, publicado no DJU de 30/04/1998.

Já os precedentes da súmula 721 são: HC n.º 69.325-3/GO, publicado no DJU de 04/12/1992 (RTJ 143/925); HC n.º 79.212-0/PB, publicado no DJU de 17/09/1999 (RTJ 171/264) e HC 78.168-7/PB, publicado no DJU de 29/08/2003.

Primeiramente iremos analisar os precedentes da súmula 704 e para tanto se traz a baila as ementas dos retromencionados julgados:

a) Recurso Extraordinário n.º 170.125-1/RJ

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

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 68.846-2, impetrado em favor de um dos recorridos, estabeleceu a competência do Tribunal de Justiça Estadual para julgar, nas hipóteses de conexão ou continência, as causas penais em que figure, dentre os acusados, magistrado estadual, ainda que cometidas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União e autarquias federais.

Recurso extraordinário de que não se conhece.

b) Habeas Corpus n.º 68.846-2/RJ

HABEAS CORPUS. CRIMES DE QUADRILHA, PECULATO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA PRATICADOS CONTRA O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS) E SEGURADOS POR ACIDENTE DE TRABALHO, IMPUTADOS A JUIZ DE DIREITO, SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA, SERVIDORES DE AUTARQUIA FEDERAL E ADVOGADOS. DENÚNCIA OFERECIDA 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.

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

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

Ordem denegada.

c) Habeas Corpus n.º 75.841-2/RJ

Habeas corpus impetrado por corréus de autoridade sujeita à competência criminal originária de Tribunal de Justiça. Em virtude da aplicação das normas processuais relativas à conexão e à continência, estende-se essa competência aos acusados que não gozem de foro por prerrogativa de função, estabelecida pela Constituição Federal.

Precedentes do Supremo Tribunal: RECr 86.709, RTJ 90/961; PET 760, RTJ 155/722; HC 68.846 CRTJ 157/563.

d) Habeas Corpus n.º 74.573-3/RJ

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

I. – Competência do Tribunal de Justiça para julgar ação penal em que figure juiz de direito como um dos acusados. CF, art. 96, III.

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

III – HC indeferido.

Importante destacar que conforme se denota dos precedentes indicados nos subitens *a*, *b* e *d* era réu membro do Poder Judiciário Estadual juntamente e pessoas que não possuíam foro por prerrogativa de função; já no precedente apresentado no subitem *d* eram réus membros do Ministério Público, Deputados Estaduais e pessoas que não possuíam foro por prerrogativa de função.

Passaremos agora a indicar as ementas dos precedentes que deram origem à Súmula 721 do STF.

a) Habeas Corpus n.º 69.325-3/GO

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

1. A competência do Tribunal do Júri não é absoluta. Afasta a própria Constituição Federal, no que prevê, em face da dignidade de certos cargos e da relevância destes para o Estado, a competência de tribunais – artigos 29, inciso VIII; 96, inciso III; 108, inciso I, alínea “a”; 105, inciso I, alínea “a” e 102, inciso I, alíneas “b” e “c”.

2. A conexão e a continência – artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal – não consubstanciam formas de fixação da competência, mas de alteração, sendo que nem sempre resultam na unidade de julgamentos – artigos 79, incisos I, II e §§ 1º e 2º e 80 do Código de Processo Penal.

3. O envolvimento de corréus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro como tal definida constitucionalmente, não afasta, quanto ao outro, o juiz natural revelado pela alínea “d” do inciso XXXVIII, do artigo 5º, da Carta Federal. A continência, porque disciplinada mediante normas de índole instrumental comum, não é conducente, no caso, à reunião dos processos. A atuação de órgãos diversos integrantes do Judiciário, com duplicidade de julgamento,

decorre do próprio texto constitucional, isto por não se lhe poder sobrepor preceito de natureza estritamente legal.

4. Envolvidos em crime doloso contra a vida conselheiro de tribunal de contas de município e cidadão comum, biparte-se a competência, processando e julgando o primeiro o Superior Tribunal de Justiça e o segundo o Tribunal do Júri. Conflito aparente entre as normas dos artigos 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, 105, inciso I, alínea “a” da Lei Básica Federal e 76, 77 e 78 do Código de Processo Penal.

