

Excelentíssimo Senhor Ministro **JOAQUIM BARBOSA**, Digníssimo
Relator da Ação Penal nº 470

JOSÉ ROBERTO SALGADO, denunciado na ação penal em epígrafe, vem à elevada presença de Vossa Excelência, por seu defensor, expor, arguir e requerer:

1. À leitura dos presentes – e incomparavelmente extensos – autos, empreendida para deles se inteirar, haja vista ter sido **recentemente** contratado para assumir o patrocínio da defesa do supracitado acusado¹, **divisou** o advogado signatário **matéria** que, por guardar **natureza** essencialmente **constitucional**, **revestindo-se**, ademais e por conseguinte, de **transcendental relevo jurídico-processual**,

¹. Instrumento de substabelecimento de mandato anexo.

máxime no que concerne à **prejudicialidade** sobre o **juízo** do **mérito**, **impõe pronta e autônoma arguição**.

1.1. Sobretudo, para que Vossa Excelência, no compasso do disposto no artigo 21, III, do RISTF, **submeta-a**, **antes** daquele e como **questão de ordem**, ao colendo **Plenário**, **poupando-se** – e aos demais Ministros – do **trabalho**, por conta dela eventualmente **desnecessário**, a despeito de vultosamente árduo e arduamente vultoso, de **analisar e julgar**, no tocante ao ora peticionário e, eventualmente, também a muitos dos demais denunciados, o **objeto material** do processo e seu **vastíssimo conteúdo**.

2. Cuida-se, com efeito, da **INCONSTITUCIONALIDADE** da **ampliação** da **competência** por prerrogativa de função do **STF** para “processar e julgar, **originariamente**”, quem **não** exerça, **como o ora peticionário**, **nenhum** dos cargos ou funções relacionados na alíneas *b* e *c* do inciso I do artigo 102 da Constituição, **precipualemente em face** da **inexistência** da **impreterível** previsão normativa, **necessariamente**, quanto mais não fosse, **explícita** e de matriz **constitucional** e da **decorrente supressão** do **direito fundamental** – e, como tal, presentemente às **expressas**

incorporado ao ordenamento jurídico pátrio – ao **duplo grau de jurisdição**.

3. Dadas a densidade e a espessura do tema e a correlatamente inafastável injunção de esquadrihá-lo com o quanto possível de clareza, precisão e rigor técnico, cumpre fazê-lo **ponto por ponto**, a saber:

1. Prefacialmente:

1.1. Matéria **não** debatida no julgamento, pelo Plenário, da questão de ordem alusiva ao desmembramento do processo. Manutenção da unidade processual por razões de **conveniência e oportunidade prática** e sob a ótica, **apenas**, de **preceitos infraconstitucionais**.

1.2. **Inocorrência**, portanto, de **preclusão** relativamente à **inconstitucionalidade** da **extensão** da competência especial por prerrogativa de função ao processo e julgamento de quem **não** a titularize.

2. *Ratio essendi*, natureza e caráter da competência especial por prerrogativa de função instituída pelo art. 102, II, *b*, da Constituição. **Cancelamento** do enunciado **394** da **Súmula** do STF.

3. Decorrente **necessidade** de norma **constitucional** expressa para a **válida ampliação** dessa **competência especial**. **Declaração de inconstitucionalidade** dos §§ 1º e 2º do artigo 84 do CPP, acrescentados pela Lei nº 10.628/2002.

4. CPP – Conexão e continência: inidoneidade jurídico-normativa dos **preceitos comuns** que as definem e regulam para alargar competência de natureza **constitucional** e caráter **excepcional, sobretudo** no que tange ao processo e julgamento de quem seja **estranho** à sua *ratio iuris*.

5. Inexistência, no tocante à **especialíssima** competência penal **originária** do STF por prerrogativa de função, de **espaço** para, à base da teoria das “competências implícitas complementares”, **estendê-la**, por conexão ou continência, a quem **não** a detenha.

6. O enunciado nº **704** da **Súmula** do **STF**: nenhum dos **precedentes** que inspiraram sua edição versava sobre **competência originária** do STF e, portanto, sobre julgamento em única instância. Decorrente impertinência à espécie. **Máxime e definitivamente**, ante sua incompatibilidade com o regramento **constitucional** da matéria: formalmente, pela **imprescindibilidade**, para **dilatar** a competência originária do STF, de **norma expressa** e de **estatura constitucional**; substancialmente, pelo **antagonismo** com a leitura constitucional determinante do **cancelamento da Súmula 394** e, ademais, por **suprimir** direitos e garantias processuais **fundamentais**, notadamente o **juiz natural** e o **duplo grau de jurisdição** (artigo 8, nº 2, *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica).

7. **Pacto de São José**. *Status* normativo **quando menos** “supralegal”. **Suficiência** para tornar **inaplicáveis**, por conflitarem com a “**garantia mínima**”, por ele estabelecida, de “**recorrer** da sentença para juiz ou tribunal **superior**”, os dispositivos **infraconstitucionais** (conexão e continência) **determinantes** do **deslocamento** da **competência** penal

originária para o **STF**. A condição de fator determinante da **derrogação implícita**, pela **Súmula Vinculante 25**, de norma genuinamente **constitucional** (art. 5º, LXVIII, última parte: admissibilidade da prisão civil por depósito infiel), confere-lhe, todavia, força **constitucional**.

8. Plena **compatibilidade** entre o **reconhecimento** da **inconstitucionalidade** ora apontada – e **finalisticamente** atrelada **apenas** à **asseguração** do direito fundamental ao **juiz natural** e ao **duplo grau de jurisdição** – e o **aproveitamento** de **todos** os atos processuais.

9. A **abalizada análise** do constitucionalista **ALEXANDRE DE MORAES**.

10. Conclusão e pedido.

1.1. Matéria **não** debatida no julgamento da **questão de ordem** alusiva ao **desmembramento** do processo. Manutenção da **unidade** processual por razões de **conveniência** e **oportunidade** e sob o **influxo**, **apenas**, de institutos e preceitos **infraconstitucionais**

1. No **julgamento** a que alude o **artigo 6º** da Lei nº 8.038/90, **Vossa Excelência**, no que tange ao que neste passo impende destacar, **anotou**:

“Foi sustentada, em primeiro lugar, a **preliminar de incompetência do STF para julgar a acusação formulada contra os 34 Acusados que não são detentores de prerrogativa de foro**, pedindo que se fixe a competência, quanto a estes, do juiz federal prevento para o caso - juiz federal da 4ª Vara de Belo Horizonte (por todos, v. (fls. 09/16 da resposta de MARCOS VALÉRIO; fls. 3/5 da resposta de ANITA LEOCÁDIA - Apenso 90).

Destaco, desde logo, que o tema já foi decidido em questão de ordem, por votação majoritária deste plenário, no sentido da necessidade de se manter um processo único, a tramitar perante o Supremo Tribunal Federal. Assim, está preclusa a matéria”²

2. A seu turno, sobredita **questão de ordem**, relatou-a **Vossa Excelência**, ao submetê-la ao c. Tribunal Pleno, nos seguintes moldes:

“Senhora Presidente, submeto ao colegiado a presente **questão de ordem**, nos termos do inciso III do artigo 21 do

². Fls. 11776/11777, volume 55.

RISTF, a fim de que o Plenário decida acerca do **desmembramento, ou não, do presente feito, em relação a todos ou alguns dos denunciados no Inquérito nº 2245 que não possuem a prerrogativa de foro** prevista no artigo 102, I, b da Constituição Federal.

A questão foi suscitada, em primeiro lugar, pelos denunciados **Anita Leocádia** (Apenso nº 90), **Marcos Valério** (Apenso nº 115), **Simone Reis Vasconcelos** (Apenso nº 114), nas suas respectivas peças de defesa preliminar. **Em segundo lugar**, tramita na Corte, sob a relatoria do Ministro Carlos Britto, o **Habeas Corpus nº 88.842**, impetrado pelo advogado Carlos Victor Muzzi, **que também tem como objeto o desmembramento do presente feito.**

A denúncia do Inquérito nº 2245 foi oferecida em março do corrente ano, imputando aos 40 denunciados os mais diversos tipos penais, como os previstos nos artigos 288, 312, 317 e 333 do Código Penal e no artigo 1º da Lei nº 9.613/98.

Determinei a notificação dos denunciados, mediante a expedição de carta de ordem, para que oferecessem resposta nos termos do artigo 40 de Lei nº 8.038/90. A exceção do denunciado Carlos Alberto Quaglia,

todos os outros apresentaram a resposta preliminar.

Atualmente o feito se encontra concluso em meu gabinete **aguardando a solução da presente questão de ordem**, para que seja aberta vista ao Procurador-geral da República, nos termos do artigo 5º da Lei nº 8.038/90.”³

3. Nenhum dos mencionados suscitantes, entretanto, feriu, **na raiz** – ou seja, na **perspectiva direta e imediata** da **Lei Fundamental** – , o tema da **ampliação** da competência penal originária do STF para o processo e julgamento de quem **não** detenha a denominada prerrogativa de foro e sua **compatibilidade ou não** com os postulados fundamentais do **juiz natural** e do **duplo grau de jurisdição**, entre outros.

3.1. Diga-se, pois: **ninguém** aduziu a **imprescindibilidade**, para determiná-la validamente, de **preceito constitucional expresso**. Tampouco, a **inocuidade jurídica** de regras **infraconstitucionais** de **modificação** da competência, como as que versam sobre **conexão** e **continência**, para, **à sua**

³. Acórdão publicado no *DJ* de 09/11/2007

falta, estendê-la a quem **não** preencha a *ratio essendi* da norma esculpida no artigo 102, I, *b* e *c*, do Pacto Republicano.

3.2. Menos ainda, a
inconstitucionalidade, por **injustificável garroteamento**, nesse **contexto**, da garantia **fundamental do duplo grau de jurisdição** (artigo 8, nº 2, *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, c/c artigo 5º, § 2º, da CR), dos respectivos **processo e julgamento em única e derradeira instância**.

4. Tanto assim que o **voto** de Vossa Excelência, conquanto **longo e denso, sequer** menciona aludidos pontos. Compreensivelmente, porém, já que assim **identificou e demarcou o objeto** da controvérsia:

“Senhora Presidente, a solução a ser dada à presente **questão de ordem** reveste-se de altíssima relevância, na medida em que ela será determinante para a garantia da efetiva prestação jurisdicional por esta Corte no caso sob exame.

A denúncia oferecida com suporte no presente inquérito dirige-se contra 40 (quarenta) denunciados, sendo certo que destes, apenas 6 (seis) **possuem a**

prerrogativa de foro prevista no artigo 102, I, b, da Constituição Federal.

Devo dizer inicialmente que não ignoro a circunstância de que os fatos narrados pelo eminente Procurador-Geral da República na denúncia são de tal forma intrincados que, pelo menos no que diz respeito a boa parte das condutas delitivas que deles se podem extrair, **haveria fundamentos suficientes a justificar a incidência das modalidades de competência por conexão mencionado nos incisos I e III do art. 76 do Código de Processo Penal e também da continência, constante do inciso I do artigo 77 do CPP.**

Mas, por outro lado, considero **igualmente relevantes as alegações feitas por alguns dos denunciados acerca da possibilidade de desmembramento do feito, sobretudo com vistas a viabilizar a instrução e julgamento da eventual futura ação penal em tempo razoável, conforme assegura o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, acrescentado ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/04.**

Antes de passar ao encaminhamento que pretendo sugerir ao colegiado com relação a esta questão de ordem, creio ser de todo

conveniente proceder a uma análise, ainda que sucinta, das questões expostas na denúncia, não com o objetivo de aferir neste momento a plausibilidade das alegações (o que será feito no momento oportuno, nos termos do artigo 6º da Lei nº 8.038/90), **mas tão-somente com o intuito de avaliar em que medida o desmembramento é conveniente ao julgamento de eventual futura ação penal.”⁴**

5. E, ao final, Vossa Excelência, depois de rever o entendimento inicialmente manifestado sobre o desmembramento, averbou:

“A minha **proposta de desmembramento**, como procurei frisar em diversos momentos, teve como norte um critério puramente objetivo. Ou seja, na impossibilidade de obtermos - com o desmembramento proposto, sob esse prisma - uma redução substancial do número de acusados que permaneceriam em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, não vejo, **numa análise**

⁴. Páginas 01/02. Realces gráficos pela transcrição.

pragmática, nenhuma vantagem em se desmembrar para permanecer quase o mesmo número de denunciados.

(...)

Senhora Presidente, a proposta é coerente. Ou se faz um desmembramento segundo o critério subjetivo e, aí, teríamos cinco denunciados apenas perante esta Corte, e a outra alternativa, que é de se fazer um desmembramento objetivo, **não resultaria em nenhuma vantagem à luz do artigo 80 do Código de Processo Penal**, já que diminuiria em um ou dois o número de acusados. No máximo cinco. Não vejo nenhuma **vantagem prática** em termos de instrução do feito”⁵

6. Conveniência ou não, em “análise **pragmática**” e à luz do “**artigo 80 do CPP**”, do **desmembramento** do processo. Esta, a **tônica do julgamento** da questão de ordem em apreço, como, aliás, **assinalou** o ínclito Ministro CARLOS BRITTO ao julgar **prejudicado** o HC referido por Vossa Excelência:

“O pedido que se contém neste habeas corpus se encontra **prejudicado**. Isto

⁵. Fls. 1395 (primeiro trecho) e 1401 (segundo). Destaques gráficos por conta da transcrição.

porque o **Plenário** desta colenda Corte, ao apreciar **Questão de Ordem** no Inquérito 2.245 (Relator o Ministro Joaquim Barbosa), revisou deliberação anterior (tomada na Sessão Plenária de 09.11.2006). **Ao fazê-lo, afastou a aplicação do art. 80 do CPP, para manter íntegro o feito. Decisão essa que foi motivada sobretudo por “não haver vantagem prática, em termos de instrução do feito, na adoção do critério objetivo de desmembramento...”**⁶

6. É o que se depreende, outrossim, da **síntese** do quanto **suscitado, debatido e decidido** – a **ementa** do acórdão relativo à questão de ordem:

“EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM: INQUÉRITO. **DESMEMBRAMENTO. ARTIGO 80 DO CPP.** CRITÉRIO SUBJETIVO AFASTADO. CRITÉRIO OBJETIVO. **INADEQUAÇÃO** AO CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO INTEGRAL DO INQUÉRITO SOB JULGAMENTO DA CORTE.

