ARTIGOS

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA CLAUDICANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL[1]

JURISDICCIÓN POR PRERROGATIVO DE FUNCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CLAUDICANTE DE LA CORTE FEDERAL SUPREMA

PRIVILEGED JURISDICTION IN THE HESITANT JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT OF BRAZIL

Marcelo Lessa Bastos[2]

SUMÁRIO:

1) Foro por prerrogativa de função. Noção e justificativas: prerrogativa x privilégio. 2) Foro por prerrogativa de função e duplo grau de jurisdição. 3) Foro por prerrogativa de função e reunião de processos por conexão e continência. 4) A jurisprudência claudicante do Supremo Tribunal Federal – paradigmas: "mensalão" e "operação furacão". 5) A proposta de redução do alcance do foro a crimes relacionados à função do agente. 6) Uma brevíssima conclusão. 7) Referências bibliográficas. 8) Índice.

[1] Texto produzido no âmbito de projeto de iniciação científica aprovado pela FAPERJ, com a participação dos bolsistas Leonardo Duncan Azevedo e Rafaela Barbosa e Silva.

[2] Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Professor de Processo Penal do Centro Universitário Fluminense e Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: mlbastos@mprj.mp.br

RESUMO:
O foro por prerrogativa de função se justifica na necessidade de blindar determinadas autoridades, em função dos altos cargos que ocupam. Em caso de crime cometido em conexão ou continência, o corréu que não é destinatário do foro originário não poderia ser julgado no Tribunal, eis que sofreria decote no alcance da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, o que só se admite em decorrência de norma constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é claudicante neste tema, oferecendo soluções casuísticas, por confundir *prorrogatio fori* com *simultaneus processus* e se impregnar de ativismo judicial na interpretação das normas de regência.

PALAVRAS-CHAVE: Prerrogativa de foro. Duplo grau de jurisdição. Conexão e continência.

RESUMEN:
El foro por prerrogativa de función se justifica por la necesidad de proteger a ciertas autoridades, debido a los altos cargos que ocupan. En el caso de un delito cometido en conexión o continencia, el acusado que no sea el destinatario del foro original no podría ser juzgado en la Corte, ya que sufriría una división dentro del alcance de la garantía constitucional del doble grado de jurisdicción, que solo está permitido debido a una regla constitucional. La jurisprudencia de la Corte Suprema Federal está cojeando sobre este tema, ofreciendo soluciones caso por caso, ya que confunde *prorogatio fori* con *simultaneus processus* y está impregnado de activismo judicial en la interpretación de las reglas de conducta.

PALABRAS CLAVE: Prerrogativa del foro. Doble grado de jurisdicción. Conexión y continencia.

ABSTRACT:
The privileged jurisdiction is justified by the necessity to shield certain authorities, due to the high positions they occupy. In the case of a crime committed in connection, the defendant that is not the addressee of the originating forum could not be tried before the Supreme Court, as it would suffer a restriction in the reach of the constitutional guarantee of the double degree of jurisdiction, which is only admitted as a result of constitutional norm. The jurisprudence of the Federal Supreme Court of Brazil is hesitant on this issue, offering casuistic solutions, confusing *prorrogatio fori* with *simultaneus processus* and impregnating itself with judicial activism in the interpretation of regency norms.

KEY WORDS: Privileged Jurisdiction. Double degree of jurisdiction. Connection. Federal Supreme Court of Brazil.

1. O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

a. Noção. Necessidade de blindagem das autoridades detentoras de cargos importantes

Observando determinados cargos e funções públicas, o poder constituinte brasileiro fixou foro por prerrogativa de função para processar e julgar os detentores de determinados cargos que julga serem importantes e essenciais, quando cometessem infrações penais, visando assim blindar e proteger essas pessoas, pois o contrário poderia resultar em implicações e perseguições políticas, além do desgaste natural decorrente de conflitos quase diários entre autoridades, ainda que no bom exercício de suas funções, quando labutam no mesmo grau de operação do Direito. A ideia de blindagem, portanto, repousa em levar o jurisdicionado um grau acima daquele onde exerce suas funções, sempre que acusado da prática de infração penal. À toda evidência, a ideia de blindagem nada tem a ver com impunidade, mas, sim, e tão-somente, subir um grau, sempre que possível, para tirar o jurisdicionado, autoridade detentora de cargo ou função relevante na República, da zona de conflito natural com outras autoridades detentoras de cargos igualmente relevantes. Se, durante todo este tempo em que vigoraram tais ideias sem maiores questionamentos, grassou impunidade (o que não se pode deixar de reconhecer, diga-se de passagem), o problema foi estrutural, dos Tribunais aquinhoados com a competência originária, não, absolutamente, por culpa do legislador constituinte ao conceber a ideia de foro por prerrogativa de função dentro das premissas acima expostas.