5. A avocação do processo relativo ao corréu despojado da prerrogativa de foro, elidindo o crivo do juiz natural que lhe é assegurado, implica constrangimento ilegal, corrigível na via do habeas-corpus.

b) Habeas Corpus n.º 79.212-0/PB

COMPETÊNCIA – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA – PROCURADOR DE CORTE DE CONTAS DE ESTADO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é mitigada pela própria Carta da República, no que prevista prerrogativa de foro, tendo em conta a dignidade de certos cargos e a relevância destes para o Estado. Simetria a ser observada, visto que o Diploma Maior local rege o tema em harmonia com a Carta Federal, no que esta revela a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar, nos crimes comuns, os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União.

c) Habeas Corpus n.º 78.168-7/PB

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

4.2.1 Análise do RE n.º 170.125-1/RJ, HC n.º 68.846-2/RJ e HC n.º 74.573-3/RJ

Observando os aludidos precedentes originadores da súmula 704 do Supremo Tribunal Federal, vemos que há sempre um indivíduo ocupante de um cargo (juiz), com previsão legal de foro por prerrogativa de função, juntamente, com outras pessoas que não possuem tal prerrogativa, sendo que foram denunciados por crimes contra a Previdência Social, nos respectivos Tribunais de Justiça da federação, seguindo as diretrizes dispostas no artigo 96, inciso III, da Constituição Federal e no Código de Processo Penal.

Os julgados em tela discutiam, justamente, se o Tribunal de Justiça possuía competência para julgar os sujeitos não ocupantes do cargo com prerrogativa, uma vez que, de acordo com o artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, os crimes praticados contra Previdência Social são de competência da Justiça Federal.

Denota-se, pela própria redação da súmula ora em questão, que o Supremo Tribunal Federal, entendeu ser o Tribunal de Justiça o competente para julgar os acusados, sendo que tomou como parâmetro o HC n.º 68.846, haja vista, que este fora citado nos demais julgados em sua fundamentação e, bem por isso, traz se a baila trecho do voto do Ministro Célio Borja:

Peço licença, contudo, para três afirmações: primeira, que é pacífica no Supremo Tribunal, a doutrina segundo a qual o foro competente, em razão da função, excepciona qualquer outro; depois, que, quando um dos acusados há de ser processados e julgado nesse foro – que entendo privilegiado, DATA VENIA – os demais também o serão. As regras relativas à conexão e continência têm sido assim aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, como lembrou, ainda há pouco o Ministro CELSO DE MELLO, no caso dos Deputados Federais, cujos corrêus não guardam, com eles, a condição de representantes do povo brasileiro; e, finalmente, uma afirmação, feita pela douta Procuradoria-Geral da República, no fundamentado e douto parecer lido pelo Relator, entendendo que a preeminência da União determina a competência da sua Justiça para o julgamento dos pacientes. Sem pretender polemizar em torno do tema, parece-me que essa preeminência se reduz, na verdade, ao princípio da supremacia da Constituição, porque cada esfera de governo tem a sua competência por ela delimitada e nenhuma pode usurpar atribuição das demais. Não pode a União pretender, em nome da sua alegada preeminência, exercer competência seques dos Municípios, muito menos dos Estados-membros. O que é supremo, no território brasileiro, é a Constituição; a partir dela interpreta-se o direito que se há de aplicar. Assim, Sr. Presidente, tem sido o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, quanto ao privilégio do foro, que está associado à função, como a

VIS ATRACTIVA que esse foro tem em relação aos que respondem pelo mesmo delito, ainda quando singularmente a eles não tenham direito.

Deste modo, conforme se denota do primeiro capítulo deste trabalho, a Justiça Estadual e a Federal são espécies de Justiça Comum, de modo que a competência *ratione personae* por se tratar de disposição especial, prevalece sobre a jurisdição comum, nos moldes do artigo 78, inciso III, do Código de Processo Penal. Temos que, foi justamente tão diretriz a seguida nos precedentes analisados, posto que nas ementas se falava que prevalecia a jurisdição de maior graduação, vez que a competência dos Tribunais de Justiça para julgar os juízes de direito nada mais é que uma hipótese de prerrogativa de função.

Os doutrinadores Douglas Fischer e Claiton Renato Macedo Marques, entendem que tais precedentes fogem da melhor interpretação que se poderia conferir as regras de conexão e continência, posto que:

A ementa é elucidativa: todos os acusados da referida fraude, praticada também em detrimento do Instituto Nacional do Seguro Social, foram denunciados e processados perante o Tribunal de Justiça em face da presença de um magistrado entre os réus.