Rejeitada a proposta de adoção do critério subjetivo para o desmembramento do

⁶. DJ nº 38, de 26/02/2007. Nossos os destaques gráficos.

inquérito, nos termos do **artigo 80 do CPP**, resta o critério objetivo, que, por sua vez, é **desprovido de utilidade** no caso concreto, em face da complexidade do feito. Inquérito não desmembrado.

Questão de ordem resolvida no sentido da permanência, sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, de todas as pessoas denunciadas.”

7. E “**resolvida**”, destarte, sem qualquer **discussão** ou mesmo apenas **mera alusão** à **matéria constitucional** que empolga e respalda a arguição vertente.

8. **Nem** mesmo os votos **vencidos**, proferidos pelos insignes Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e MARCO AURÉLIO, abalaram-se a perscrutar a possível **inconstitucionalidade** da **dilatação** da competência especial **originária** do STF para o julgamento de pessoas **desprovidas** da “prerrogativa de foro”.

8.1. **Notadamente**, acrescente-se, ante o que **aqui informa e embasa** a respectiva increpação: **dualismo** entre a **inexistência** e a **necessidade** de **norma constitucional expressa** a contemplá-la, sobretudo em face das razões determinantes da **declaração de inconstitucionalidade** dos §§ 1º

e 2º do artigo 84 do CPP e do **cancelamento** do enunciado nº 394 da Súmula do STF, assim como **da consagração**, como direito individual **fundamental** de índole **no mínimo supralegal** e, portanto, hierarquicamente **superior** aos institutos da conexão e da continência, **do duplo grau de jurisdição**⁷.

8.2. O preclaro Ministro MARCO AURÉLIO, após a ponderação de que “a **reunião** de ações penais pela **continência** e a reunião pela **conexão** se fazem **a partir de uma óptica ligada, acima de tudo, à conveniência** e também direcionam a não haver decisões conflitantes a partir do mesmo quadro delitivo, a partir dos mesmos elementos que devem ser coligidos”⁸, sublinhou, é fato, que a “**competência** do Supremo é **estrita** e está **demarcada na Constituição Federal**, surgindo a famigerada – perdoem-me o vocábulo – prerrogativa de foro”⁹. **Deteve-se**, entretanto, nessa premissa. **Não** marchou adiante para versar, por exemplo, sobre o **antagonismo** entre a sua **ampliação** por conta do que na sequência denominou de “*vis attractiva*” e o **caráter estrito** de que afirmou revestir-se.

⁷. Ver-se-á, adiante, que a **Súmula Vinculante 25**, ao **soterrar** o preceito inscrito no **artigo 5º, LXVIII, da Constituição**, na parte em que admitia a prisão civil de **depositário infiel, por força do Pacto de San Jose da Costa Rica, a este** – e, portanto, às **demais cláusulas** que o compõem, uma das quais a que solenemente assegura o **duplo grau de jurisdição** – **a rigor confere graduação normativa equivalente à das normas de índole constitucional.**

⁸. Fl. 1364. Nossos os realces gráficos.

⁹. Idem supra. Também nossos os destaques.

9. Em suma, eminente Ministro relator, **nada** se articulou sobre a **multifária questão constitucional** que agora se agita. **Rigorosamente nada.**

10. **Demonstra-o**, à exuberância e **em definitivo**, a verificação de que **NÃO há**, em **nenhuma** das **cento e vinte laudas** pelas quais se espraia a v. decisão sobre a questão de ordem em tela, **nem mesmo uma única menção** à “**inconstitucionalidade**”, “**duplo grau de jurisdição**”, “**Pacto de San Jose da Costa Rica**”, “**direito de recorrer para tribunal superior**”, “**reserva constitucional à definição da competência especial por prerrogativa de função do STF**”. **Tampouco** ao enunciado **704 da Súmula 704 do STF!**

1.2. **Inocorrência**, portanto, de **preclusão** relativamente à **inconstitucionalidade** da extensão da competência especial por prerrogativa de função ao processo e julgamento de que não a detenha

1. “Como falar em **preclusão sem** mostrar a **identidade** de partes, pedido e **causa de pedir?”¹⁰**

¹⁰. SUANNES, **Adauto**. Desembargador aposentado do TJ/SP e Membro do Conselho Consultivo do IBCCRIM. *Lei, ora a lei!*. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br - 17.05.2002.

2. Efetivamente, se “(...) em qualquer das modalidades logo acima numeradas, relativamente aos atos decisórios proferidos pelo juiz, a **preclusão nada mais é do que a coisa julgada formal, cujo conceito absorve**, impedindo as partes de discutir e apreciar **questão já decidida** no mesmo processo”¹¹, soa **incontendível** que a **preclusão consumativa** – modalidade da qual deriva, para as decisões de “cunho exclusivamente formal”¹², a denominada *pro iudicato* – , **fundase** na “regra do *ne bis in idem*” e **pressupõe**, portanto, “que a **mesma coisa** (*eadem res*) seja **novamente pedida** pelo mesmo autor contra o mesmo réu (*eadem personae*) e **sob o mesmo fundamento** (*eadem causa petendi*)”.¹³

3. Por aqui, todavia, **identidade nenhuma** – evidenciou-se, à exaustão, no capítulo antecedente – há entre os **fundamentos** da presente **arguição de inconstitucionalidade** da **submissão** do ora **peticionário** à competência originária do STF e os da **decisão em face da qual**, no julgamento da admissibilidade da ação penal, a colenda Corte, ao entendimento

¹¹. TUCCI, Rogério Lauria, *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 82. Nossos os realces gráficos.

¹². MARQUES, José Frederico, *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Bookseller, 1997, vol. III, 1997, p. 90.

¹³. TORNAGHI, Hélio, *Instituições de processo pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, p. 463. Realces pela transcrição.

de que “o tema já foi decidido em questão de ordem, por votação majoritária deste plenário, no sentido da **necessidade de se manter um processo único**, a tramitar perante o Supremo Tribunal Federal. Assim, está preclusa a matéria”, **rejeitou** a “**preliminar** de incompetência do STF para julgar a acusação formulada contra os 34 acusados que não são detentores de prerrogativa de foro”.

4. A valer, enquanto a **resolução** da **questão de ordem** “no sentido da permanência, sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, de todas as pessoas denunciadas”, **assentou-se**, declaradamente, na **valoração**, balizada por institutos e critérios confinados à **legislação subalterna**, da “**vantagem prática**” de eventual **desmembramento processual** (“Rejeitada a proposta de adoção do critério subjetivo para o desmembramento do inquérito, nos termos do **artigo 80 do CPP**, resta o critério objetivo, que, por sua vez, é **desprovido de utilidade** no caso concreto, em face da complexidade do feito. Inquérito não desmembrado”) – **abstraindo-se**, pois, de qualquer perquirição, por mais rasa que fosse, sobre sua **adequação constitucional** – , a **pretensão ora deduzida** (reconhecimento da incompetência do STF para processar e julgar, originariamente, o peticionário) **estriba-se**, não em razões de conveniência ou utilidade, **mas, bem antes e acima delas**, na própria

inconstitucionalidade, sob vários aspectos – **todos**, ademais, de extração constitucional – do **alargamento** da competência especial por prerrogativa de função à base de **regras processuais** (conexão e continência) **desprovidas** de categoria e de força normativas aptas a tanto.

5. Não bastasse, também **distintos**, e em larga medida, os “**pedidos**” alhures e agora deduzidos.

5.1. Alguns dos **codenunciados** (ANITA, SIMONE e MARCOS VALÉRIO, em suas respostas preliminares; GEIZA, ENIVALDO e BRENO em petições cujo indeferimento motivou o 3º e o 11º agravos regimentais), **sob alegações** como “ (...) **possibilidade de desmembramento** do feito, sobretudo **com vistas a viabilizar a instrução e julgamento** da eventual futura ação penal **em tempo razoável**, conforme assegura o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal (...)”¹⁴; “(...) após o recebimento da denúncia ocorreram **fatos supervenientes** que justificariam o reexame do **pedido de desmembramento** do feito, pelo plenário desta Corte. Tais fatos supervenientes, segundo a recorrente, consistiriam na "pluralidade de defensores" e no "elevado número de testemunhas" (...)”¹⁵; “(...) o **elevado**

¹⁴. Pg. 02 do voto de Vossa Excelência no acórdão da segunda questão de ordem.

¹⁵. Relatório do acórdão do 3º Agravo Regimental, pg. 04.

número de réus e de testemunhas, aliado a certas manobras protelatórias praticadas por alguns dos denunciados têm dificultado sobremaneira a conclusão da instrução do processo, a evidenciar que, no caso, a apuração conjunta de todos os fatos narrados na denúncia, não obstante a conexão existente entre eles, **está a servir de obstáculo à efetiva prestação de tutela jurisdicional (...)**¹⁶, **requereram – pura, simples, direta, imediata e exclusivamente – o desmembramento ou a “cisão processual da ação penal”**.

5.2. Já o ora peticionário, bem diversamente, **requer** a declaração da **incompetência** desse c. STF para processá-lo e julgá-lo em **única instância**, porquanto – **antes, por sobre e independentemente** da “conveniência”, por tal ou qual motivo, da “unidade processual” – a **prorrogação**, em virtude de **regras menores**, da **estrita e restrita competência** estabelecida pelo art. 102, I, b, da Carta Maior **ressente-se de fulgurante, multifacetada e irremissível antinomia** com o **texto e o contexto da Constituição**.

5.2.1. Logo, “desmembramento”, aqui, não constitui o pedido, mas **apenas consequência**, meramente procedimental, do acolhimento da **proposição de**

¹⁶. Relatório do acórdão do 11º Agravo Regimental, pgs. 07/08.

inconstitucionalidade da submissão do peticionário, por extensão, à competência penal originária dessa augusta Suprema Corte.

6. Nesse lineamento, a **matéria** agora aventada, na medida em que de todo **alheia e estranha** ao **objeto** da **questão de ordem** em foco e da decisão nela proferida pelo c. Plenário “no sentido da necessidade [**que não se confunde com o cabimento constitucional e, por óbvio, não o supre**] de se manter um processo único, a tramitar perante o Supremo Tribunal Federal”, **não** se deixa apanhar pela **preclusão**:

“A doutrina, tradicionalmente, aponta três elementos de identificação:

Petitum, o que o autor pede ao juiz. A *res petita*.

Personae são as partes em litígio.

Causa petendi, a razão de pedir.

Se o mesmo autor, com o **mesmo fundamento**, pede a **mesma coisa**, contra o mesmo réu, a demanda é a mesma que a anterior. Se **varia** qualquer desses

elementos, já **não** há identidade de demanda”¹⁷

“Para que a coisa julgada, porém, atue como impeditiva do processo, é **preciso** que a segunda demanda seja idêntica à primeira, isto é, **tenha o mesmo pedido**, as mesmas partes e o **mesmo fundamento jurídico do pedido.**”¹⁸

“Ainda que ocorra **identidade** de partes e de pedido, **não** na havendo em relação à **causa de pedir, inatendível** é a arguição de coisa julgada”¹⁹

“COISA JULGADA. **NÃO** HÁ COISA JULGADA QUANDO **DIVERSAS AS CAUSAE PETENDI.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”²⁰

¹⁷. **TORNAGHI, Helio**, *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, p. 414. Nossos os destaques.

¹⁸. **GRECO FILHO, Vicente**, *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 61.

¹⁹. **STJ**, Resp 2.074-RJ, 4ª T., Rel. Min. FONTES DE ALENCAR, j. 20.03.90, DJ 30.04.1990. p. 3.529.

²⁰. **STF**, AI 67168 AgR / SP, Pleno, Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 08.04.1976, DJ 03.09.1976.

“A decisão denegatória de habeas-corpus **não faz coisa julgada** e, portanto, **não impede a renovação do pedido, salvo** - conforme a jurisprudência - se constituir **mera reiteração** de impetração anteriormente denegada, **segundo critérios que não têm a rigidez da identificação das ações (precedentes)**. De qualquer sorte, **não** se identificam – dado que inconfundíveis **os fundamentos jurídicos respectivos** – a impetração anterior – baseada na ilicitude de determinada prova utilizada no processo – e o presente habeas corpus, lastreado na preclusão da inadmissibilidade da mesma prova”²¹

7. Mais não fosse, **preclusão** – tanto a consumativa ou *pro iudicato*, como a temporal – **não incide sobre matéria de ordem pública**, como o é, por **natureza e**

²¹. STF, HC 80.620-1/PE, 1ª T., Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 06/03/2001, unânime. DJ 27/04/2001. Realces pela transcrição.

excelência, a alusiva à **competência jurisdicional** que, definida *ratione materiae* ou *personae*, reveste-se de **caráter absoluto**:

“Eugênio Pacelli, em capítulo sobre Jurisdição e Competência, após dissertar sobre a especialização do Poder Judiciário a ditar a repartição constitucional de competências assevera relativamente à competência em razão da pessoa do acusado:

"Em outra via, atendendo a outro critério que não o da especialização e, por isso, não mais em relação à *matéria*, mas já ao próprio *agente* do crime, é prevista a jurisdição colegiada, ou competência originária dos Tribunais, estabelecidas em razão das relevantes funções públicas exercidas pelo autor – ou acusado da infração penal, ou seja, foros privativos *ratione personae*.