O foro por prerrogativa de função está previsto na Constituição da República Federativa Brasileira, nos artigos 29, X; 96 III; 102 105 e 108. Além dessas regras expressas, existente na Constituição da República, em seu art. 125, §1º, norma que autoriza os estados brasileiros a definirem outras hipóteses de foro por prerrogativa de função em suas constituições estaduais, desde que para funções que tenham simetria com aquelas definidas pela Constituição Federal[3].

Como dito inicialmente, justifica-se o foro pela necessidade que se tem de blindar os ocupantes de determinados cargos. Vale ressaltar que isso não é

3 A questão da simetria nem sempre foi bem observada pelos constituintes estaduais. Exemplo disto é a constituição do Estado do Rio de Janeiro, quando prevê hipóteses de foro por prerrogativa de função para defensores públicos e delegados de polícia, quando não há na Constituição Federal idêntico tratamento para as correspondentes autoridades no plano federal (Defensores da União e Delegados Federais).

privilégio, mas sim prerrogativa funcional, tanto que não se pode renunciar o foro e permanecer no cargo. Aliás, é sabido que o foro por prerrogativa de função impõe severos decotes no alcance da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, senão, conforme o caso, a suprime por completo e, com absoluta certeza, não é privilégio algum perder uma garantia constitucional ou ter reduzido a quase nada o seu alcance.

A necessidade de blindagem é perfeitamente colocada por Aury Lopes Jr, quando o mesmo diz:

> Compreende-se facilmente a necessidade dessa prerrogativa quando imaginamos, por exemplo, um juiz de primeiro grau julgando um Ministro da Justiça ou mesmo um desembargador. Daí por que, para garantia de quem julga e também de quem é julgado, existem certas regras indisponíveis[4].

É certo que algumas pessoas não precisavam de foro por prerrogativa de função. Exemplo: tem prerrogativa no STJ os membros de Tribunais de Contas dos Municípios[5], o que não tem sentido, pois não há Poder Judiciário e nem Ministério Público municipais, não havendo porque blindar. De qualquer forma, não é uma extravagância aqui ou acolá que é capaz de tirar o mérito da ideia, senão indicar a necessidade de constante aperfeiçoamento do texto.

i. Proteção ao cargo

O instituto do foro por prerrogativa de função é estabelecido em razão da função que seu beneficiário ocupa, não em razão dele em si. Sua natureza é objetiva. Outra razão para que não se confunda com privilégio e, sim, se compreenda tratar de prerrogativa, o que não é incompatível com o princípio da igualdade e outros tantos mantras inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Desta forma, é garantida aos detentores de cargos importantes[6] a plenitude, autonomia e independência no exercício de suas funções. Por isto a escolha, pelo Constituinte, de órgãos colegiados do Poder Judiciário, que se supõe ou supunham

4 LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 341).

5 BRASIL, Constituição Federal: art. 105, I, "a".

6 E não são todas as pessoas que os consegue alcançar, em que pesem as mais variadas formas de investidura...

afastados, em tese, das pressões populares que geralmente surgem em tais situações.

ii. Conflitos inerentes ao exercício da função

O instituto do foro por prerrogativa de função, como dito anteriormente, busca dar proteção ao exercício de funções classificadas pelo legislador como essenciais e cuja importância demanda necessidade visível de proteção e blindagem de seu ocupante, com vistas ao bom exercício dela, protegendo-o de eventual conflito com exercentes de funções da mesma forma relevante, caso sujeitos ao mesmo grau de jurisdição.

Um bom exemplo de conflito reiteradamente presente no exercício de algumas funções abarcadas pelo instituto estudado neste trabalho é o que se configura quando um parlamentar comete crimes contra a honra durante a atividade legislativa por meio de seus votos. Ora, imaginando a hipótese de um parlamentar que possua grande apoio popular ser julgado por um único juiz, fica evidente o conflito que surge também ao depositar sobre este juiz toda a pressão popular que surge com um voto de um parlamentar apoiado pelo povo, ainda que este voto tenha infringido a ordem jurídica.

Juízes, Promotores, Prefeitos, normalmente adotam medidas que desagradam uns aos outros e são potencialmente capazes de gerar profunda divergência no campo funcional e conflitos em suas respectivas áreas de atuação. Imagine-se os primeiros julgando e denunciando os terceiros; ou os dois primeiros denunciando-se e julgando-se um ao outro, ou reciprocamente?

Agora imagine-se um outro exemplo, de todo bizarro: suponha-se que um Ministro do Supremo Tribunal Federal seja acusado pela prática de eventual crime[7]. Como imaginar ser Sua Excelência investigada por um Delegado de Polícia, denunciado por um Promotor ou Procurador da República em exercício perante o 1º grau, e ser julgado, eventualmente condenado, inclusive com perda do cargo a título de efeito da condenação, a partir da sentença de um juiz de 1º grau? E se acaso for cogitada a possibilidade de prisão preventiva de um Ministro do Supremo Tribunal Federal? Teria cabimento ser tal medida ser apreciada por um juiz de 1º grau?