Aqui não há como se aplicar a regra do inciso III do artigo 78 do CPP. Efetivamente, o Tribunal de Justiça é “mais graduado”. Mas a regra teria incidência não fossem alguns crimes praticados em detrimento de autarquia pública federal, cuja competência, constitucionalmente prevista, em razão da matéria, é da Justiça Federal, por força do inciso IV do artigo 109. Pelos crimes de competência federal, necessariamente deveria haver a cisão processual (salvo em relação àqueles que têm foro por prerrogativa, pois, como dito, há de prevalecer sempre a regra *ratione personae* quando conflitar eventualmente (sic) com outras de caráter também constitucional). Como refere José Frederico Marques, “de uma jurisdição para outra não pode haver prorrogação, salvo se autorizada pela Constituição”.

Por todo o exposto até então, vemos que o Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento de que as regras de conexão e continência possuem a força de modificar a competência em razão da matéria. Entretanto, conforme já relatado, normas infraconstitucionais não poderiam mudar as competência definidas por normas constitucionais.

4.2.1.1 Análise do HC n.º 75.841-2/RJ

Com efeito, neste *habeas corpus*, o paciente foi denunciado com várias outras pessoas por terem cometido o delito disposto no artigo 333, cumulado com o artigo 29 - concurso de pessoas -, e artigo 71 – crime continuado -, todos do Código Penal, por ter oferecido vantagem indevida – dinheiro – para que funcionários públicos se omitissem na investigação em sua função de coibir a prática do chamado “jogo do bicho”. Por estar envolvido na situação membros do Ministério Público e Deputados Estaduais, a denúncia foi oferecida perante o Tribunal de Justiça do Estado.

A alegação dos pacientes foi a que o julgamento perante o Tribunal de Justiça ofenderia o Princípio do Juiz Natural, posto que se estaria mitigando grau de jurisdição em caso de recurso, fato que diminui a ampla defesa.

Foi justamente esta celeuma que foi resolvida na decisão do *habeas corpus*, posto que ficou decidido que nada tem a ver a ampla defesa com o duplo grau de jurisdição, do mesmo modo como não há que se confundir o juízo natural com o de primeiro grau, tal premissa se extrai do voto do Relator Ministro Octavio Gallotti:

A referência ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes constantes do art. 5º, LV da Carta de 1988 de modo algum significa que o duplo grau de jurisdição haja vista sido erigido em garantia fundamental, a própria Constituição prevendo, pelo contrário, diversos casos de competência criminal originária dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça. Vinculação necessária existisse entre ampla defesa e duplo grau, vulnerando estaria aquele princípio quanto às pessoas submetidas, pela função exercida, à jurisdição originária de determinados Tribunais, o que estaria, por outro lado, em contradição com outro princípio básico, a igualdade de todos perante a lei; a ampla defesa seria, para algumas pessoas, menos ampla que para outras, somente aquelas sem prerrogativa se beneficiando de mais um grau de jurisdição. As leis – constitucionais e infraconstitucionais – não contém disposições incompatíveis entre si, cumprindo ao aplicador interpretar as regras aparentemente contraditórias e apontar-lhes o verdadeiro conteúdo.

[...]

A razão não assiste à impetração. Não há como se confundir Juízo Natural com Juízo de primeiro grau. Nenhuma regra existe que estabeleça a exclusividade do Juízo de primeiro grau, como Juízo Natural. Impõe-se a compatibilização das garantias constitucionais, para que os princípios determinantes da competência não sejam tidos como derogados. O privilégio de foro não exclui os princípios garantidores do Juízo Natural, que

se transfere para o segundo grau, ante a adequação das regras e princípios determinantes, donde a assertiva de que Juízo Natural é o Juízo competente.

Neste passo, temos que a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar o paciente se subsume em regras constitucionais e legais, sobre a prerrogativa de função; regras de conexão e continência; e da prevalência da jurisdição de maior categoria.

4.2.2 Análise do HC n.º 69.325-3/GO, do HC n.º 79.212-0/PB e do HC n.º 78.168-7/PB

Compulsando os julgados que deram origem a súmula 721 do Supremo Tribunal Federal, vemos que sempre há um indivíduo ocupante de cargo com foro por prerrogativa de função alegando que o seu não julgamento pelo Tribunal do Júri ofenderia os princípios do contraditório e ampla defesa, por ocorrer supressão de instância e, conseqüentemente, de recursos.

Observando o primeiro julgado – HC 69.325/3-GO, percebemos que o paciente não era ocupante de cargo com foro privilegiado, entretanto estava sendo imputado a ele crime em coautoria com sujeito ocupante de cargo com foro privilegiado – no caso seu pai, ex-Conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás –, sobre o qual recai a diretriz expressa no artigo 105, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal que determina o seu julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça.