Em todas estas situações impõe-se o relevante princípio do *juiz natural*, a ser entendido como o órgão da jurisdição cuja competência, estabelecida anteriormente ao

cometimento do fato, derive de fontes constitucionais, legitimando a partir da vedação, imposta ao legislador infraconstitucional da instituição do juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, CF). Legitimado ainda pela exigência de julgamento da causa pelo juiz ou tribunal ali indicados (órgão ou juiz especializado em razão da matéria e órgão ou tribunal *colegiado* em razão da função do imputado).

Em uma e outra hipótese, estaremos diante de competências absolutas, cuja determinação independe da vontade das partes processuais, acusação e defesa, diante da rigidez e da estatura da fonte normativa de uma e outra espécie, qual seja, a Constituição da República."

(OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 196).

(...)

Cabe aqui trazer a lição de Tourinho Filho acerca da nulidade em face da incompetência do juízo:

“A lei exige, para a validade do processo, a competência do Juiz. Em se cuidando de incompetência relativa, cumpre à parte, na oportunidade da defesa prévia, atacá-la por meio da exceção própria, sob pena de ter lugar a *prorrogatio jurisdictionis*. (...) **Sendo absoluta, a qualquer tempo pode ser alegada** (...). Enfim: se o Juiz não tiver competência *ratione personae* ou *ratione materiae*, a incompetência é absoluta.”
(...)”²²

“EM SE TRATANDO DE CONDIÇÕES DA AÇÃO E DE **PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS, NÃO HA PRECLUSÃO** PARA O MAGISTRADO, MESMO EXISTINDO EXPRESSA DECISÃO A RESPEITO, POR CUIDAR-SE DE **MATÉRIA INDISPONÍVEL**, INAPLICÁVEL O ENUNCIADO N. 424 DA

²². STF, Inq 2.051 – QO/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 16/06/2005, DJ 19/08/2005. Destaques gráficos pela transcrição.

SUMULA/STF A MATÉRIA QUE DEVE SER APRECIADA DE OFÍCIO.”²³

“Há, porém, casos em que, **mesmo tendo ocorrido decisão** sobre a *questão processual*, continuará **franqueado** o juízo de **reexame** pelo Magistrado. **As questões ligadas aos pressupostos processuais e às condições da ação, bem como todas as demais que, sendo de ordem pública, devem ser conhecidas de ofício pelo Juiz, não podem sofrer os efeitos da preclusão temporal.**

Nem mesmo a preclusão consumativa é de ser aplicada na espécie, pois aquilo que diz respeito à legitimidade e eficácia da própria função jurisdicional tem que ser aferido sempre enquanto não proferida questão de mérito (CPC, art. 267, §3º).

‘Acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação’ – decidiu o STF –, **não**

²³. STJ, REsp 43.138, 4ª T., Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, j. 19/08/1997, DJ 29/09/1997, p. 48.208. Nossos os realces.

há preclusão para o Juiz enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da decisão definitiva". *In casu*, a perda do poder de decidir sobre a questão processual preliminar só ocorre pela preclusão maior, ou seja, a coisa julgada²⁴.

A preclusão *pro iudicato*, enunciada no art. 471 do CPC, veda ao Juiz reapreciar o que já decidiu em torno de matéria disponível pelos litigantes. Não aquilo que diga respeito à ordem pública, como os pressupostos processuais e as condições da ação. A jurisprudência, em torno do tema, é no sentido de que, na sistemática do §3.º do art. 267 do CPC, não preclui, para o Juiz, o exame dos pressupostos processuais e condições da ação, em qualquer grau de jurisdição, sendo-lhe lícito "reexaminá-los", em qualquer

²⁴. STF, Pleno, Ac 268, rel. Min Alfredo Buzaid, RTJ 101/901. No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp 24.258-0 RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 03.05.1994, RSTJ 64/156.”

tempo e grau de jurisdição, enquanto não se exaurir o seu ofício na causa.^{25,,26}

2. *Ratio essendi*, natureza e caráter da competência especial por prerrogativa de função instituída pelo art. 102, II, *b*, da Constituição. O cancelamento do enunciado nº 394 da Súmula do STF

1. Em voto sufragado, à unanimidade, pelo colendo Plenário dessa augusta Suprema Corte, com peso e tomo consignou o eminente Ministro **CELSO DE MELLO**:

“Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. Isso significa, na perspectiva da pretensão recursal deduzida pelo Deputado Federal Vittorio Medioli, que as atribuições constitucionais do Supremo Tribunal

²⁵. STJ, 4.^a T., REsp 18.711-0-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 31.05.1993, DJU 30.08.1993, p. 17.296; REsp 60.110-0-GO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 05.09.1995, DJU 02.10.1995, p. 32.377.”

²⁶. **THEODORO JR, Humberto**, *A preclusão no processo civil*, p. 22. In: RT 784/11.

Federal devem merecer interpretação que impeça a **expansão indevida** da **competência originária** desta Alta Corte, para que não se transgrida com a – com a concessão de prerrogativa de foro a **ex-ocupantes** de cargos públicos ou a **ex-titulares** de mandatos eletivos – **um valor fundamental** à própria configuração da idéia republicana, que se **orienta** pelo vetor axiológico da igualdade, **em ordem a viabilizar**, desse modo, **em relação a quem não mais detém** certas titularidades funcionais no aparelho de Estado, a **aplicação ordinária do postulado do juiz natural**, cuja **importância** tem sido enfatizada, **em sucessivas decisões**, por esta Corte Suprema (**RTJ 149/962-963 – RTJ 169/557 – RTJ 179/378-379, v.g.**)

(...)

“É inquestionável que a prerrogativa de foro, instituída em nosso sistema constitucional, tem a sua existência justificada pela necessidade de preservar-se a dignidade de função de

proteger-se a independência de seu exercício.

Assinale-se, no entanto, que a **prerrogativa de foro** – que **traduz matéria de direito estrito** – **tem** por destinatários, **unicamente**, aqueles se encontrem "*in officio*", **não se estendendo**, por isso mesmo, àqueles que **não mais detenham** certas titularidades funcionais no aparelho de Estado.

(...)

É por tal razão que esta Suprema Corte **já se manifestou** no sentido de que, **tratando-se** de determinados **ocupantes** de cargos públicos, **inexiste**, quanto a eles, situação de privilégio de caráter pessoal. **Trata-se**, ao contrário, de uma prerrogativa **de ordem estritamente funcional**, que, **prevista** em sede constitucional, **destina-se a proteger** – **enquanto derrogação extraordinária** dos postulados da igualdade e de juiz natural – **aquele que se acha e ainda se encontra** no desempenho **de determinado** ofício público

(...)

Nada deve conduzir à preservação dessa **competência originária**, **ainda** que mediante invocação da "*perpetuatio jurisdictionis*", **quando cessado**, como na espécie, **o desempenho funcional** do cargo **ou** de mandato cuja titularidade **justificava** a aplicação, **sempre excepcional**, da **regra constitucional** **concernente** à **prerrogativa de foro**.

Cabe relembrar, neste ponto, por necessário, **que a Súmula 394** do Supremo Tribunal Federal **foi cancelada** quando do julgamento **do Inq 687-QO/SP**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES (RTJ 179/912-913), **ocasião** em que esta Corte, **fundada** no princípio republicano, **corretamente assinalou** que "*as prerrogativas de foro, pelo privilégio que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como o são, também, os ex-*

exercentes de tais cargos ou mandatos" (grifei).”²⁷

2. Competência penal originária do STF por prerrogativa de função: **“matéria de direito estrito”, “excepcional”, visto implicar e traduzir “derrogação extraordinária dos postulados da igualdade e de juiz natural”.**

3. Estas, por sinal, as **premissas determinantes do cancelamento**, também por votação **unânime**, do supracitado **enunciado sumular**, por **descabida ampliação** da competência especial por prerrogativa de foro²⁸:

“Não há dúvida de que, no caso, se trata de jurisdição excepcional, que afasta o juiz natural de qualquer pessoa, chegando-se a dizer que se trata de foro privilegiado.

(...)

A prerrogativa de foro é, sem dúvida, excepcional. Ela afasta o Juiz natural nos termos estritos da Constituição, ou seja,

²⁷. Inq 1.376-AgR/MG, j. 15/02/2007. DJ 16/03/2007. Maior parte de destaques gráficos no original.

²⁸. Inq-QO 687, Rel. Min. SIDNEY SANCHES, j. 25/08/1999, DJ 09/11/2001.

em favor do parlamentar que permaneça no exercício do mandato durante o processo e por ocasião do julgamento por esta Corte. A **Constituição** não diz que essa prerrogativa persiste, depois de o parlamentar deixar de sê-lo, se o crime de que ele é acusado for cometido durante o exercício do mandato, nem que tenha sido em decorrência desse exercício”²⁹

“Os cidadãos devem ser julgados pelo juiz natural de todos eles. Assim, as normas que estabelecem foro privilegiado, que é o nome correto do foro por prerrogativa de função, devem ser interpretadas em sentido estrito, sem possibilidade de ampliação, certo que a **Súmula 394 amplia, consideravelmente, esse foro, quando **não mais existente a sua razão**, segundo os que o imaginaram, porque já não ocorrente o exercício do cargo, função**

²⁹. Ministro **MOREIRA ALVES**, fls. 282 (primeiro excerto) e 285 (segundo). Nossos os destaques.

ou mandato, pelo simples fato de que esse exercício já fora extinto”³⁰

3. Decorrente necessidade de norma constitucional expressa para a válida ampliação dessa competência especial. Motivo e fundamento da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 84 do CPP, acrescentados pela Lei nº 10.628/2002

1. “Jurisdição excepcional, que afasta o juiz natural de qualquer pessoa”, a competência criminal especial originária do STF – tanto mais porquanto **primariamente instituída pela própria **Constituição** – **não** comporta **alteração senão** por meio de **norma** também e **necessariamente constitucional**:**

“A competência originária da Corte, para o processo e julgamento de delitos, decorre da Constituição. Somente se altera a

³⁰. Ministro CARLOS VELLOSO, fl. 295. Também nossos os realces gráficos.

**competência originária do Tribunal,
modificada a sede normativa.**³¹

2. Em consagrada monografia sobre competência criminal, **MARIA LÚCIA KARAM**, depois de enfatizar que “**em regra** são os órgãos jurisdicionais de **1º grau** que **conhecem originalmente** da causa, **só excepcionalmente** cabendo aos **órgãos superiores** este conhecimento originário. É o que ocorre quando, diante da necessidade de resguardar a dignidade e a importância para o Estado de determinados cargos público, a Constituição Federal estabelece a competência originária dos tribunais em processos onde figurem como partes ocupantes daqueles cargos, assim definindo a chamada competência por prerrogativa de função. Deve se ressaltar que, na realidade, não se tem aqui propriamente uma prerrogativa, operando o **exercício da função decorrente do cargo ocupado pela parte como o fator determinante da atribuição da competência aos órgãos superiores**, não em consideração à pessoa, mas ao cargo ocupado”, **coerentemente adverte não**

³¹. Ministro **NÉRI DA SILVEIRA** no julgamento em que se decretou o **cancelamento** da **Súmula 394**; fl. 305. Nossos os destaques.

estar “(...), evidentemente, o **legislador ordinário autorizado a excepcionar ou ampliar regras constitucionais**”³²

3. Em questão de ordem proposta no bojo do **Inquérito 2.010-9/SP** e também submetida ao **Plenário**, o Exmo. Ministro **MARCO AURÉLIO**, relator, expressivamente pontuou:

“A competência do Supremo Tribunal Federal está delimitada na Constituição Federal. Preceitua a alínea "b" do inciso I do artigo 102, competir ao Supremo processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o Procurador-Geral da República. A definição constitucional tem como móvel o cargo ocupado e não a proteção deste ou daquele cidadão. Esse enfoque, calcado no princípio do juiz

³². *Competência no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 23 (primeiro trecho) e p. 67 (último). Realces pela transcrição.

natural, prevaleceu na ocasião em que a Corte, apreciando questão de ordem no Inquérito nº 687-4, a envolver o indiciado Jabes Pinto Rabelo, veio a rever, para **cancelá-lo, o Verbete nº 394**, que integrava a Súmula da respectiva jurisprudência predominante com o seguinte teor:

‘Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício’

Ora, a **Lei nº 10.628/2002**, ao dispor sobre a **persistência** da competência especial por prerrogativa de função, acabou **discrepando** da ordem natural das coisas. É que o **Supremo Tribunal Federal**, ao cancelar o citado enunciado, procedeu à **interpretação da Carta da República**, do que se contém nas alíneas **"b"** e **"c"** do **inciso I do artigo 102 da Constituição Federal**, revelando-as definidoras da **competência maior apenas quando**

ocupado o cargo. Em síntese, o **legislador ordinário** acabou por **aditar** as citadas alíneas para nelas **incluir**, em **detrimento de interpretação consagrada pelo Plenário desta Corte**, a **continuidade** do foro dito especial por prerrogativa de função, em que pese a cessação do exercício desta última.

(...)