[7] Um crime tributário, por exemplo (um deslize a que qualquer pessoa está sujeita).

E se o acusado de um suposto crime foi o Procurador-Geral da República? Vai ser denunciado por um Promotor de Justiça ou um Procurador da República em exercício no 1º grau, sujeito ao Conselho Nacional do Ministério Público que o suspeito preside?

Ora, tais personagens não podem estar sujeitos à jurisdição penal de 1º grau, para conforto dos próprios juízes de 1º grau, bem como para dignificar as funções desempenhadas pelos acusados da prática de eventual infração penal, detentores de cargo que lhes outorgue foro por prerrogativa de função, inocentes presumidos até que se prove o contrário.

É hipocrisia imaginar que o 1º grau seja o foro adequado para processar e julgar tais autoridades, ainda que sob o argumento de que o suposto crime não se relacionava à função por ele desempenhada. O discurso é politicamente correto e seduz as massas (normalmente de manobra)[8]; mas nem por isto menos hipócrita!

b. Prerrogativa x Privilégio

Engana-se aquele que pensa ser o foro por prerrogativa de função um grande privilégio para aquele que o possui. Rapidamente pode ser identificada uma difícil realidade para aqueles que devem ser julgados em instâncias superiores quando se percebe não ser aplicável, ao menos em sua máxima extensão, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, sobretudo quanto à matéria de fato.

Analisando-se por meio de exemplos, o indivíduo que possua prerrogativa de foro terá direito a menos reexames de uma eventual decisão desfavorável, sendo inexistente qualquer reexame quando a competência originária for do Supremo Tribunal Federal, já que não se pode contar com os embargos infringentes, que seria apostar na divergência que não se sabe se irá ocorrer[9].

Mais ainda que a prerrogativa de foro seja nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais ou equivalentes, ainda assim o duplo grau sofrerá revés e grave decote: é que, como se sabe, eventuais recursos extraordinário ou especial, para os Tribunais Superiores, não devolverão, para reexame, a matéria de fato, limitando-se a questões de direito. Trocando em miúdos: o juízo de valor

[8] "Não há cidadãos de primeira e de segunda categoria"; "todos são iguais"; "não pode haver nenhum tipo de privilégio em um Estado republicano", etc.

[9] Ou, como diz a sabedoria popular, contar com o ovo na cloaca da galinha.

quanto à culpa ou inocência, proveniente do Tribunal de origem, será definitivo e único. Inclusive a desafiar a execução provisória de eventual pena a ser imposta[10].

c. Crítica à prodigalidade na distribuição do foro

Em que pese a defesa enfática até então feita do instituto do foro por prerrogativa de função, do que não se tem a menor dúvida, ao menos na compreensão deste autor, é forçoso admitir que a Constituição Federal e, também, as Constituições Estaduais, foram bastante pródigas na distribuição de tal foro, em alguns casos pecando por absoluta falta de indicação para tal, a exemplo do caso dos membros dos Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios, alhures mencionado.

Vereadores, Secretários de Estado, talvez sejam outros exemplos que mereçam questionamento e reflexão, a apontar para uma revisão profunda do texto constitucional, no fito de corrigir suas distorções. Mas esta correção deve ficar a cargo do constituinte derivado, não do Poder Judiciário, a título (não assumido) de ativismo judicial.

Ao Poder Judiciário não cabe realizar os anseios populares, ainda que legítimos e, sim, aplicar a Lei e a Constituição. Sem preciosismo e nem sutilezas dialéticas que revelem comprometimento ideológico, para além daquela utópica "situação ideal de fala" habermasiana, na qual todos os debatedores são "sinceros", estão no mesmo nível e, portanto, são capazes de construir um "acordo racionalmente fundamentado", com base na "força do melhor argumento".

2. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

a. A garantia do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição se caracteriza por garantir ao interessado o direito a um reexame integral, em matéria de fato e de direito, da decisão proveniente do juízo originário, por outro órgão jurisdicional, hierarquicamente superior, tendo em vista a falibilidade humana e o inconformismo natural daquele que de uma contenda sai vencido.

[10] Pelo menos é o que se acredita autorizar a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, não havendo porque ser diferente na espécie.

No que diz respeito ao fundamento da falibilidade humana, sabe-se que o juiz é humano e passível de cometer erros. Portanto, é completamente razoável o reexame de suas decisões por juízes que, em regra, possuem maior experiência. Além disso, a possibilidade do reexame estimula os juízes a aperfeiçoarem suas decisões, para que não sejam tomadas como incorretas pelo órgão de instância superior que realizar o reexame, normalmente aquele que avalia o desempenho funcional dos magistrados de piso, inclusive por ocasião das desejáveis promoções e remoções por merecimento.