Pois bem, diante do quadro narrado entraram em choque a citada norma constitucional e a regra expressa no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, que determina o julgamento dos crimes dolosos contra a vida perante o Tribunal do Júri. Diante do quadro apresentado, o Excelso Tribunal seguiu sua linha de pensamento e reafirmou a competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento de ambos os coautores do delito de homicídio, por entender que, no caso, como a competência era definida pela própria Constituição Federal poderia ela ser uma exceção à regra geral expressa no artigo 5º, inciso XXXVIII.

Para melhor elucidar a questão traz a baila parte do voto proferido pelo Relator Ministro Neri da Silveira:

Não tenho como procedente, “data vênia”, emprestar-se à competência do Tribunal de Júri, porque prevista na Constituição, consequência determinante da não unidade de processo e julgamento, em caso de conexão ou continência, quando o concurso de jurisdição ocorrer com jurisdição superior, também prevista na Constituição, qual sucede no caso concreto, à vista do art. 105, I, letra “a”, do Estatuto Maior em vigor. Se ambas as competência possuem assento constitucional e a unidade de processo e julgamento é a regra a seguir (CPP, arts. 77, I, e 78, “caput”), não se caracterizando qualquer hipóteses de separação previstas nos incisos I e II e nos §§ 1º e 2º, todos do art. 79, do CPP, entendo que se há de procedes, segundo o art. 79, III, do CPP, ou seja, “no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação”. De outra parte, se o Júri representa uma garantia constitucional ao paciente, não é índole diversa a situação que lhe estará assegurada, em sendo julgado, juntamente com seu pai, o corréu, ex-Conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás, pelo Superior Tribunal de Justiça. Não é admissível a conclusão de que maiores garantias de isenção e justiça possa ter o cidadão se julgado pelo Júri, e não por um Tribunal Superior da Nação, máxime em hipótese como a dos autos em que a incindibilidade dos fatos e da ação dos dois acusados está a apontar a conveniência de um julgamento simultâneo e por um mesmo órgão jurisdicional.

Segue a mesma linha de raciocínio o segundo julgado – HC 79.212-0/PB, posto que na análise do pedido feito pelo paciente, membro do Ministério Público que atuava junto ao Tribunal da União, a Suprema Corte entendeu que a competência definida pela Carta Magna quanto aos crimes dolosos contra a vida pode ser excetuada por ela própria, assim a definição de julgamento dos crimes cometidos pelos ocupantes de cargos, como o paciente, pelo Superior Tribunal de Justiça estaria em consonância ao panorama constitucional. Tal conclusão se extraí do voto proferido pelo Relator Ministro Marco Aurélio:

Ao julgar o Habeas Corpus n.º 69.325, originário do Estado de Goiás, o Tribunal Pleno, em acórdão que acabei redigindo, por haver ficado vencido o Ministro-Relator, decidiu que a competência do Júri não é absoluta; vê-se mitigada pelo próprio Texto Constitucional Maior, no que fixou, em face da dignidade de certos cargos e da relevância destes para o Estado, a competência de tribunais. Ora, é essa, justamente, a espécie dos autos. O paciente é membro aposentado do Ministério Público do Tribunal de Contas da Paraíba.

[...]

Por isso mesmo, neste exame inicial, visando a dizer da procedência, ou não, do pedido de concessão de medida acauteladora, entendo o que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, mediante acórdão redigido pelo Ministro Vicente Cernicchiaro, como em harmonia com o arcabouço normativo constitucional:

RHC – CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – JUÍZO NATURAL – NULIDADE. A Constituição da República estatui ser da competência do STJ processar e julgar os membros do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais (art. 105, I, “a”). Aos membros do Ministério Público, junto aos Tribunais de Contas, aplicam-se as disposições da referida seção (art. 130). Em consequência, o Procurador que atua no Tribunal de Contas do Estado tem, como juízo natural, o Tribunal de Justiça do Estado (RHC n.º 2.226-0/PB, Acórdão da Sexta Turma) (folha 94 à 113).

Por fim, temos o HC n.º 78.168-7/PB que mesmo não cuidando da mesma situação fática rechaçou o entendimento expresso nos dois julgados acima. No aludido acórdão, temos uma situação diversa onde o foro por prerrogativa não foi definido pela Carta Magna, mas sim pela Constituição Estadual, de modo que, entenderam os Ministros julgadores que a Carta Estadual não tem o condão de afastar os preceitos definidores de competência esculpidos pela Constituição da República. Assim, declararam a norma estadual que elencava ser de competência do Tribunal de Justiça o julgamento dos crimes dolosos contra a vida cometidos por Procurador Estadual, parcialmente inconstitucional, dando a ela interpretação conforme a Constituição Federal, retirando de seu alcance os crimes dolosos contra a vida.