Ora, firmada a premissa de que definidora da competência do Supremo Tribunal Federal é a Constituição Federal, tem-se que lei ordinária que venha alterá-la, para **elastecer ou diminuir o âmbito de atuação**, surge manifestamente inconstitucional.³³

4. Ao julgar, em conjunto, as **ADIs 2.797-2/DF e 2.860-0/DF**, ambas propostas contra os §§ 1º e 2º do artigo 84 do CPP, incluídos pela citada Lei nº 10.628/2002, esse c. **STF**, por votação majoritária, pontificou, em síntese:

³³. Julgamento em 23/05/2007. **Unânime**. *DJe* nº 102. Divulgação: 05/06/2008. Publicação: 06/06/2008. Realces gráficos por conta da transcrição.

“III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.

1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente.
2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Tribunal, que a cancelou, derivaram de

interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal.

3. **Não** pode a lei **ordinária** pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: **a questão é de inconstitucionalidade formal**, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.

4. **Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal** - guarda da Constituição - , às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao

referendo do legislador ou seja, que a Constituição como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.

IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade”

(...)

3. **Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar.**

4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional.”³⁴

5. Saliente-se que, em sobredito julgamento, **Vossa Excelência** – por voto, aliás, **não** registrado no “extrato de ata” – concluiu pela **constitucionalidade** do § 1º do art. 84 do CPP. **Não**, porém, por **estimar** juridicamente **possível** a **modificação** de **competência originária** do **STF** mediante preceito **infraconstitucional**. **Mas** por entender que “(...) esse dispositivo **traduz** com acerto a **exata finalidade da**

³⁴. Ementa do acórdão alusivo à ADI 2.797-2/DF. DJ 19/12/2006. Alguns realces por conta da transcrição. Registre-se haver Vossa Excelência, em referido julgamento, concluído pela constitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP

prerrogativa de foro prevista na Constituição de 1988, **vinculando-a unicamente** aos **atos administrativos** do agente e **restringindo-a** à circunstância objetivamente verificável de ser o ato **relacionado** ao **exercício** do cargo **sem** que dessa disciplina resulte **acréscimo** algum de competência dos Tribunais **além** do que **fixado pela Constituição Federal (...)**³⁵

6. Tanto assim que, no encerramento do voto, colacionou **Vossa Excelência** escólio do Min. **CELSO DE MELLO** a teor do qual:

*“É importante lembrar, neste ponto, que o **Supremo Tribunal Federal**, em decisão **proferida** em 17 de agosto de 1895 (Acórdão n. 5, Rel. Min. JOSÉ HYGINO), já **advertia**, no final do século 19, não ser **lícito** ao Congresso Nacional, **mediante** atividade legislativa comum, **ampliar, suprimir ou reduzir** a esfera de competência da Corte Suprema, **pelo fato** de tal complexo de atribuições **jurisdicionais derivar**, de modo imediato,*

³⁵. Página 04 do voto lançado na ADI 2.797-2/DF.

do próprio texto constitucional, proclamando, então, naquele julgamento, a impossibilidade de tais modificações por via meramente legislativa, por não poder qualquer lei ordinária aumentar nem diminuir as atribuições do Tribunal (...)' ('Jurisprudência/STF', p. 100/101, item n. 89, 1897, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional- grifei).³⁶

7. Conseqüentemente:

4. CPP – Conexão e continência: inidoneidade jurídico-normativa para alargar competência de natureza constitucional e caráter excepcional

1. Institutos processuais que, além de **confinados**, em matéria de **contemplanção normativa primária**, à legislação **infraconstitucional**, **não** constituem fator de

³⁶. Página 05 do voto proferido na ADI 2.797-2/DF.

definição de competência jurisdicional, mas, tecnicamente, de mera **modificação**.³⁷

2. **Não** encerram, portanto, **nem força normativa nem** – e por conseguinte – **aptidão jurídica** para **alterar** competência que, **fixada** pela própria pela **Lei das leis**, o é, ademais, **estritamente** em razão da **relevância** de determinados **cargos e funções públicas** (art. 102, I, *b e c*).

3. **Menos ainda** para **estendê-la** ao processo e julgamento de quem **não** guarde **relação** com a *ratio essendi* do preceito **maior**; ou seja, **não** ocupe **nenhum** dos cargos ou **não** exerça qualquer das funções por ele relacionadas.

³⁷. “Nos artigos 76 a 82, o Código de Processo Penal prevê normas sobre a competência por conexão ou continência. Estas, porém, **não** são causas **determinantes** da fixação da competência, como o são o lugar do crime, o domicílio do réu etc., **mas motivos que determinam sua alteração, atraindo** para a atribuição de um juiz ou juízo o crime que seria da **atribuição de outro**.” (MIRABETE, *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 173); “(...) Também entram no conceito de *prorogatio fori*, os casos de **conexão e continência**, pois neles, como notou Carnelutti, **há um desvio de competência para tornar possível a acumulação processual**. Sucede assim que um juiz, **‘normalmente incompetente** para conhecer de uma causa, quando proposta **isoladamente, torna-se competente** para conhecer dela, pelo fato de dever unir-se semelhante causa a outra, para a qual ele é competente, a fim de terem decisão simultânea (*simultaneus processus*), ao mesmo tempo que outro juiz perde, correspondentemente, sua competência na primeira causa. Em hipótese tal, a competência do juiz **não** se funda num **título originário e existente por si mesmo**: é, antes, a consequência da união de várias causas’ (...)” (FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 243/244).

4. Sobretudo – e definitivamente – , porque esta **competência de matriz constitucional** e, mais do que especial, **excepcional mesmo**, ao consagrar, como **inafastável corolário lógico-jurídico**, julgamento em **instância única**, **suprime** do acusado *extraneus*, a par da garantia essencial do **juiz natural**, o **direito**, igualmente **fundamental**, ao **duplo grau de jurisdição**.

5. Se **privação** tal afigura-se **razoável** relativamente ao imputado que, **por** ostentar a **condição determinante** dessa competência jurisdicional diferenciada (“prerrogativa de foro”), **sujeita-se** à decorrentemente inevitável “coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros”³⁸, a **nenhum** título, todavia, **justifica-se** no tocante àquele, qual o ora peticionário, a ela **absolutamente alheio e estranho**, **tanto quanto**, à consequência, **ao correlato confronto de valores constitucionais**.

6. Não por acaso, pois, doutrina e jurisprudência atentas à **excepcionalidade** da competência por

³⁸. DE MORAES, Alexandre, Constituição do Brasil interpretada e legislação infraconstitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p. 109.

prerrogativa de função e aos seus **drásticos efeitos** processuais, bem como à **supremacia** da Constituição, **proclamam**:

“Naturalmente, a competência estabelecida em regras constitucionais é improrrogável, não comportando modificação de qualquer natureza, inexistindo qualquer dúvida de que o exercício da jurisdição sem adequação ao disposto naquelas regras acarreta a incompetência absoluta do órgão ou grupo de órgãos jurisdicionais que assim atue.

(...)

“O respeito à garantia do juiz natural certamente repercute ao mesmo tempo que condiciona a atribuição da competência pela vinculação de causas, limitando o alcance dos dispositivos estabelecidos nas regras contidas na lei processual penal, limitações estas impostas pela necessidade inafastável de assegurar a presença no processo do órgão

constitucionalmente competente, assim assegurando a legitimidade do exercício da função jurisdicional.

As regras infraconstitucionais que disciplinam a atribuição da competência pela vinculação de causas, em nenhuma hipótese, podem se sobrepor às regras constitucionais concretizadoras do princípio do juiz natural. Quando em confronto com regra constitucional sobre competência, a conexidade de causas deixa de ser fator determinante da competência, não podendo levar à reunião de ações. Aqui, a atuação de órgãos jurisdicionais diversos, em diferentes processos, irá decorrer de imposição do próprio texto constitucional, a necessariamente resultar na consideração isolada das causas.

(...)

Da mesma forma, a incidência da regra contida no inciso III do artigo 78 do Código

de Processo Penal, que estabelece a prevalência do órgão jurisdicional superior, há que se condicionar ao que dispõem as regras constitucionais que definem a competência originária dos órgãos de diferentes categorias, só se podendo considerar a vinculação entre causas como fator determinante da reunião das ações se com esta não se vulnerar o princípio do juiz natural concretizado por aquelas regras. Inobstante a cotidiana aceitação da competência de órgãos jurisdicionais superiores para processar cidadãos comuns a quem se imputa a prática de crimes alegadamente realizados em concurso com réus que, por ocuparem determinados cargos públicos, estão originariamente sujeitos à jurisdição exercida por aqueles órgãos jurisdicionais superiores, não parece tal entendimento

se harmonizar com a necessária presença no processo do juiz natural.

O Supremo Tribunal Federal vem decidindo que o envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro definida constitucionalmente, **não afasta quanto ao outro a competência do júri** – seu juiz natural (posição tomada em julgamento pelo Tribunal Pleno, em 17.06.92, no HC 69325-3, *RTJ* 143/925, sendo relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio). Firmou-se o entendimento de que a **continência não** conduz à reunião das ações, porque disciplinada mediante normas de **índole instrumental comum** que **não poderiam se sobrepor** ao preceito contido na alínea *d* do inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, assim se impondo a bipartição da competência entre órgãos jurisdicionais diversos, para que seja o cidadão comum processado perante o júri

e aquele que tem a prerrogativa de foro pelo órgão superior (no caso concreto decidido no HC referido, o Superior Tribunal de Justiça, já que se tratava de conselheiro de Tribunal de Contas de Município).

Não parece, no entanto, haver razão para que tal entendimento se limite aos casos de pretensão punitiva fundada em alegada prática de crime doloso contra a vida, igualmente havendo que se impor a partição da competência entre órgãos jurisdicionais diversos no caso de envolvimento de co-réus em quaisquer outros crimes quando não se manifeste em relação a todos a prerrogativa de função, ainda mais diante do entendimento que a natureza da regra contida na alínea *d* do inciso XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal **não lhe daria um valor **superior** que a fizesse se **sobrepôr** a quaisquer outras regras constitucionais**

sobre competência, **negando-se**, naquela, como em outras decisões que a seguiram³⁹, sua prevalência sobre as regras atribuidoras da competência por prerrogativa de função, questão a que se tornará mais adiante.

Por ora, o que importa ressaltar é que da **mesma forma que não se pode afastar** quanto ao cidadão comum acusado da prática de crime doloso contra a vida a competência do júri – seu juiz natural, **tampouco se poderia afastar quanto ao cidadão comum acusado de infração penal diversa a natureza e competência de outro órgão jurisdicional de 1º grau – igualmente seu juiz natural, nenhuma diferença** havendo no fato de não estar tal competência, no que se refere aos juízes estaduais, explicitada em regra constitucional específica. **A competência originária dos órgãos jurisdicionais de 1.º**

³⁹. “Veja-se, por exemplo, o HC 70581-2, 2. T., rel Min. Marco Aurélio, j. 21.09.93, DJ 29.10.93, p. 22.935.”

grau das Justiças Estaduais é, tanto quanto a competência do júri, constitucionalmente estabelecida, sendo apenas, porque residual, implícita e não explicitamente atribuída. Induvidoso que o cidadão comum tem como seu juiz natural o órgão jurisdicional de 1.º grau, não podendo a vinculação de causas levá-lo a ser originariamente processado perante órgão superior.

Os órgãos jurisdicionais superiores têm sua competência originária atribuída em regras constitucionais indicadoras das hipóteses em que particularidades encontradas em elementos da causa (como a qualidade especial da parte que ocupa determinados cargos públicos) levam a um excepcional conhecimento originário daquela pelo órgão superior, fugindo à regra geral de serem os órgãos jurisdicionais de 1.º grau aqueles a quem cabe conhecer originariamente de

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

Necessária, assim, a partição da competência, em todos os casos em que, havendo causas conexas, as regras constitucionais atribuem a competência originária para o exame de umas e outras a órgãos jurisdicionais de diferentes graus, impondo-se, para a determinação do juízo competente a consideração isolada daquelas causas, vedada, portanto, a reunião das ações, deixando aqui de

incidir as regras infraconstitucionais que fazem a **conexidade** funcionar como fator determinante da competência, **não estando, evidentemente, o legislador ordinário autorizado a excepcionar ou ampliar regras constitucionais.**”⁴⁰

6.1. No julgamento, pelo **Pleno**, de medida cautelar no **HC 91.347-4/RJ**, **unanimemente** decidiu esse **excelso Pretório**:

Ementa: “INQUÉRITO – REMEMBRAMENTO – ACUSADOS SEM PRERROGATIVA DE FORO – CONEXÃO – CONTINÊNCIA – SUPREMO. **Não** concorre a **indispensável relevância** da causa de pedir do remembramento de inquérito, **presente a competência do Supremo definida na Constituição Federal, considerada a disciplina legal da conexão e da continência.**”

⁴⁰. KARAM, Maria Lúcia. Obra anteriormente citada, pgs. 64/67. Nossos os destaques gráficos.

Voto: “ (...) No mais, **as normas definidoras da competência do Supremo são de Direito estrito. Cabe ao Tribunal o respeito irrestrito ao artigo 102 da Constituição Federal.** Sob o ângulo das infrações penais comuns, cumpre-lhe processar e julgar originariamente o Presidente e o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, os próprios ministros que o integram e o Procurador-Geral da República, mostrando-se mais abrangente a competência, a alcançar infrações penais comuns e crimes de responsabilidade, considerados os ministros de Estado, os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, **ressalvado o disposto no artigo 52, inciso I, da Carta da República,** os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente alíneas "b" e "c" do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal.