O segundo fundamento trata da dificuldade da parte prejudicada de se conformar com a decisão que lhe foi desfavorável. Assim, o reexame serve também como conforto, significando que a questão controvertida foi examinada mais de uma vez, por pessoas diferentes (da segunda vez, inclusive, normalmente, um órgão colegiado).

É importante dizer que o princípio em questão e o recurso são institutos diferentes, pois ainda que o princípio tenha seu exercício por excelência por meio de recursos, é possível, entretanto, que exista o duplo grau de jurisdição mesmo sem recurso, sendo possível, igualmente, a lógica contrária.

Um exemplo disso ocorre quando se considera que, sendo o duplo grau aplicado em sua essência apenas quando a revisão da decisão se der em relação à matéria de fato e de direito, não existe duplo grau (ao menos em sua dimensão plena) quando o recurso possibilitar, somente, o reexame de uma dessas matérias, decotada a outra em virtude do efeito devolutivo limitado do recurso cabível[11]. Já a situação inversa (do duplo grau sem recurso), se verifica quando é o caso de reexame necessário ou duplo grau obrigatório que, sabe-se, independe de recurso (devolvendo inclusive toda a matéria, de fato e de direito, ao órgão revisor).

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição não existe apenas para permitir que a apreciação da controvérsia seja feita mais de uma vez, mas também para garantir que a primeira decisão seja proveniente do primeiro grau, pois salvo em hipótese de competência originária das instâncias superiores, o exame inicial de demanda realizado por estas fará com que o primeiro grau seja suprimido, caracterizando, igualmente, no ângulo inverso, uma violação ao princípio do duplo grau.

[11] Como é o caso dos recursos especial e extraordinário, que somente devolvem matéria de direito ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

i. Fonte constitucional implícita

Ainda que o Duplo Grau seja de notável importância, tal princípio não foi expressamente declarado pela Constituição, restando apenas para parte da doutrina o entendimento de que o instituto em estudo seria encontrado implicitamente como garantia compreendida pelo Devido Processo Legal e no direito à ampla defesa, conforme se verifica no artigo 5°, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Outra manifestação implícita do Duplo Grau na Constituição seria o modelo de Tribunais revestidos de competência originária e recursal, restando evidente a aplicação do princípio como regra, sujeita somente à exceção constitucional quando esta previu a competência originária de algum Tribunal.

ii. Fonte convencional (supralegal) explícita

Mesmo com a referida tentativa de reconhecer o duplo grau como princípio constitucional, o fato é que a Constituição não o reconheceu como tal explicitamente. Ora, isto não quer dizer que o aludido princípio não deva ser observado, pois ainda que implícito ou não na Carta Magna, trata-se de princípio explicitamente reconhecido no nosso ordenamento jurídico através de fonte convencional.

A Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (conhecida como Pacto de São José da Costa) – assegura explicitamente em seu artigo 8, número 2, letra “h”, o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Como os direitos e garantias previstos na Convenção em questão tornaram-se parte do rol dos direitos fundamentais, de acordo com o artigo 5°, §2°, da Constituição Federal, tornaram-se, também, autoaplicáveis, à luz do artigo 5°, §1° do mesmo dispositivo. Assim, não resta dúvida sobre a existência do princípio abordado no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que decorrente de fonte convencional, considerada pelo Supremo Tribunal Federal com *status* supralegal – abaixo da norma constitucional, porém acima dos demais atos normativos em relação à posição hierárquica na clássica pirâmide de Kelsen.

b. Alcance da garantia – máxima eficácia a partir do efeito devolutivo pleno dos recursos cabíveis

A aplicação deste princípio em sua dimensão mais ampla, no processo penal, somente se dá através do recurso de apelação, que, dada a abrangência de seu efeito devolutivo, permite ao Tribunal rever tanto a matéria de fato, como de direito, examinadas pelo juiz de 1º grau. O Tribunal, portanto, provocado mediante apelação plena, julgará tal qual o juiz de primeiro grau julgou, reemitindo seu juízo de valor tanto com relação à matéria de fato, como com relação à matéria de direito. Isto só não ocorrerá se a própria parte, ao interpor o recurso, optar por limitar o seu alcance, valendo-se da apelação parcial, na esteira do *tantum devolum, quantum apelatur*. Todavia, foi a parte que impôs a limitação ao seu recurso, e decerto o fez porque se conformou com a parcela da decisão não impugnada, no que não se identifica qualquer restrição à garantia do Duplo Grau, que esteve à sua disposição na dimensão plena.

O recurso de apelação é admitido nas hipóteses terminativas ou definitivas, e tem por objetivo garantir a revisão de todas as questões discutidas no processo. Este recurso é admitido não apenas no processo de conhecimento, mas também no processo cautelar e no processo de execução.