Posto agora o art. 136, XII, da Constituição da Paraíba, em confronto com o art. 5º, XXXVIII, d, da Constituição Federal, prevendo foro especial por prerrogativa de função, para autoridade estadual, por crimes comuns e de responsabilidade, pode afastar a incidência do art. 5º, XXXVIII, d, da Lei Magna, quanto à competência do Júri. Tenho, consequência, como parcialmente inconstitucional o art. 136, XII, da Carta paraibana, pois lhe dou interpretação conforme à Constituição, para excluir de sua abrangência os crimes dolosos contra a vida. Os Procuradores do Estado devem ser julgados nesses crimes, pelo Tribunal do Júri. Não cabe, porém, em controle difuso, a solução da interpretação conforme, que leva à declaração parcial da invalidade da norma, sem redução de texto, própria do controle concentrado de inconstitucionalidade.

Portanto, conforme se vê dos julgados originadores da súmula 721 do Supremo Tribunal Federal, a competência do Tribunal do Júri, definida no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, pode ser afastada pela própria Carta Magna, mas não por legislação infraconstitucional.

5 COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

A competência funcional é reflexo do atual sistema processual penal dentro de nosso ordenamento jurídico, e nada mais é do que uma fração da jurisdição estatal garantindo uma prerrogativa àqueles ocupantes de cargos com significativa importância.

A seguir serão analisadas as questões atinentes à competência por prerrogativa de função.

5.1 Análise da Competência Originária dos Tribunais

No ordenamento jurídico pátrio vigora o princípio do juiz natural, devidamente tutelado no artigo 5º, inciso LIII da Magna Carta. Tal fato reflete imediatamente na prerrogativa de função, pois os processos obrigatoriamente terão seu trâmite diante do tribunal competente, conforme a fixação contida na Constituição Federal.

Havendo previsão legal constitucional acerca do tema explicitado, não será aplicado o disposto no artigo 567 do Código de Processo Penal, o qual disciplina que a nulidade do juízo incompetente anulará apenas os atos decisórios. Em se tratando de prerrogativa de função, nada do processo será aproveitado se este correr pelo juízo incompetente.

Os textos da Constituição da República bem como as Constituições Estaduais preveem os requisitos definidores da prerrogativa de função. Para averiguação dessa espécie de competência, deve haver uma análise casuística para assim se ter um correto julgamento.

Inserir-se neste contexto a competência originária dos tribunais. Este acontecimento se deve ao fato de alguns cargos e funções públicas de grande importância serem distintos de outros, como forma de assegurar a independência funcional destes ocupantes.

Em conformidade com os ditames de Tourinho:

[...] há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado, e, em atenção a esses cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico da nossa Pátria, gozam elas de foro especial, isto é, não serão processadas e julgadas como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas pelos órgãos superiores, de instância mais elevada.

Esta competência especial não fere o Princípio da Isonomia, e sim age como sendo uma garantia e segurança para a sociedade, e até mesmo para o réu, afinal, o julgamento será feito por Tribunais de instâncias superiores, com mais conhecimento jurídico-intelectual, e dificilmente será alvo de eventuais influências, não vindo a sofrer interferências que poderiam ocorrer com mais frequência no juízo de primeira instância.

Insta ressaltar que essa garantia não é dispensada à pessoa, e sim ao cargo ou função exercida.

Há que se ter em mente entre privilégio (foro privilegiado) e prerrogativa (foro especial). É vedado em nosso ordenamento jurídico o privilégio, vez que este é um benefício dado à pessoa, no qual se leva em consideração suas qualidades, sendo assim, uma figura não presente no sistema pátrio vigente. Neste sentido coaduna-se a súmula nº 451 do Pretório Excelso, a qual traz em seu bojo os seguintes dizeres “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional”.

Por outro lado, a prerrogativa se atrela a função, configurando-se uma garantia constitucional.

Adiante se demonstrará as competências atinentes aos tribunais.

5.1.1 Supremo Tribunal Federal

Na dicção do artigo 102, inciso I, alíneas b e c da Constituição Republicana, caberá a Suprema Corte o processamento e julgamento nos crimes comuns, incluindo-se os crimes eleitorais e contravenções, do Presidente da República, Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

Segundo o doutrinador Djalma Eutímio (2007, p.161), tal prerrogativa é extensiva ao Advogado Geral da União.

O artigo 102 da Constituição emprega o termo “infrações penais comuns”, o qual não compreende os crimes de responsabilidade. Por sua vez, a infração penal, abarca até mesmo as contravenções.