Então, **forçoso é concluir** que, em se tratando do curso de inquérito voltado à persecução criminal, embrião da ação a ser proposta pelo Ministério Público, **a tramitação sob a direção desta Corte, presentes atos de constrição, pressupõe o envolvimento de autoridade detentora da prerrogativa de foro, de autoridade referida nas citadas alíneas "b" e "c".** **Descabe interpretar o Código de Processo Penal conferindo-lhe alcance que, em última análise, tendo em conta os institutos da conexão ou continência, acabe por alterar os parâmetros constitucionais definidores da competência do Supremo. Argumento de ordem prática, da necessidade de evitar-se, mediante a reunião de ações penais, decisões conflitantes, não se sobrepõe à competência funcional estabelecida em normas de envergadura maior, de envergadura insuplantável como são as**

contidas na Lei Fundamental. O argumento calcado no **pragmatismo** pode ser **refutado** considerada a boa política judiciária, isso se possível colocar em segundo plano a ordem natural das coisas, tal como contemplada no arcabouço normativo envolvido na espécie.

(...)

Em síntese, **somente** devem tramitar sob a direção do **Supremo** os inquéritos que envolvam **detentores de prerrogativa de foro, detentores do direito de, ajuizada ação penal, virem a ser julgados por ele,** procedendo-se ao desdobramento conforme ocorrido na espécie”⁴¹

5. Inexistência, no tocante à **especialíssima competência penal originária do STF por prerrogativa de função, de **espaço** para a **extensão**, à base da teoria das “competências implícitas complementares”, ao processo e julgamento de quem **não corporifique sua razão de ser.** O artigo 52, I, da **Constituição** como parâmetro interpretativo**

1. No voto proferido no julgamento das supracitadas **ações declaratórias de inconstitucionalidade**, o insigne Min. **GILMAR MENDES**, depois de **ressalvar**, com **CANOTILHO**, que *"a força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas, salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de 'poderes implícitos', de 'poderes resultantes' ou de 'poderes inerentes' como formas autônomas de competência (...)"*, com ele também **aduziu**: *"É admissível, porém, uma **complementação** de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (**sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica**). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competências complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, **enquadráveis** no programa normativo-constitucional de uma competência **explícita** e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, **necessárias** para preencher **lacunas***

constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais. (...)”⁴²

2. E, reproduzindo passagem de sua prestigiosa obra *Curso de direito constitucional*, concluiu: “o sistema constitucional não repudia a idéia de competências implícitas complementares, **desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes**”⁴³

3. **Lacuna nenhuma**, entretanto, permeia a **concepção constitucional** da especial competência penal originária do STF por prerrogativa de foro. **Ao menos, mas inequivocamente**, no que concerne à sua *ratio essendi* e à **necessariamente correlata** delimitação do seu alcance.

3.1. De fato, **superlativamente clara**, a par de **conclusiva**, a **demarcação** de sua **causa determinante**, do seu **fundamento**:

“É certo que a prerrogativa de foro – cuja existência é justificada pela necessidade de preservar-se a dignidade da função e

⁴². Páginas 28/29 do voto pronunciado na ADI 2.797-2/DF.

⁴³. Página 30 do voto e 1093 da 5ª edição do livro. Realces pela transcrição.

de **proteger-se** a **independência** de seu **exercício** – **acha-se instituída** em nosso sistema constitucional”⁴⁴

“A instituição da **prerrogativa de foro**, relativamente a esses agentes, não traduz favorecimento pessoal, pois **contempla** as **exigências** de **garantia constitucional** **pertinentes** aos **respectivos cargos e funções**, pela **relevância** que representam nos **Poderes** correspondentes e nos escalões hierárquicos, cuja **dignidade funcional cumpre resguardar**”⁴⁵

3.2. *Id est*: o critério informativo da competência penal originária do STF em tela **reside** – e se **exaure** – na **relevância** das **funções públicas** enumeradas no artigo 102, I, letras “*b*” e “*c*”, e na **necessidade** de se lhes resguardar a dignidade. **Tudo** quanto **não** se revele **intrinsecamente atado** às **funções públicas** em face das quais instituída a **garantia** constitucional da **prerrogativa de foro**

⁴⁴. Min. CELSO DE MELLO, ADI 2.797-2/DF.

⁴⁵. Des. MÁRCIO BONILHA no voto do Min. GILMAR MENDES na ADI 2.792-2/DF.

afigura-se-lhe **estranho** e, pois, **impertinente** ao balizamento do **alcance** da respectiva **competência**:

“Doutro turno, se, por **razões particulares** de conveniência ou de utilidade social, o **ordenamento abre exceção ao tratamento genérico** de uma ordem de fatos, para **disciplina autônoma de certa categoria**, está claro, à míngua de razão normativa que o legitime, que se **não** pode estender, por interpretação, o regime **especial** a **outras hipóteses**. Ao lado do regime geral é que se acham as **forças sociais preponderantes** na reconstituição semiológica e na **aplicação de toda regra de direito positivo**, sobretudo quando **hospede garantias fundamentais ou valores individuais supremos.**”⁴⁶

"Do que foi dito, já se apura que o principal critério para determinar se um dispositivo

⁴⁶. Min. **CEZAR PELUSO**, p. 15 do voto proferido no RE 466.343-1/SP, Tribunal Pleno, j. 03.12.2008, unânime. *DJe* n° 104, divulgação 04/06/2009, publicação 05/06/2009. Realces pela transcrição.

legal é excepcional, é sua inextensibilidade. Quando tratarmos da interpretação extensiva e da analogia desenvolveremos esse ponto, e concluiremos que a "*ratio legis*" de **caráter geral** pode estender-se aos casos omissos, ao passo que a "*ratio legis*" de **caráter excepcional**, há de ficar **confinada aos casos que especifica**"⁴⁷

3.3. De mais a mais, **se**, como propugna a teoria dos “poderes implícitos”, a “(...) outorga **de competência expressa** a determinado órgão estatal **importa** em deferimento **implícito**, a esse mesmo órgão, **dos meios necessários** à integral realização **dos fins** que lhe foram atribuídos”⁴⁸, **evidente** sobreleva **não se inserir**, entre as eventuais “competências complementares implícitas” à expressamente prevista e delimitada no art. 102, I, *b*, da Constituição, a de processar e julgar esse c. STF, nas hipóteses de conexão ou continência, pessoas **estranhas** à “prerrogativa de foro” que a determina.

⁴⁷. **SILVEIRA, Alípio**, *Hermenêutica no direito brasileiro*. *Apud*: Voto citado na nota nº 46 retro, p. 16. Destaques igualmente por conta da transcrição.

⁴⁸. *Apud*: Voto do Min. **CELSO DE MELLO** na supracitada ADI, p. 07.

3.4. Apoteose do óbvio à parte, pura e simplesmente, porque – é irrefragável – a competência originária para julgar os acusados que a detêm **em nada e por nada** **pressupõe** o julgamento, pelo próprio STF, dos denominados *extranei* nos delitos timbrados por conexão ou continência.

3.5. Noutra formulação, **sequer em tese** **necessita** o **STF**, para exercer, em sua plenitude, essa competência penal originária, **estendê-la**, por conta de conexão ou continência, ao processo e julgamento de acusados que, como o ora peticionário, **jamais** hajam ostentado o *status funcional* que **a inspira, justifica e baliza**.

3.6. É o que concretamente retratam e demonstram os **inúmeros** casos em que essa colenda **Suprema Corte**, **sem embargo** da **conexão ou continência** com delitos atribuíveis a **terceiros**, **processou e processa somente** as persecuções penais intentadas contra **detentores de prerrogativa de função**. E, mais, **independentemente** da instauração e do estágio, perante **outros** juízos, **dos processos correlatos**⁴⁹.

⁴⁹. *Verbi gratia*: além dos revelados pelos precedentes citados, a **própria AP 536** (desdobramento do Inq 2280, **com ênfase referido nos presentes autos pelo MPF** ao divagar sobre o suposto “mensalão mineiro”): embora assentada em fatos declaradamente entrelaçados, por conexão ou continência, aos atribuídos, **noutros** autos (ação penal nº 0024.09.681796-0 – 9ª V. Crim. de B. Horizonte; ação penal

4. Situação **diversa** apresenta-se, é certo, no tocante a **ex-ocupantes** dos **cargos públicos** relacionados nos preceitos constitucionais em foco. **Mas**, precisamente porquanto, se a **prerrogativa de foro** “(...) é justificada pela **necessidade** de preservar-se a **dignidade da função** e de proteger-se a independência de seu exercício (...)”, **razoável** a exegese de que a **competência criminal originária do STF**, **expressamente** instituída **em razão** dessas **funções** e desses **cargos públicos**, compreenda, **implicitamente**, a de processar e julgar os que, embora **não** mais os exerçam, sejam acusados por fatos supostamente delituosos praticados ao tempo em que **os desempenhavam**, a fim de que, como salientou **Vossa Excelência**, se traduza, “(...) com acerto a exata **finalidade da prerrogativa de foro** prevista na Constituição de 1988”.⁵⁰

4.1. *Prima facie* perceptível, porém, repousar essa virtual “**competência implícita**” em **dado substancialmente** inerente ao **próprio** suporte causal e **teleológico** do **conteúdo explícito** da **norma constitucional** da qual extraída pelos que a enxergam.

nº 2008.38.00.034953-0 – 4ª V. Federal de B. Horizonte; ação penal nº 2009.38.00.033498-3 – 4ª V. Federal de B. Horizonte), tramita no STF **apenas** em face do detentor da prerrogativa de foro.

⁵⁰. “**Finalidade**” – cabe gizar e descabe refutar – com a qual **não** mantêm, sob qualquer ângulo, afinidade **nenhuma** os institutos processuais da **conexão** e da **continência**.

4.2. E **não** em fator externo, estranho, de **todo alheio** à sua etiologia, funcionalidade e escopo, como o **são**, fora de dúvida, a **conexão** e a **continência**.

4.3. **Expressiva**, a esse respeito, a verificação de que, dentre **todos** os casos de “**interpretação extensiva ou compreensiva do texto constitucional**”, “no que se refere à **competência do STF**”⁵¹, referidos no julgamento das mencionadas ADIs, **nenhum** abrange **ação penal condenatória** atraída por **conexão** ou **continência**; **todos**, antes, tratam de **remédios heroicos constitucionais!**

5. Noutro giro, **importa** – e muito – ter-se em conta a **expressiva circunstância** de que a **Carta da República**, quando **efetivamente pretendeu** encampar a **conexão** ou **continência** como fator de **alargamento** de competência **por ela instituída**, fê-lo **às expressas**.

5.1. Deveras. **O único** dispositivo da **Constituição** que encerra alusão ao **instituto processual em tela**, o **artigo 52**, depois de outorgar ao Senado Federal **competência privativa** para “processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos **crimes** de responsabilidade”,

⁵¹. Voto do Exmo. Min. GILMAR MENDES na ADI 2.797-2/DF, pgs. 29/30.

explicitamente adotou a **conexão** para expandi-la: “**bem como** os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos **crimes** da mesma natureza **conexos** com aqueles” (inciso I).

5.2. Ao empregar, assim, **fórmula expressa** para **ampliar** competência por ela **primariamente estabelecida**, **categoricamente assinala** a própria **Lei Fundamental consubstanciar-se** esse “**querer constitucional**”⁵² em **linguagem normativa explícita**.

5.3. **Outro não é**, por sinal, o **padrão linguístico** por ela empregado para **expressar** o **efetivo desígnio** de **deixar campo** à legislação **infraconstitucional** para definir competência no âmbito das Justiças Militar, Eleitoral e do Trabalho:

“(...)‘Cumpro asseverar, de pronto, a evidente inconstitucionalidade das inovações introduzidas pela Lei nº 10.628/2002 uma vez que não é possível estender as hipóteses de competência

⁵². COELHO, Inocêncio Mártires. Obra ant. cit., p. 180.

*originária ratione personae do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, previstas **taxativamente na Constituição Federal** (arts. 102, 105 e 108), **através de lei ordinária**. Nessa linha, é importante perceber que sempre que a **Constituição Federal desejou cometer** ao legislador ordinário a disciplina do tema **fez-se expressa referência** neste sentido, bastando verificar, por exemplo, o que estabelecem os seus arts. 111, § 3º, 121 e 124, parágrafo único, relativamente à competência das Justiças do Trabalho, Eleitoral e Militar. Em resumo, somente por intermédio de emenda ao texto constitucional tornar-se-á possível o disciplinamento do foro por prerrogativa de função em moldes diversos dos atuais, havendo caudalosa jurisprudência do STF no sentido de seu caráter de direito estrito (previsão **numerus clausus**).*

*Relativamente aos "Tribunais de Justiça, também é vedado à lei ordinária federal ampliar sua competência originária, sendo o § 1º do art. 125 da Constituição Federal bastante claro ao estabelecer que 'A competência dos tribunais será **definida na Constituição do Estado**, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça', o que decorre da própria conformação federativa.' (grifei)"*⁵³

6. Inelutável, outrossim, a **percepção** de que o **cancelamento** da Súmula **394** (que **estendia** a competência por prerrogativa de função para inquérito ou ação penal iniciados após a cessação do exercício funcional) – **na medida em que inspirado** pela intelecção de que “a tese consubstanciada nessa Súmula **não se refletiu na Constituição de 1988**, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, "b", estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar os “membros do Congresso Nacional”, nos crimes comuns. **Continua a norma constitucional não** contemplando os ex-

⁵³. ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade administrativa*. *Apud*: Voto do Min. CELSO DE MELLO na ADI 2.797-2/DF, pgs. 09/10.

membros do Congresso Nacional, assim como **não** contempla o e ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, “b” e “c”). (...) Ademais, as **prerrogativas de foro**, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, **não** devem ser interpretadas **ampliativamente**, numa **Constituição** que **pretende tratar igualmente os cidadãos comuns**, como o são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. (...) ⁵⁴ – **traduz**, com inexcusável clareza, a **inexistência**, no atual Pacto Constitucional, de **autorização “implícita”** para a **ampliação interpretativa da competência penal especial por prerrogativa de função**.