Outros recursos também evidenciam o duplo grau de jurisdição no Processo Penal. Um exemplo é o recurso ordinário em *habeas corpus*, nos moldes dos art. 102, II, “a”, e art. 105, II, “a” da CRFB/88) e o recurso ordinário contra decisões da Justiça Federal em relação a crimes políticos (conforme o art. 102, II, “b”, CRFB/88). Desta forma, tais recursos permitem a revisão da matéria de fato e de direito decidida pelo Juiz Federal de 1ª instância. Funcionarão, então, tal qual a apelação.

Noutro passo, como já salientado, os recursos extraordinários, aí incluídos o recurso extraordinário e o recurso especial, não contemplam o duplo grau de jurisdição em sua dimensão plena. Isso porque a jurisdição do STF e do STJ, quando alcançadas pelos mencionados recursos, cumpre outra finalidade. Elas não se prestam à tutela do interesse das partes, mas sim à tutela da Constituição Federal, no caso do Recurso Extraordinário, e da legislação federal infraconstitucional, no caso do Recurso Especial. Por esta razão, somente as questões de direito são devolvidas às Cortes Superiores por meio dos recursos especial e extraordinário; a matéria de fato não. Daí porque, ainda que,

formalmente, a garantia do duplo grau não tenha sido de todo decotada, foi sensivelmente reduzida, porque limitada à questão de direito. Note-se que foi restringida justamente na matéria que toca diretamente ao interesse da parte vencida, que é a questão de fato, onde se examinam culpa e inocência propriamente ditas, portanto a mais significativa expressão do duplo grau, que à parte vencida não restou devidamente assegurada.

c. Natureza e fonte das normas que estabelecem o foro por prerrogativa de função como forma de se compatibilizarem com a garantia do duplo grau e sua máxima eficácia

Diante das ponderações feitas nos tópicos anteriores, é intuitivo que, por repercutir diretamente sobre o princípio do Duplo Grau, assegurado ao menos em fonte convencional, a única fonte legislativa capaz de, legitimamente, impor restrições ao alcance de tais princípios é a fonte de mesma hierarquia. Como não cabe às convenções internacionais estabelecerem competência originária dos Tribunais internos de cada país, só resta a fonte constitucional. Assim, a única fonte legítima para estabelecer hipóteses de foro por prerrogativa de função é a Constituição Federal, em princípio, e, respeitado o princípio da simetria por ela estabelecido como condicionante da ampliação que permite, as constituições estaduais.

3. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E REUNIÃO DE PROCESSOS POR CONEXÃO E CONTINÊNCIA

a. Simultaneus processos X *prorrogatio fori*

Não raras vezes, autoridade detentora de foro por prerrogativa de função comete infração penal em conexão ou continência com outra, detentora de outro foro especial ou, ainda, pessoa sem nenhum foro especial. É fonte de confusão, neste caso, a reunião, ou não, de processos, de modo a se implementar o efeito básico da conexão e da continência que, nos termos exclusivos do art. 79, *caput* do Código de Processo Penal, impõe a unidade de processo e julgamento. Este tema é fonte, igualmente, de hesitação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que claudica, oscilando ora pela reunião, ora pela separação de processos, não raras

vezes confundindo *prorrogatio fori* com *simultaneus processus*, o que se pretende demonstrar neste passo.

No Processo Penal, a conexão é a relação que dois ou mais delitos cometidos guardam entre si, o que irá gerar, em princípio (e somente em princípio[12]), a conveniência de que estes sejam julgados de uma só vez, por um único julgador, de modo a evitar decisões díspares e mesmo aproveitar o acervo probatório comum. Já a continência, sob análise processual penal, é o que ocorre quando há unidade de crime e pluralidade de agentes, ou no caso de *aberratio ictus* ou *aberratio criminis* com unidade complexa. Pelas mesmas razões ou quiçá até com mais razão, aponta-se, igualmente em princípio, para a conveniência da unidade de processo e julgamento.

Os efeitos daí decorrentes são chamados de *simultaneus processos* e de *prorrogatio fori,* como já dito. O primeiro efeito significa a unidade de processo, ou seja, a reunião de ações penais em apenas um processo (com uma única denúncia ou queixa, de preferência, mas nada impedindo que se dê a unificação posterior, se deflagrados mercê de diliculares distintas). Vale dizer aqui que este efeito contribui para a celeridade e a economia processuais, além de permitir ao órgão jurisdicional uma perfeita visão do quadro probatório, uma percepção completa do fato criminoso, o que minimiza as possibilidades de contradição.