Já as infrações entendidas como sendo de responsabilidade, cometidas pelas pessoas ocupantes dos cargos elencados no artigo 52, incisos I e II, da Lei Maior, caberá ao Senado Federal processá-las e julgá-las.

São compreendidos como crimes de responsabilidade os definidos no artigo 4º da Lei 1.079/50, quais sejam:

Art. 4º: São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

- I - A existência da União;
- II - O livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados;
- III - O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - A segurança interna do país;
- V - A probidade na administração;
- VI - A lei orçamentária;
- VII - A guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;
- VIII - O cumprimento das decisões judiciárias (Constituição, artigo 89).

Desta forma, por exclusão dos crimes de responsabilidade, encontraremos os delitos comuns.

5.1.2 Superior Tribunal de Justiça

Em conformidade com o artigo 105, inciso I, alínea “a”, da Constituição Republicana, cabe ao STJ o processamento e julgamento dos seguintes cargos:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

- I - processar e julgar, originariamente:
 - a) 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.

Excetua-se, também, que as infrações penais comuns não abrangem o crime de responsabilidade, assim como na Suprema Corte.

No atual cenário jurídico brasileiro, não há legislação pertinente aos crimes de responsabilidade, no tocante ao prescrito no inciso I do artigo 105 da Constituição, salvo no caso dos Governadores.

A Lei 1.079/90, já citada acima, disciplinou crime de responsabilidade em se tratando dos cargos de governador. É incumbência da Assembleia Legislativa ou outro órgão, a depender da Constituição Estadual, o processamento e julgamento dos governadores.

Referente aos crimes de responsabilidade contidos no artigo 10 da Lei 1.079/90, que trata de infrações contra a Lei Orçamentária, deverá ser obedecida a prerrogativa de função prevista no artigo 41-A da lei trazida à colação, que menciona ser aplicado o rito estabelecido na Lei 8.038/90, ao julgamento dos seguintes cargos: Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição. Inclui-se, também, os cargos de Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, aos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições.

5.1.3 Tribunal Regional Federal

Encontra-se estampado no artigo 108, inciso I, alínea “a” da Carta Maior, a incumbência ao TRF, em julgar e processar os ocupantes de tais cargos: 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 União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

O termo “área de sua jurisdição” significa que os servidores públicos elencados no dispositivo supramencionado serão julgados pelo território no qual exerçam suas funções, sendo irrelevante o lugar do cometimento das infrações.

A expressão “ressalvada a competência da justiça eleitoral”, devidamente prevista no final do inciso ora em comento, comunica-se somente ao Ministério Público da União e tem aplicabilidade quando for referente aos crimes eleitorais.

Quando as infrações forem eleitorais e também quando estiverem exercendo funções eleitorais, a competência será do Tribunal Regional Eleitoral.

5.1.4 Tribunal de Justiça

À este tribunal poderá ser concedida competência originária através de diversos diplomas legais, tais como as Constituições Federal, Estadual e do Distrito Federal, além de leis Municipais e Código Processual Penal.

Pelo disposto no artigo 96, inciso III da Carta Constitucional, competirá aos tribunais de Justiça, o julgamento dos juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, excetuando a alçada Eleitoral.

Este artigo abrange de modo específico o foro competente ao julgamento de tais cargos públicos tanto no cometimento de crimes comuns quanto nos dolosos contra a vida, assim prevalecerá a prerrogativa funcional perante o disposto no artigo 5º, XXXVIII, da Lei Fundamental, a qual assegura ao cidadão do povo, o encargo de compor a instituição do Tribunal do Júri.

Insta salientar o previsto nas súmulas nº 704 e 721 do Supremo Tribunal Federal. A primeira assegura que o julgamento dos prefeitos nas questões criminais atinentes à justiça comum estadual fica vinculada ao Tribunal de Justiça local, e nos demais casos a competência será aquela do respectivo Tribunal de segundo grau.

Já no que tange a segunda Súmula supracitada, dispõe ser de competência do Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida,

mesmo que haja previsão de prerrogativa funcional em Constituição Estadual. Isto ocorre em respeito da hierarquia de normas.

5.2 Duplo Grau de Jurisdição

A competência originária ocorrerá em determinados casos, que em virtude da grande importância para o Estado (*lato sensu*), a Carta Republicana trouxe em seu bojo a tutela de alguns cargos públicos, sendo os tribunais aqueles responsáveis pelo julgamento de seus ocupantes.

Essa diretriz impõe que seja analisado o duplo grau de jurisdição.