6.1. E se esta é a **compreensão constitucional** fixada pelo **Pleno** dessa augusta **Suprema Corte** para “**ex-exercentes**” dos cargos ou mandatos em virtude dos quais a concebeu a Lei Maior, **redobradamente** deve sê-lo para o cidadão que, por **jamais** tê-los exercido, situa-se, **desde sempre e por inteiro, à margem** de sua própria **razão de ser**.

7. Nessa tessitura e, ressalte-se novamente, ante a natureza e o caráter da norma que a institui (art. 102, I, *b*), bem como – e em razão deles – a **impossibilidade**, formal e

⁵⁴. Inq 687-4, Questão de Ordem, Tribunal Pleno, Rel. Min. SIDNEY SANCHES, j. 25/08/1999. DJ 09/11/2001. Ementário nº 2051-2.

substancial, de albergar ela “competência complementar subjacente”, máxime porque, não é ocioso repetir, a **competência primária** por ela expressamente fixada e delimitada **suprime** direito fundamental, **axiomático** mesmo **não comportar** a competência especial por prerrogativa de função em apreço **alargamento** para, por força de **critérios meramente procedimentais** e, de resto, **sequer implicitamente** presentes no preceptivo **constitucional** em foco, **alcançar, prejudicando-o** em larga medida, quem, na essência e no essencial, **nada** tenha **em comum** com seu **específico** motivo determinante.

8. Destarte, a **extensão** da competência especial em testilha **a este acusado**, pela via da atração, por continência ou conexão, ao foro por prerrogativa de função dos parlamentares denunciados, **ressente-se de flagrante e irremissível inconstitucionalidade**. Tanto mais, **por lhe subtrair a garantia no mínimo supralegal** – e, pois, **hierarquicamente superior** às normas que preveem e regulam a **conexão e a continência**⁵⁵ – **do duplo grau de jurisdição**, às expressas assegurada pelo **Pacto de San José da Costa Rica**, por sua vez devida e vigorosamente incorporado à ordem jurídica pátria.

⁵⁵. STF, HC 88.240, Min. ELLEN GRACIE; HC 94.702, Min. ELLEN GRACIE; HC 90.172, GILMAR MENDES.

9. E, como se já não fosse o bastante, a **distensão** da competência penal especial em pauta à **força de critérios** (conexão e continência) **alienígenas**, por assim dizer, ante o **texto e o contexto da norma constitucional** que a institui, **também solapa**, sim, o postulado do **juiz natural**, especialmente na perspectiva do mandamento a teor do qual “**ninguém** será processado nem sentenciado **senão** pela autoridade **competente**” (art. 5º, LIII, da CR).

9.1. É dizer: **aquela “abstratamente designada na forma da lei anterior”**⁵⁶. E **não** há lei alguma que, revestida da **categoria normativa necessária e idônea à modificação de competência especial** definida por norma **constitucional**, outorgue ao STF a de julgar, **originariamente e, pois em única instância**, cidadão **comum** por crime **conexo** a praticado por detentor de prerrogativa de função.

9.2. **Particularmente relevante**, no ponto, a aferição de que esse excelso STF, ao decidir que o **§ 1º do art. 84 do CPP**, acrescentado pela Lei 10.628/20002 e a dispor sobre “a **extensão** do foro por prerrogativa de função”, “seria **incompatível** com a **Constituição** em virtude do **vício** formal de

⁵⁶. *Apud: Constituição da República Federativa do Brasil anotada e legislação complementar*. BARROSO, Luís Roberto. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 35.

ter sido **instituído** por meio de **lei ordinária**⁵⁷, põe de **manifesto** a **imprescindibilidade**, para a **válida ampliação** da **competência especial** em pauta, de “norma de hierarquia constitucional”⁵⁸. **Mesmo que** – acresça-se – **apenas para conservá-la** relativamente a **ex-titulares** dos cargos e funções que a informam.

9.3. E, **consequentemente**, a **impossibilidade jurídica** – **centuplicada**, ao demais, na hipótese de **alcançar** ela pessoas **alheias** ao **móvel** e ao **propósito** da **norma maior** – de **promovê-la** (a ampliação) por meio de **lei infraconstitucional**⁵⁹. **Tanto quanto** e, portanto, *a fortiori*, de **Súmula**.

6. O enunciado nº **704** da **Súmula** do **STF**: **nenhum** dos **precedentes** que inspiraram sua edição versava sobre **competência originária** do **STF** e, portanto, sobre julgamento em **única instância**. Decorrente **impertinência** à espécie

⁵⁷. *Apud*: *Curso de direito constitucional*. MENDES, Gilmar Ferreira et alli. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 678. Realces gráficos pela transcrição.

⁵⁸. Excerto do voto proferido pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no julgamento da ADIs 2.797 e 2.860 e parcialmente transcrito na nota de rodapé nº 238 da obra anteriormente citada, p. 689.

⁵⁹. Como aquela (CPP), cabe remarcar, à qual pertencem as regras da **conexão e continência**, institutos **sem** os quais **jamais** competiria ao c. **STF** processar e julgar **originariamente** o ora **peticionário**.

1. A par de **nem mesmo apenas mencionado** nos arrazoados e nas decisões **formalmente** relacionados à “incompetência do STF”, **mas substancialmente adstritos à conveniência e oportunidade, ou não, da “cisão processual da ação penal”** vertente, o **enunciado sumular** em epígrafe – a teor do qual “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” – , **ressente-se de congênita inaplicabilidade à espécie.**

1.1. Não por **outra** razão, decerto, **nenhum** dos doutos Ministros, no **juízo** da **questão de ordem** em que se deliberou **manter a unidade processual**, a ele **sequer se referiu.**

2. **Pudera.** Entre os julgados **oficialmente** relacionados como “**precedentes**” desse **verbete (RE 170125 – Publicação: DJ 9/6/1995; HC 68846 Publicações: DJ de 16/6/1995, RTJ 157/563; HC 75841 – Publicação: DJ de 6/2/1998; HC 74573 – Publicação: DJ de 30/4/1998⁶⁰) – todos a**

⁶⁰. Conforme planilha detalhada exibida em consulta específica no serviço eletrônico de “Pesquisa de Jurisprudência” desse c. STF.

proclamarem a “**I. - Competência do Tribunal de Justiça** para julgar ação penal em que figure juiz de direito como um dos acusados. CF, art. 98, III. **II. - Competência do Tribunal de Justiça** para julgar os **demais acusados**, tendo em vista os princípios da conexão e da continência e em razão da jurisdição de maior graduação. CPP, art. 78, III.”⁶¹ – , **nenhum**, **literalmente nenhum**, portanto, tratou de **competência originária do STF**.

2.1. Tampouco – e conseqüentemente – , de **juízo** em **única instância**; valha dizer: pelo órgão máximo do Poder Judiciário e, pois, inapelavelmente **sem** “**direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior**” (artigo 8, nº 2, letra *h*, do Pacto de São José da Costa Rica).

3. Ostensiva, assim, a **impertinência** do enunciado 704 da Súmula do STF ao **quadro jurídico-processual** que, delineado, no caso vertente, pela **extensão** da competência **originária** por **prerrogativa de foro** dessa augusta **Suprema Corte** ao processo e julgamento de quem **não a detém** e a decorrente **supressão**, ante a **inexistência** de “juiz ou tribunal superior”, da **possibilidade** de manejar **qualquer recurso**,

⁶¹. Ementa do acórdão lavrado em **um dos precedentes**: HC 74.573-3/RJ, 1ª T., Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 10/03/98, DJ 30.04.98.

sequer tangenciado fora, em real verdade e ante a já descrita – e radicalmente **distinta** – **moldura fática** dos casos nos quais produzidos, **por seus precedentes**: competência **originária** de órgãos de **segunda instância**, conquanto soterre a primeira, **não elimina**, embora de certo modo o “afunile”, o “**direito de recorrer** para juiz ou tribunal **superior**”.

4. Noutra formulação, o enunciado **704** da **Súmula do STF**, na medida em que **geneticamente atrelado** a decisões **laudatórias** de *vis attractiva* que, atinente à órgão jurisdicional de segundo grau, **estreita**, mas **não suprime** a possibilidade de **recorrer** para “tribunal superior”, **não quadra**, de modo algum, à competência **originária** do **STF**, cuja **supremacia** na estrutura judiciária, ao reverso, faz **natimorta** a **possibilidade de recurso**.

5. **Afora** a já remarcada **indeclinabilidade**, para **distender** essa excepcional competência penal originária, de **norma expressa** e de **envergadura constitucional** – **especialmente** por e para hipóteses **estranhas** à sua configuração causal e teleológica – , os **motivos determinantes** do **cancelamento** da **Súmula 394** cunham **óbice intransponível** à incidência da **Súmula 704** em processo de quem **não** seja **detentor** de “**prerrogativa de foro**” no âmbito do c. **STF**.

5.1. Efetivamente, se a **respectiva competência não alcança nem mesmo** aqueles que, por **já haverem exercido** as funções ou mandatos ou ocupado os cargos públicos listados no preceito constitucional que a contempla, **guardam** ou pelo menos guardaram **relação direta e imediata** com a *ratio juris* dessa “**derrogação extraordinária** dos postulados da igualdade e de juiz natural”⁶², por motivos infinitas vezes mais óbvios e ponderosos **não há fomento** – lógico, jurídico e axiológico – **nenhum** para **estendê-la**, à conta de **mera conexão ou continência** – fatores de todo **estranhos** à sua conformação genética e finalística e dos quais **nem em tese depende** o STF para exercê-la plena e escoreitamente – **a quem**, assim o **ora peticionário**, com ela (*ratio juris*) **jamais** manteve **qualquer vínculo, subtraindo-se-lhe**, ademais e **não obstante** – leia-se: **sem** qualquer **contrapartida constitucional** (v.g.: arts. 53, *caput* e §§ 2º ao 6º; art. 86, §§ 2º e 3º) – , o **fundamental direito ao duplo grau de jurisdição**.

5.2. Em pouquíssimas palavras e eufemismos à parte: **para ele, só ônus, sem “bônus”** (**imunidade material**: inviolabilidade penal por palavras, votos e manifestações; **imunidades formais: impossibilidade de prisão**,

⁶². Min. CELSO DE MELLO, p. 09 do voto exarado no Inq 1.376 – AgR/MG, Pleno, j. 15/02/2007, unânime. DJ 16.03.2007.

salvo em flagrante por crime inafiançável e, ainda assim, *ad referendum* da respectiva Casa Legislativa; **possibilidade de sustação da ação penal** até o término do mandato, hipótese em que, **cessada** a competência originária do STF, **devolve-se** a pluralidade de instâncias e, com ela, o **direito de recorrer** para órgão superior)!

6. Extraordinária, inelutável convir, a **enormidade**, a **absurdez** do quadro à luz e em face da **Constituição**.

7. Pacto de São José. *Status* normativo, **quando menos**, “supralegal”. Suficiência para tornar inaplicáveis, por **conflitarem** com a “**garantia mínima**”, por ele estabelecida, de “**recorrer** da sentença para juiz ou tribunal **superior**”, os dispositivos **infraconstitucionais** (conexão e continência) **determinantes** do **deslocamento** da **competência** penal **originária** para o STF. A condição de fator determinante da **derrogação implícita**, pela **Súmula Vinculante 25**, de norma genuinamente **constitucional** (art. 5º, LXVIII, última parte: admissibilidade da prisão civil por depósito infiel), confere-lhe, todavia, força **constitucional**

1. Promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, a Convenção Americana de **Direitos Humanos** – Pacto de São José da Costa Rica, à qual já havia aderido o Governo brasileiro em 25 de setembro daquele mesmo ano, **solenemente** – e, no ponto, **sem** qualquer reserva ou declaração interpretativa do Brasil – **estatui**:

“ARTIGO 8

Garantias Judiciais

(...)

2. **Toda** pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, **toda** pessoa tem **direito**, em plena igualdade, às seguintes **garantias mínimas**:

(...)

h) **direito de recorrer** da sentença para juiz ou tribunal **superior**”

2. Escusaria dizer que essa garantia **mínima**, o direito de **recorrer** a juiz ou tribunal **superior**, **fulmina-a**, na raiz, a competência penal **originária** do colendo STF enquanto Tribunal postado, com efeito, no **cume** da estrutura judiciária brasileira.

3. Competência **especial** tal – a rigor, por esta e outras razões igualmente notórias, **especialíssima** – , uma vez **circunscrita** ao processo e julgamento de **titulares** das funções e dos cargos em face dos quais **primária e estritamente instituída** por normas de envergadura **maior**, **assenta-se**, portanto, na **própria Constituição** e dela **diretamente decorre**, **justificando**, aos olhos dos que advogam sua **preponderância** sobre os tratados internacionais de direitos humanos que não preenchem os requisitos de seu art. 5º, § 3º, o **sacrifício** do **direito de recorrer** para órgão **superior**, a despeito de internacionalmente consagrado como garantia **mínima** de **toda** pessoa.