O segundo efeito se refere à prorrogação da competência de determinado órgão jurisdicional em detrimento de outro, consoante as regras de jurisdição prevalente[13], instituto que ocorre quando um órgão jurisdicional que originariamente não possuía competência para julgar determinado processo passa a tê-la em razão da conexão e da continência, devendo, portanto, atrair para si o processo único, para julgamento único. Em princípio, frise-se! Na verdade, a *prorrogatio fori* pode ser, ou não, uma premissa necessária à *simultaneus processus*, conforme os crimes conexos tenham, ou não, o mesmo *locus delicti*. Não fosse a conexão, em razão do lugar em que esses crimes se consumaram, ou mesmo em razão na natureza do bem, serviço ou interesse atingido, seriam acometidos a órgãos jurisdicionais diversos, eventualmente até de Justiças diferentes. Em outras palavras, pode-se produzir os efeitos da *simultaneus processos* sem que necessariamente tenha que ocorrer a *prorrogatio fori*, basta que os crimes conexos ou os autores dos crimes em

[12] Para não atropelar outras regras e garantias.
[13] Vide Código de Processo Penal, art. 78.

continência estivessem originariamente sujeitos ao mesmo órgão jurisdicional, seja por competência *ratione locci*, seja por competência *ratione personae*, seja por competência *ratione materiae*. Basta, então, reunir os processos no único juízo[14] competente, sem a menor necessidade de ter sua competência prorrogada em detrimento de outro. No entanto, na primeira hipótese, pode ser necessária a modificação da competência de determinado juízo[15] como premissa para que ocorra a *simultaneus processus*, desde que originariamente, não fosse a conexão e a continência, a competência estivesse a cargo de órgãos jurisdicionais diferentes, buscando-se a preponderância de acordo com as regras estabelecidas no art. 78 do Código de Processo Penal, o qual determinará a chamada *vis atractiva*.

b. Natureza jurídica e fonte das regras de reunião de processos decorrentes da conexão e da continência

Como dito anteriormente, as regras que estabelecem a conexão e a continência são regras de modificação de competência. A fonte delas é infraconstitucional, uma vez previstas exclusivamente no Código de Processo Penal. Vale dizer, na Constituição não há nenhum dispositivo que preveja a modificação de competência, seja em favor de tribunal, seja em favor de determinado juízo, por decorrência de conexão e continência, o que seria importante, por conta de um dos corréus eventualmente ter foro por prerrogativa de função. Tal omissão do constituinte tem relação de interferência direta com o princípio constitucional do duplo grau, tomado na dimensão que se deu destaque até aqui neste texto.

Começando pelo atual Código de Processo Civil, aplicado de forma subsidiária ao Processo Penal, temos a previsão inicial da modificação da competência, disposta em seu art. 54, ressaltando que tal modificação é permitida apenas em caso de competência relativa, não sendo possível, a título de exemplo, a reunião, em um mesmo processo, entre crimes militares e comuns, mesmo havendo conexão entre eles, considerando que a competência da Justiça Militar é estabelecida constitucionalmente em razão de matéria (apenas para julgamento dos crimes militares definidos em Lei[16]), sendo espécie de competência absoluta.

[14] Aqui se usa a expressão "juízo" no sentido amplo, não no sentido técnico, em oposição a "foro" ou "justiça".

[15] Expressão empregue no mesmo sentido destacado na nota anterior.

[16] O mesmo não se pode dizer em relação à competência da Justiça Eleitoral, visto que o art. 121 da Constituição Federal não a define, à semelhança do que faz em relação à competência da Justiça Militar,

Finalmente, passando para o Código de Processo Penal, é essencial mencionar seus arts. 76 e 77, que definem conexão e continência para fins processuais penais, no que não coincide com a definição do Código de Processo Civil, ao menos quanto à continência. Em seguida, o Código de Processo Penal traz, em seu art. 78, as regras para definição do juiz prevalente, aquele que irá realizar a *vis atractiva* e determinar, em torno de si, a unidade de processos e julgamento. Como tudo isto é regra, o mesmo Código contempla, mas não esgota, suas exceções: o art. 79 define os casos em que haverá separação obrigatória de processos e o art. 80 define os casos de separação facultativa.

Tudo isto é fonte infraconstitucional (previsão exclusiva do Código de Processo Penal), frise-se para compreensão do tópico seguinte. Não há, na Constituição Federal, repita-se, uma única regra que disponha sobre os efeitos da conexão e da continência, muito menos sobre a definição de suas hipóteses.

c. A atração do corréu ao foro por prerrogativa de função nas hipóteses de continência e da prática de crimes conexos com autoridades que o detém. (Im)possibilidade. Conflito constitucional. Garantia do duplo grau

No tópico anterior, foi apresentada e enfatizada a natureza das normas que estabelecem a competência em razão de conexão e continência e respectivos efeitos. É importante ressaltar essa natureza – de norma infraconstitucional – uma vez que, no caso a ser examinado neste tópico a partir de seu título, estas normas decotam a amplitude do princípio do duplo grau, quando não o aniquilam, princípio este que, como já visto, tem natureza constitucional ou ao menos supra legal, portanto de posição hierárquica superior na velha pirâmide de Kelsen.