O referido princípio foi contemplado expressamente pela Constituição Imperial de 1824, no artigo 158, o qual regia desta forma: “Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos.”

No ordenamento jurídico atual não encontra disposição semelhante, porém é um princípio inerente à Constituição “cidadã” de 1988, vez que se trata de um desdobramento tanto da criação dos recursos pelo Código de Processo Penal e leis esparsas quanto pela criação de órgãos de instâncias superiores. A corroborar tal princípio em comento, o Decreto 678/92, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, na alínea “h” do número 2º de seu artigo 8º, garante o direito de recorrer da sentença para um tribunal ou juiz superior.

Conforme os ensinamentos de Ada Pellegrini, Antonio Scarance e Antonio Magalhães (2009, p.21):

Pode-se afirmar, assim, que a garantia do duplo grau, embora só implicitamente assegurada pela Constituição brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada *jurisdição superior*. Em outro enfoque, que negue tal postura, a garantia pode ser extraída do princípio constitucional da igualdade, pelo qual todos os litigantes, em paridade de condições, devem poder usufruir ao menos de um recurso para a revisão das decisões, não sendo admissível que venha ele previsto para algumas e não para outras. Uma terceira colocação retira o princípio do duplo grau daquele da necessária revisão dos atos estatais, como forma de controle de legalidade e da justiça das decisões de todos os órgãos do Poder Judiciário.

Portanto, hodiernamente, é de notório conhecimento a existência do duplo grau de jurisdição, haja vista a ratificação da Convenção (decreto 678/92) e as normas previstas implicitamente na Carta Magna que dão vida a este princípio.

Haveria, assim, uma eventual contradição entre duplo grau e a competência originária.

Neste sentido Grinover, Filho, e Scarance *apud* Thiago Noronha Benito (2001, p.61):

Nota-se contudo, que o próprio sistema constitucional, que estabelece a garantia do segundo grau, pode validamente excluí-la em alguns casos: é o que ocorre com as hipóteses de competência originária dos tribunais, constitucionalmente atribuída, que impede recursos para os órgãos da denominada jurisdição superior.

Não resta configurada a ofensa ao duplo grau, vez que o próprio texto constitucional assegura a exceção deste princípio. Não fere também o princípio supracitado pelo fato de existirem no ordenamento jurídico brasileiro recursos cabíveis internamente nos tribunais.

5.3 Aplicação da Prerrogativa no Julgamento da Ação Penal 470 – “Mensalão”

A Ação Penal de número 470, que trata do julgamento do conhecido “Mensalão”, ocorrido no ano de 2005, iniciou-se com a discussão do seguinte tema: “desmembrar ou não o processo aplicando-se a prerrogativa funcional?”.

Por maioria, sendo 9 votos favoráveis e 2 contra a união do processo perante a Corte Maior, foi decidido por manter ali a Ação Penal 470 para que fossem julgados todos os 38 réus.

O motivo do julgamento nesta corte de todos os membros do “Mensalão” deu-se pelo fato de que 3 deles possuem a prerrogativa de função e, desta forma, a competência originária seria do STF.

A argumentação do ilustre ex-ministro da Justiça, agora advogado de um dos réus, Márcio Thomaz Bastos, no sentido de que houvesse o desmembramento da ação, foi a seguinte: “A Constituição quer que as pessoas que não tenham foro sejam julgadas pelo juiz natural e que lhe seja assegurado duplo

grau de jurisdição”. Isto porque, se fossem julgados perante o juízo de primeira instância, haveria possibilidade de recurso à segunda instância, o Tribunal de Justiça. A corroborar tal entendimento, o Ministro Ricardo Lewandowski, argumentou que estariam, assim, negando vigência ao Pacto de San José da Costa Rica (Decreto 678), que concede o direito de recorrer à instância superior no caso de eventual condenação.

Como tal questão já havia sido decidida anteriormente e, mesmo após tal discussão novamente quando do julgamento mais esperado daquela corte, foi firmado o entendimento de que, pelas regras de conexão e continência, quando se têm multiplicidade de crimes e de autores, caberia ao Pretório Excelso a presidência e prolação dos veredictos finais.

Desta forma, pelos argumentos já apontados acima neste capítulo e também partindo do princípio de um julgamento mais uniforme e célere e menos influenciado, será o Tribunal Maior que irá pôr fim ao caso ora apontado.

6 CONCLUSÃO

Desde sua inserção no sistema jurídico brasileiro com a Carta Maior de 24 de fevereiro de 1891, onde era tratada tal prerrogativa como uma forma de privilégio, o enfoque entorno de tal benesse foi mudando significativamente pareada com a evolução da sociedade.