4. Na hipótese, porém, de **atrair** essa competência originária, por força de dispositivos **única, exclusiva e meramente ordinários** (**conexão e continência**), o processo e julgamento de pessoas **estranhas** à sua regência constitucional – **tal e qual, exatamente, no caso vertente** – , **impõe-se**, ante o

decorrente e radical **conflito** com o supracitado **preceito** do pacto internacional em foco, o **afastamento** das regras **infraconstitucionais**, a ele hierarquicamente **inferiores**, **determinantes** dessa **modificação** da competência e, com ela, da **supressão do direito de recorrer** para tribunal superior.

5. Precisamente, porque, como aduziu Vossa Excelência, em termos mais amplos, no julgamento de um dos **precedentes da Súmula Vinculante 25**:

“(...) o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual **conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais**, a **prevalência**, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo.”⁶³

⁶³. Página 03 do voto proferido no RE 466.343-1/SP, Pleno, Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 03/12/2008, unânime. *DJe* nº 104, 05/06/2009. Realces pela transcrição

6. Equivale a afirmar e o afirmou incisivamente o **Plenário** no julgamento do **outro precedente**:

“Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica (art. 7 Q, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. **O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.**”⁶⁴

⁶⁴. RE 349.703-1/RS, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES (art. 38, IV, b, do RISTF), j. 03/12/2008. *DJe* nº 104, 05.06.2009. Nossos os realces gráficos.

7. Para além, entretanto:

“EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. **Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 72, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É **ilícita** a prisão civil de depositário infiel, **qualquer que seja** a modalidade do depósito.”⁶⁵**

8. Ora. Decretar-se a **insubsistência** de “previsão **constitucional**” (“art. 5º, LXVII”) **em virtude, declaradamente, de cláusula da Convenção Americana de Direitos Humanos**, “(...)ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional

⁶⁵. Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 03/12/2008, unânime. *DJe* nº 104, 05/06/2009. Realces pela transcrição.

dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição (...)”⁶⁶, substantivamente **corresponde a reconhecer ao Pacto internacional em apreço energia constitucional**⁶⁷: sem ela, **impotente** seria ele para **derrogar, como derogou, preceito da Lei Fundamental**.

9. Nesse contexto, **avulta**, sobremodo, a **insustentabilidade** jurídico-constitucional da **submissão do ora peticionário – por efeito, unicamente, de regras processuais adstritas à legislação infraconstitucional**, à competência criminal que, **originária** do STF, **sonega-lhe** a “garantia mínima” de “recorrer para tribunal superior”.

10. Mais ainda, se já não bastasse, porque a irretorquível “**insubsistência**” **normativa** resultante desse **conflito** com o art. 8, nº 2, *h*, do Pacto de São José **não recai, ao contrário** da proclamada pelo v. julgado colacionado, sobre

⁶⁶. Trecho de voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE exarado na ADI 1.675 – MC e coligido ao proferido pelo Min. LEWANDOWSKI (p. 05) no HC 88.420-2/PR, 1ª T., j. 17.04.2007, unânime. DJ 08/06/2007.

⁶⁷. **Admitida e defendida, com ponderosa fundamentação, pelos eminentes Ministros CELSO DE MELLO, EROS GRAU, ELLEN GRACIE, CARLOS VELLOSO, entre outros**. Para mais, “a **tese da constitucionalidade** dos tratados emana de um **consolidado entendimento doutrinário** (Sylvia Steiner, A convenção americana, São Paulo: RT, 2000, Antonio Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Ada Pellegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes etc.), que já conta com várias décadas de existência no nosso país (...)” (*A hierarquia dos tratados internacionais*, SYLVIO MOTTA, professor da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Revista eletrônica CONJUR, Artigos, 18/09/2009).

“previsão constitucional”, visto **não** haver **nenhuma** a **lastrear** ou mesmo **apenas sinalizar** a verberada **extensão** da competência originária do STF, **mas somente** sobre dispositivos **inferiores**, mais precisamente – e consoante o teor do voto de Vossa Excelência, eminente Relator –, os que, contidos no **CPP**, versam sobre conexão, continência, reunião e separação de processos: “(...) haveria fundamentos suficientes a justificar a incidência das modalidades de competência por conexão mencionado nos incisos I e III do **art. 76 do Código de Processo Penal** e também da continência, constante do inciso I do **artigo 77 do CPP.**”; “(...) não resultaria em nenhuma vantagem à luz do **artigo 80 do Código de Processo Penal (...)**”

12. Nesta ordem de ideias e como, na algébrica síntese de **LUIZ FLÁVIO GOMES**, “(...) os tratados de Direitos Humanos contam com *status diferenciado*. Possuem **valor constitucional** (CF, art. 5º, § 2º) ou, **no mínimo, supralegal** (voto do Min. Gilmar Mendes). Esse é o **fundamento principal do direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal (...)**”⁶⁸, **expletivas** quaisquer **outras** ponderações para que por **incoercível** se tenha a **conclusão** de que a **submissão** do processo e julgamento do **ora peticionário** à **competência originária** desse colendo STF, **máxime porquanto fundada,**

⁶⁸. *Direito de apelar em liberdade*. Migalhas, 29/05/2007. Nossos os realces.

exclusivamente, em normas da legislação subalterna, por colidir de chofre com o cânone, “no mínimo supralegal”, que assegura, como “garantia mínima”, o direito de recorrer para tribunal superior, não escapa à implacável solução de continuidade imposta pela superioridade hierárquica do “fundamento principal do direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal”.

8. Plena compatibilidade entre o reconhecimento da inconstitucionalidade ora apontada – e finalisticamente atrelada apenas à asseguração do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição – e o aproveitamento de todos os atos processuais

1. A arguição de impertinência constitucional da extensão da competência penal originária do STF ao processo e julgamento do ora peticionário – concreta e objetivamente alicerçada, como o demonstram as razões antes deduzidas, no dicção da própria Lei Fundamental pela voz dessa excelsa Corte Suprema – , antes e ao reverso de visar, ainda que secundariamente, à nulificação de qualquer ato

processual, **colima apenas** a concreção dos **irrecusáveis** **consectários** do **juiz natural** e do duplo grau de jurisdição, do “**direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior**”.

2. **Não** importa prender-se o tema, na origem, à delimitação de competência definida *ratione muneris* ou *personae*, posto **haver** esse colendo **STF**, ao dirimir questão direta e imediatamente vinculada à matéria, **decidido pela validade dos processos** a ela – competência originária por prerrogativa de foro – submetidos por força de **extensão de alcance** que proclamou **descabida**:

“3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo **cancelamento da Súmula 394** e o **reconhecimento**, no caso, da **competência do Juízo de 1º grau** para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal.

Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário.

4. **Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo**

Supremo Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou.”⁶⁹

3. Prévia e inteiramente resguardada, assim, a **possibilidade de aproveitamento de todos os atos processuais** perante e pelo **juízo de primeira instância** *ratione materiae* e *ratione loci* competente para julgar, originariamente, o ora peticionário.

9. A abalizada análise do constitucionalista ALEXANDRE DE MORAES

1. Consultado pelo signatário sobre as “características, abrangência e aplicação da competência penal originária do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, bem como da possibilidade ou não de sua ampliação pela legislação ordinária” e, ainda, sobre “a aplicabilidade ou não das regras processuais penais ordinárias (conexão e continência) em face da previsão constitucional de prerrogativa de foro em razão de função (CF,

⁶⁹. Ementa do acórdão lavrado no Inq. 687-4/SP, Pleno, Rel. Min. SIDNEY SANCHES, j. 25/08/1999, DJ 09.11.2001.

art. 102, I, “b” e “c”) e dos Princípios do Juiz Natural e do Devido Processo Legal”⁷⁰, **ALEXANDRE DE MORAES**, constitucionalista cujo transcendente conceito no mundo acadêmico, doutrinário e forense dispensa referências adicionais, **esquadrinhou o tema** sob os mais variados aspectos – **histórico, comparativo, hermenêutico, entre outros** – e, na esteira dos **múltiplos e indefectíveis fundamentos jurídico-constitucionais coligidos**, anotou:

“11. Esse posicionamento – **previsão constitucional taxativa das competências originárias da CORTE SUPREMA** – tem mais de 200 anos no Direito Constitucional norte-americano e mais de **115 anos na doutrina e jurisprudência nacionais**, pois, igualmente, **foi consagrado no Brasil desde nossos primeiros passos republicanos** (RTJ 43/129, RTJ 44/563, RTJ 50/72, RTJ 53/776), uma vez que, **o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, que nasceu republicano com a Constituição de 1891 e com a função precípua de defender a

⁷⁰. “Consulta Jurídica” anexa.

Constituição em face, principalmente, do Poder Legislativo, por meio da revisão da constitucionalidade das leis, **jamais admitiu que o Congresso Nacional pudesse alterar suas competências originárias por legislação ordinária** (AFONSO ARINOS. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 98), pois, como salientado por nossa CORTE SUPREMA seu **“complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional, não comporta a possibilidade de extensão, que extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política”** (STF – Petição nº 1.026-4/DF – Rel. MINISTRO CELSO DE MELLO, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 maio 1995, p. 15855. No mesmo sentido: RTJ 43/129; RTJ 44/563; RTJ 50/72; RTJ 53/776).

12. No exercício de suas competências originárias, que **extravasam** as tradicionais competências de TRIBUNAIS ou CORTES CONSTITUCIONAIS, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL analisará a questão em **única instância**, desde que haja **expressa e taxativa previsão constitucional**; devendo processar e julgar originariamente os casos em que os Direitos Fundamentais das mais altas autoridades da República estiverem sob ameaça ou concreta violação, ou quando essas autoridades estiverem violando direitos fundamentais dos indivíduos, entre eles (CF, art. 102, I, “b” e “c”).

(...)

16. A definição de competência em relação à prerrogativa de foro em razão da função rege-se, porém, pela regra da **atualidade do cargo/mandato**, ou seja, tratando-se de **crime comum praticado por detentores de foro privilegiado** na **vigência do**

cargo/mandato, seja ou não relacionado com o exercício das funções, **enquanto durar o cargo/mandato**, a **competência será do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**.

17. Encerrado o exercício do cargo/mandato e, conseqüentemente, cessada a prerrogativa de foro, não mais subsistirá a competência de nossa CORTE SUPREMA para o processo e julgamento, uma vez que o próprio TRIBUNAL, por unanimidade, **cancelou sua Súmula nº 394** (“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”) por entender que:

“o art. 102, I, b, da CF – que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do

Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República – não alcança aquelas pessoas que não mais exerçam mandato ou cargo”

(STF – Pleno – Inquérito nº 687/SP – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Pleno – Inquérito nº 881/MT – questão de ordem – Rel. Min. Sydney Sanches; STF – Pleno – Ações Penais nºs 313/DF, 315/DF, 319/DF, 656/AC – questão de ordem – Rel. Moreira Alves, 25-8-1999 – todos no *Informativo STF* nº 159. **Conferir, ainda, nesse mesmo sentido:** STF – Inquérito nº 1.461-3/AL – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 1999, p. 24; STF – Pleno – Ação Penal nº 313-8/DF – questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 set. 1999, capa; STF – Pleno – Ação Penal nº 315-4/DF – questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 set. 1999, p. 2; STF –

Pleno – Ação Penal nº 319-7/DF – questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 set. 1999, p. 2; STF – Inquérito nº 656-4/AC – questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 set. 1999, p. 2; STF – Inquérito nº 881-8/MT – questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 set. 1999, p. 2).

18. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL decidiu que **não mais ocorreria a perpetuação de sua competência** para o processo e julgamento dos crimes comuns praticados pelas autoridades previstas no art. 102, I, *b* e *c*, quando cessarem seus mandatos/cargos, deixando de ser aplicação a regra da **contemporaneidade** da infração penal comum com o exercício do mandato/cargo e, conseqüentemente, os autos **passaram a ser remetidos à Justiça de 1º grau** (Nesse sentido, conferir: STF – Inquérito nº 2.252-7/DF – Rel. Min.

CELSO DE MELLO, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 maio 2006, p. 8; STF – Inquérito nº 2.277/DF – questão de ordem – Rel. Min. MARCO AURÉLIO, decisão: 24-5-2006, *Informativo STF* nº 428).

(...)

20. Dessa forma, **não mais foi admitida a perpetuação da competência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** para o processo e julgamento dos crimes comuns praticados pelas autoridades previstas no art. 102, I, “b” e “c”, , quando cessarem seus cargos/mandatos.

O Congresso Nacional, **ignorando a interpretação dado ao artigo 102, I, “b” e “c”, da Constituição Federal pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, editou a Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, alterando a redação do artigo 84 do Código de Processo Penal (§§ 1º e 2º); e, estabelecendo, não só que a ação de improbidade deveria ser proposta perante

o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública; mas também, que essa competência especial por prerrogativa de função, tanto penal quanto por improbidade administrativa, deveriam prevalecer ainda que o inquérito ou a ação se iniciassem após a cessação do exercício da função pública (§2º, do art. 84 do CPP), revigorando a antiga regra da **contemporaneidade fato/mandato prevista na Súmula 394 do STF.**

22. Essa **extensão de competência ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** para o processo e julgamento de ações penais e ações de improbidade administrativa **feriu frontalmente a definição taxativa de competências da CORTE SUPREMA prevista no artigo 102, I, b da Constituição Federal,** usurpando sua função de

“guardião e intérprete da Constituição” e, conseqüentemente, foi declarada inconstitucional (STF – Pleno – Adin nº 2797/DF e Adin nº 2860/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, decisão: 15-9-2005 – *Informativo STF* nº 401, p. 1) ...

(...)

32. As **competências originárias** do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL são **expressas e taxativamente** previstas pela Constituição Federal, não se admitindo ampliação pelo legislador ordinário, nem tampouco com base em supostas **competências originárias implícitas**.