A questão é saber se é possível a uma regra infraconstitucional, como a que disciplina os efeitos da conexão e da continência, diminuir a abrangência de uma garantia constitucional ou supra legal, que é o duplo grau, na medida em que se sabe que aquele que é processado e julgado originariamente em Tribunal não tem a sua disposição justamente o recurso que mais atende ao duplo grau dada a sua

remetendo a definição à Lei infraconstitucional, razão pela qual se permite a reunião de processos, em decorrência de conexão e continência, envolvendo crime comum conexo a crime eleitoral, nesta última Justiça, dada sua maior especialidade, em decorrência da aplicação do art. 78, IV, do Código de Processo Penal. A solução da questão foi entregue à Lei infraconstitucional, não havendo óbice constitucional à aplicação das regras de conexão e continência, que são, por outro lado, cogentes. Tal matéria esteve, inclusive, na pauta recente do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que decidiu, por apertada maioria, em favor das ideias aqui sustentadas (sessão plenária de 14 de março de 2019, agravo regimental no inquérito originário nº 4.435).

amplitude, que é a apelação, incabível na espécie. A não ser que seja caso de crime político, em que cabível o recurso ordinário[17], quem é julgado diretamente em Tribunal só tem à sua disposição os recursos especial e extraordinário, que só devolvem para os Tribunais Superiores matéria de direito. Não terão direito, portanto, ao duplo grau no que concerne à revisão da matéria de fato, salvo se couberem embargos infringentes, com o que não se pode contar, visto não se poder apostar que haverá divergência. E, ainda assim, o grau permanecerá o mesmo, já que os embargos são julgados pelo mesmo Tribunal, ainda que por órgãos diversos[18].

Fica evidente, portanto, que, mesmo com os recursos que eventualmente possam contar aqueles que forem processados originalmente em Tribunais não superiores, haverá drástica redução no alcance da garantia do duplo grau, satisfeito apenas em parte com o efeito devolutivo limitado dos recursos especial e extraordinário.

Quando se lembra que tais restrições foram impostas única e exclusivamente como consequência de efeitos disciplinados em fonte infraconstitucional, pode-se ter a noção exata da teratologia.

Ora, as garantias constitucionais devem ser interpretadas buscando alcançar a sua máxima eficácia, o que é regra básica de hermenêutica. Portanto, não se pode contentar, a pretexto de pseudosatisfazê-la, com um recurso que apenas ofereça ao órgão revisor parte da garantia. Aliás, justamente a matéria que é mais importante para o duplo grau, que é a de fato, não é devolvida nos recursos especial e extraordinário. Somente a apelação e o recurso ordinário são capazes disto[19], porém incabíveis na espécie.

Quando se caracterizam as hipóteses de continência e conexão em crimes em que um dos réus tenha foro por prerrogativa de função e o outro não, há, de acordo com a súmula 704 do STF, a possibilidade de atração do outro réu para o foro, sem que isto viole as garantias do juiz natural, do devido processo legal e da

[17] No plano da abrangência idêntico à apelação.

[18] Já houve caso de serem julgados embargos infringentes pelo mesmo órgão Plenário, mas com outra composição, no caso da ação penal nº 470, conhecida como "mensalão", em que o Supremo Tribunal Federal reformou a decisão do Supremo Tribunal Federal, este sim um autêntico "ponto fora da curva", ao contrário do significado que se empregou a esta expressão num famoso voto proferido por novato naquela ocasião.

[19] Embargos infringentes também, porém somente se houver divergência, com voto vencido favorável ao réu, e esta divergência for total, já que, em sendo parcial, devolverá somente a matéria objeto da divergência. Logo, não se pode contar com este recurso como forma de satisfação do princípio do duplo grau.

ampla defesa. Mas não é disto que se trata. O que o entendimento sumular não enfrentou e é exatamente o ponto central da questão, é que, na hipótese, há flagrante violação ao princípio/garantia constitucional/supralegal do duplo grau de jurisdição.

Mas o próprio Supremo Tribunal Federal parece não dar muita atenção à sua súmula, quando prefere o casuísmo, a exemplo do decidido na ação penal originária nº 853, relatora Ministra Rosa Weber[20].