Hodiernamente, não há mais que se falar em “privilégio”, mas sim em prerrogativa atinente à altitude de certos cargos ou funções, pois dentro de nosso sistema faz-se necessário a concessão da aludida competência originária das cortes superiores, levando-se em conta que, infelizmente, o julgamento de importante cargo por um juízo de grau menor pode e, comumente, sofre influência política, além do que, uma instância superior traz em seu contexto um maior conhecimento técnico-jurídico.

Consoante o disposto nas Súmulas do Supremo Tribunal Federal de números 704 e 721, as quais versam sobre os Princípios do Juiz Natural, Ampla Defesa e Devido Processo Legal, e a competência prevalente do Tribunal do Júri perante prerrogativas dadas por constituições estaduais, respectivamente, entende a melhor doutrina que, na primeira, devido aos recursos inerentes aos tribunais superiores, não há que se falar em supressão de instância e por consequência violação àqueles princípios. Analisando a segunda, pelo motivo de ser a competência do Tribunal do Júri fixada na Constituição Suprema, caso outra prerrogativa dada por uma Constituição Estadual vier a confrontá-la, prevalece a hierarquicamente superior.

Insta salientar, ainda, do desdobramento da benesse conferida a certos cargos em choque com o Princípio da Igualdade ou Isonomia, não restará ferido tal princípio, uma vez que a prerrogativa não é conferida àquela ou essa pessoa individualmente, e sim em detrimento da função ocupada, pois qualquer um do povo poderá vir a exercer aquele título, ficando sujeito a competência originária.

Da mesma forma, estará em conformidade com o Princípio do Duplo Grau de jurisdição a confiança da prerrogativa por ser uma garantia tutelada constitucionalmente.

Conclui-se, portanto, que o instituto ora analisado, é de extrema relevância dentro do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, reflexamente, assegura direitos e garantias de cunho Penal e Processual Penal, tendo em vista o cenário rotineiro da política brasileira.

BIBLIOGRAFIA

BASSO, Marcel. **Tribunal do Júri e Seus Princípios Constitucionais**. Presidente Prudente, 2010. Artigo (Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2010.

BENITO, Thiago Noronha. **Conflito entre a competência por prerrogativa de função e a do Tribunal do Júri para os crimes dolosos contra a vida – direito de opção pelo acusado**. Presidente Prudente, 2001. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2001.

BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. **Interpretação constitucional e o princípio do devido processo legal**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 54, p. 210/275, jan/mar. 2006.

BIZON, Caio Affonso. **O Foro Especial Por Prerrogativa De Função em Face do Princípio da Igualdade**. Trabalho de Conclusão de Curso defendido em banca examinadora no dia 01 de fevereiro de 2011, do Curso de Especialização em Direito Constitucional, Pós-Graduação *Lato Sensu*, da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22^a. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC n.º 68.846-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71270>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC n.º 69.325-3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71642>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC n.º 74.573-3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75333>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC n.º 75.841-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76268>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC n.º 78.168-7. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77775>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC n.º 79.212-0. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78001>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE n.º 170.125-1. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=218371>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 704*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=704.NUME.%20NAO%20S.FLS.V.&base=baseSumulas>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 721*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=721.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 20 ago. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da Constituição**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2000

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Maria Pinto de. **Lições da Teoria Geral do Processo**. Curitiba: Juruá, 1990.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DE PAULO, Antônio (organização). **Pequeno Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: Ed. DP&A, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas; MARQUES, Claiton Renato Macedo. **Considerações sobre a correta aplicação da súmula 704 do STF**. *Boletim dos Procuradores da República*, nº. 80, maio 2008, p. 10.

GOMES, Luiz Flávio. **Artigo 43 - Foro especial por prerrogativa de função: a recente Lei 10.628/02 não tem a extensão que parece**. LFG. 2004. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2004100911512488&mode=print>. Acesso em: 06 de maio de 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. **Recursos no Processo Penal**. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Competência no Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Armênio Armado Editor, 1984.

MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. 1.ª ed. atual. Campinas: Millenium, 2000.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. **Devido Processo Legal e Indevido Processo Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

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

_____. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. rev e atual com as Leis 1-0.352/2001 e 10.358/2001 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NERI JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Competência Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Atlas, 2009.

ROCHA *apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular – Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVEIRA, Paulo Fernandes. **Devido Processo Legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Eficácia, poder e função das súmulas no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 04. ed., ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Anotado*. 3ª ed. rev., modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva: 1998.

_____. **Processo Penal**. 34ª ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva: 2012.

_____. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.