33. Observe-se que **inexistem competências originárias implícitas no texto constitucional**, tendo sido fixado desde logo, em relação às competências originárias da CORTE SUPREMA AMERICANA, assim como do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **não ser possível a aplicação da Teoria dos Poderes**

Implícitos, também criada pela CORTE AMERICANA, pois se encontram em rol taxativamente descrito no texto constitucional, diversamente do que ocorreu com o artigo II da Constituição norte-americana, que, ao prever os poderes e funções presidenciais, foi a norma mais indefinida do texto, deixando de estabelecer todos os poderes presidenciais de antemão, permitindo, assim, como salientado por Edward Corwin, maior liberdade para o jogo de forças políticas (*El poder ejecutivo*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959. p. 42 ss.).

(...)

45. Conforme analisado anteriormente, em *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137 – 1803), o **CHIEF JUSTICE MARSHALL**, após afirmar que “a Constituição é um chefe superior, do Direito, imutável por meios ordinários, ou estará num mesmo nível com as leis

ordinárias e, como as outras, poderá ser alterada quando o Legislativo quiser”, e que, “certamente, todos os que têm fundado Constituições escritas contemplam-nas como formadoras do Direito fundamental e supremo da Nação, conseqüentemente, abraçam a teoria de que cada governo deve aceitar que uma lei ordinária em conflito com a Constituição é inoperante”, concluiu que estava terminantemente proibido ao Poder Legislativo ampliar, por meio de legislação ordinária, as competências originárias da CORTE SUPREMA, em face de sua previsão taxativa no texto constitucional.

46. A mesma conclusão é inteiramente aplicável ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cujo rol de competências originárias é expreso e taxativamente previsto no texto de nossa CARTA MAGNA, sendo pacífico o posicionamento

do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sobre a impossibilidade de ampliação do rol taxativo de suas competências constitucionais originárias por LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA bem como não sendo possível a aplicação da TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS – “*inherent powers*”.

(...)

47. Tendo o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL pacificado a impossibilidade de ampliação do rol expresso e taxativo de suas competências constitucionais originárias por legislação ordinária, não guarda lógica e razoabilidade a possibilidade de se permitir essa ampliação por aplicação interpretativa de lei ordinária já existente, ou seja, **NÃO SE PODE EDITAR, MAS SE PODE APROVEITAR LEI JÁ EDITADA.**

48. Dessa forma, não encontra respaldo no **PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE** qualquer interpretação da legislação

ordinária, que, visando garantir maior alcance à institutos infraconstitucionais (como na espécie, conexão e continência), acabe por permitir, que, de maneira reflexa, o rol taxativo de autoridades submetidas à competência penal originária da CORTE SUPREMA possa ser ampliado sem qualquer limitação por simples lei ordinária.

(...)

51. O que se espera do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, na presente hipótese, é uma **COERÊNCIA LÓGICA** entre **O PACÍFICO POSICIONAMENTO SECULAR DA IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DE SUAS COMPETÊNCIAS ORIGINÁRIAS POR LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA** e **A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (CONEXÃO E CONTINÊNCIA) AO ARTIGO 102, I, “b” e “c” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (FORO PRIVILEGIADO)**, pois como

apontado por AUGUSTIN GORDILLO (*Princípios gerais do direito público*. São Paulo: RT, 1977, p. 183), a decisão do Poder Público será sempre **ilegítima**, desde que **sem racionalidade**, mesmo que não transgrida explicitamente norma concreta e expressa, ou ainda, no dizer de ROBERTO DROMI (*Derecho administrativo*. 6. Ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 36), a **razoabilidade** engloba a **prudência**, a **proporção**, a **indiscriminação**, a **proteção**, a **proporcionalidade**, a **causalidade**, em suma, a **não-arbitrariedade**.

(...)

56. Na presente hipótese, portanto, o **tratamento exigível, adequado e não excessivo** exige a integral aplicação do entendimento pacífico do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL pela **inconstitucionalidade da ampliação de suas competências originárias por lei**

ordinária, também em relação às **normas ordinárias já existentes**.

57. A **taxatividade do rol de competências constitucionais originárias** do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é **absoluta**, não havendo possibilidades de ampliação **direta e expressa** por meio de edição de lei ordinária, ou mesmo, **indireta e reflexa**, pela aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos ou interpretação de lei ordinária já existente.

58. Sob essa exegese deve ser analisada a **impossibilidade da aplicação das regras legais de conexão e continência previstas no Código de Processo Penal à previsão de foro privilegiado (CF, art. 102, I, “b” e “c”)**, uma vez que, estaríamos de forma inconstitucional **ampliando as competências originárias** do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

(...)

61. Ocorre, porém, que tanto na sessão Plenária do dia 6 de dezembro de 2006, quanto na sessão Plenária de 28 de agosto de 2007, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL analisou juridicamente a questão sob a ótica do **Direito Processual Penal**, ou seja, **aplicação dos critérios subjetivo ou objetivo ao caso concreto**, não tendo ocorrido análise frontal da questão sob o **ângulo Constitucional**, ou seja, sobre a **inconstitucionalidade de ampliação das competências constitucionais da CORTE SUPREMA por norma legal (conexão e continência)**.

62. A **necessidade de análise**, pelo **PLENÁRIO DA CORTE**, da **inconstitucionalidade de ampliação das competências constitucionais da CORTE SUPREMA por norma legal (conexão e continência)** se torna imprescindível quando **vários pronunciamentos posteriores da CORTE** demonstram que **8**

(oito) dos atuais Ministros (MINISTROS CELSO DE MELLO, MARCO AURÉLIO, GILMAR MENDES, CEZAR PELUSO, CARLOS BRITTO, JOAQUIM BARBOSA, RICARDO LEWANDOWISKI e CARMEM LÚCIA) já se manifestaram, EM DECISÕES POSTERIORES A QUESTÃO DE ORDEM DO INQUÉRITO 2245-QO/MG, pelo desmembramento de inquérito, em casos semelhantes, em face da taxatividade constitucional das competências originárias do STF e os 2 (dois) outros Ministros (MINISTROS DIAS TOFFOLI e LUIZ FUX), ainda não tiveram possibilidade de se manifestar sobre o assunto, conforme verificamos abaixo.

(...)

71. A presente hipótese, portanto, apresenta-se **substancialmente análoga** aos **vários pronunciamentos do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, em especial de 8 de seus atuais **MINISTROS**, e, – como

ressaltado por EDWARD H. LEVI, devem levar **A CORTE** ao apreciar **comparativamente os argumentos principais dos casos concretos, bem como seus motivos, afastando eventuais distinções consideradas razoáveis e idôneas para a conservação de ambos** (*The Nature of Judicial Reasoning*, In: The University of Chicago Law Review, v. 32, n. 3, spring 1965, p. 400); **e, escolhendo os fatos determinantes e convertendo-os em hipótese abstrata e geral** (FREDERICK F. SCHAEUR, *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, Oxford-New York, Clarendon, p. 183; A. SIMPSON, *The ratio decidendi of a case and the doctrine of binding precedent*, p. 156-159), para, então, **concluir** pela plena **inconstitucionalidade de ampliação das competências constitucionais originárias (foro privilegiado) do SUPREMO**

TRIBUNAL FEDERAL por norma legal (conexão e continência); bem como, por fiel observância ao Princípio da Razoabilidade.

72. Ressalte-se, por fim, **a inaplicabilidade**, na presente hipótese, da **SÚMULA 704 do STF** (“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 for por prerrogativa de função de um dos denunciados”), uma vez que:

a) Não se refere às competências constitucionais originárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como flagrantemente perceptível ao analisarmos os precedentes desse enunciado;

b) Em relação às competências constitucionais originárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, na hipótese, o denominado “foro privilegiado”, **8 (OITO) dos atuais MINISTROS já se manifestaram**

em casos **ANÁLOGOS** e **POSTERIORES**, conforme verificado, pela impossibilidade de ampliação por normas legais e os outros **2 (DOIS)** atuais **MINISTROS** não tiveram possibilidade de manifestação; o que demonstra o entendimento da própria **CORTE** pela inaplicabilidade da Súmula 704 à presente hipótese.

(...)

87. Importante ressaltar que as **garantias** do **JUIZ COMPETENTE E IMPARCIAL** e do **DIREITO DE RECURSO A INSTÂNCIA SUPERIOR** quando previsto pelo **ordenamento jurídico** estão consagradas em nosso ordenamento jurídico, não só pela previsão expressa do princípio do **Juiz Natural** e do **Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa** no texto constitucional, mas também **pela Convenção America de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica**, devidamente incorporada em 1992; que,

conforme decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **tem *status supralegal***:

(...)

90. **Não será possível**, sob pena de **grave ferimento à Constituição Federal e a Declaração Americana de Direitos Humanos, APLICAR NORMA LEGISLATIVA ORDINÁRIA (CPP – conexão ou continência)** às hipóteses de “foro privilegiado”, de maneira a subtrair réus, cuja competência penal originária não seja do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de seu **JUÍZO NATURAL, sob pena de** – além das inconstitucionalidades já citadas – efetivar-se **GRAVE RESTRIÇÃO PROTETIVA AOS DIREITOS HUMANOS, referente ao DEVIDO PROCESSO LEGAL, em especial ao DIREITO DE RECORRER.**

91. O próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já consagrou que, no **âmbito protetivo dos Direitos Humanos, o princípio hermenêutico básico é a**

aplicação da **norma mais favorável à pessoa humana:**

(...)

94. A plena compatibilidade do **artigo 102, I, “b” e “c”** da Constituição Federal (**REGRA EXCEPCIONAL DO “FORO PRIVILEGIADO”**) com os princípios do **DEVIDO PROCESSO LEGAL**, inclusive o **DIREITO DE RECORRER**, e do **JUIZ NATURAL** guardará sua **“coerência lógica”** (GORDILLO), sua **“prudência, proporção, indiscriminação, proteção e não-arbitrariedade”** (DROMI), com a aplicação de **“critérios racionais, sensatos e coerentes”** (JOSÉ EDUARDO CARDOSO), que determinem o **A INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** para o processo e julgamento de réus que **NÃO CONSTEM** taxativamente nas previsões constitucionais de suas **competências penais originárias.**”

10. CONCLUSÃO E PEDIDO

1. “Os cidadãos devem ser julgados pelo **juiz natural de todos eles**. Assim, as normas que estabelecem foro privilegiado, que é o nome correto do **foro por prerrogativa de função**, devem ser interpretadas **em sentido estrito, sem possibilidade de ampliação**, certo que a Súmula 394 amplia[va], consideravelmente, esse foro, quando não mais existente a sua razão, segundo os que o imaginaram, porque já não ocorrente o exercício do cargo, função ou mandato, pelo simples fato de que esse exercício já fora extinto”⁷¹

2. “Cessado esse exercício, defrontamos com **acusação** dirigida contra um **cidadão comum**. E, ele, **cidadão comum, deve ser julgado pelo juiz natural, pelo juiz de primeira instância**.”⁷²

3. **Certa e válida** relativamente “àqueles que **não mais detenham** certas **titularidades funcionais** no

⁷¹. Voto do Ministro **CARLOS VELLOSO** na Questão de Ordem no Inq 687-4 (fl. 295), Pleno, j. 25/08/1999, unânime, *DJ* 09/11/2001.

⁷². Voto do Ministro **MARCO AURÉLIO** no mesmo julgamento (fl. 300).

aparelho de Estado”⁷³ – assim decidiu, por **unanimidade**, o **Pleno** desse excelso **STF** no julgamento do qual resultou o **cancelamento** da Súmula **394** – , à categoria de **autêntico e inabalável axioma erige-se a equação no tocante àqueles** que, como o ora peticionário, **jamais as detiveram** e que, portanto, **nunca mantiveram relação alguma com a estrita e restrita razão determinante** dessa “**jurisdição excepcional, que afasta o juiz natural** de qualquer pessoa”⁷⁴

4. Ante o exposto – e exposto em **plena sintonia** com a **radiografia** da própria **Constituição** estampada nas múltiplas e expressivas **decisões desse c. STF** colacionadas ao longo deste arrazoado, assim como no acurado **parecer** de **ALEXANDRE DE MORAES** – , a esta altura **cabe** apenas, à guisa de **conclusão** e **em face** da **incontornável impropriedade constitucional da extensão**, ao **ora peticionário**, da competência penal **originária** por prerrogativa de função do **STF** – cujo **reconhecimento** aspira, espera e neste passo **requer** – , **asseverar** que a “**racionalidade dos trabalhos do Judiciário [mas, antes dela – e enfaticamente, como à saciedade demonstrado – a letra, o espírito e os desígnios da Lei Fundamental]**

⁷³. Ministro **CELSO DE MELLO**, Inq 1.376-AgR/MG (fl. 119), Pleno, j. 15/02/2007, unânime, *DJ* 16.03.2007.

⁷⁴. Voto do Ministro **MOREIRA ALVES** (fl. 282) no julgamento em que se decretou o cancelamento da Súmula 394.

direciona[m] ao desmembramento do processo para remessa à **primeira instância**, objetivando a **seqüência no tocante aos que não gozem de prerrogativa de foro, preservando-se com isso o princípio constitucional do juiz natural**⁷⁵ e a “**garantia mínima do direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior**”.

Na Constituição, com a Constituição, pela Constituição,

Pede deferimento.

De São Paulo para Brasília, em 30 de agosto de 2011.

MÁRCIO THOMAZ BASTOS

OAB/SP. 11.273

⁷⁵. Ministro **MARCO AURÉLIO**, AP 351/SC, Pleno, j. 12/08/2004, unânime, *DJ* 17.09.2004.