Para além da questão da ofensa à garantia do duplo grau, que se imagina sobejamente demonstrada até aqui, um outro ponto de reflexão merece ser destacado. É que, quando se pretende levar para o Tribunal, originariamente, a competência para processar e julgar pessoa que ali não possui prerrogativa de foro, em virtude da prática de crime conexo ou em continência com pessoa que o possua, se está dando interpretação extensiva a uma norma excepcional, o que contraria qualquer princípio básico de hermenêutica. Ora, a regra é o duplo grau, com os processos, por conseguinte, sendo iniciados em primeiro grau. O grau único, decorrente da prerrogativa de foro, é caso excepcional, a merecer, portanto, interpretação restritiva. Em nenhum dispositivo a Constituição Federal atribui a qualquer Tribunal competência para processar e julgar, originariamente, pessoa comum; somente algumas (muitas, aliás!) que ocupam cargos ou funções em decorrência dos quais é atribuído o foro especial. Ao se pretender aplicar uma regra infraconstitucional de conexão e continência, prevista exclusivamente no Código de Processo Penal, para levar a pessoa comum direto ao Tribunal para ser julgada em grau único, amplia-se a regra excepcional de competência por prerrogativa de função que não contempla esse corréu. O equívoco é facilmente percebido, pela doutrina de Introdução ao Estudo do Direito. Falando por todos, eis a lição de Carlos Maximiliano:

> Interpreta-se estritamente a norma que determina os casos submetidos ao *veredictum* de tribunais especiais, como o juízo político, o conselho de guerra, o tribunal marcial, etc. Na dúvida, opta-se pelo foro comum e pelo processo em que a defesa dispõe de mais tempo e pode ser mais ampla. [...] Em geral, a competência é de

20 "Cabe apenas ao próprio tribunal ao qual toca o foro por prerrogativa de função promover, sempre que possível, o desmembramento de inquérito e peças de investigação correspondentes, para manter sob sua jurisdição, em regra, apenas o que envolva autoridade com prerrogativa de foro, segundo as circunstâncias de cada caso (INQ 3.515 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 14.3.2014), ressalvadas as situações em que os fatos se revelem de tal forma imbricados que a cisão por si só implique prejuízo a seu esclarecimento (AP 853, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 22.5.2014)".

> Direito estrito, não se presume. Entretanto, na dúvida entre a comum e a especial, prevalece a primeira.[21]

E falando pelos processualistas, sempre oportuno trazer a abalizada lição de Tourinho Filho, em abono às presentes ideias, com ênfase na questão da subversão da hierarquia das fontes legislativas:

> Se houver conexão ou continência envolvendo pessoas que devam ser processadas e julgadas pelo STF, ou STJ, ou Tribunal Regional Federal, e outras não elencadas nos arts. 102, 105 e 108 da CF? A competência desses Tribunais vem fixada na Lei Maior. Como nesta não existe nenhuma regra explícita, ou implícita, permitindo-lhes o julgamento de outras pessoas além daquelas ali elencadas, e não podendo a lei ordinária alterar-lhes a competência, **segue-se deva haver a disjunção dos processos**. Na verdade, se a Constituição não permite a esses Tribunais o julgamento de outras pessoas, como poderia ocorrer o *simultaneus processus*? Não se pode alterar a competência por prerrogativa de foro fixada na Constituição a não ser por meio de emenda constitucional. É possível que a solução não seja justa, em face das inconveniências resultantes da cisão dos processos; contudo é legal, e, além do mais, parece-nos um não senso dar ao texto constitucional interpretação extensiva. Poder-se-á dizer que a Lei Maior não trata da conexão. Não é verdade. A Carta de 1946, no seu art. 119, VII, e a Emenda Constitucional no 1/69, no seu art. 137, VII, diziam competir à Justiça Eleitoral o processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhe fossem conexos...[22]

Prosseguindo na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão, pode-se facilmente perceber, por derradeiro, uma grande contradição, fazendo um paralelo com outro tema que lhe tem sido recorrente, qual seja o da execução provisória de pena a partir de decisão de órgão colegiado. O aludido Tribunal, ainda que dividido, vem referendando, com a ajuda da sorte, a execução provisória da pena não privativa de liberdade a partir do não mais cabimento da apelação, justamente por ser o único recurso que devolveria a matéria de fato, firme no argumento de que os recursos que poderiam se seguir não possuem efeito suspensivo e, no âmbito devolutivo, somente reabririam a discussão quanto à matéria de direito, pelo que não haveria mais oportunidade de se falar em culpa ou inocência. Ou seja, o Supremo Tribunal reduz, com este entendimento, o alcance da presunção de inocência à devolução de matéria de fato, no que parece

[21] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 230.
[22] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, 15ª ed., p. 365-366.

estar certo, sendo incoerente, entretanto, quando ele próprio despreza esse mesmo recurso de apelação como condicionante para a satisfação plena da garantia do duplo grau. Tal incoerência parece gritante: permite-se executar provisoriamente a pena a partir de condenação colegiada em segundo grau, porque não mais cabível recurso com efeito devolutivo no que pertine a matéria de fato, mas, ao mesmo tempo, não elege esse recurso como primordial para se ter por atendido, em sua eficácia plena, a garantia do duplo grau, de fonte idêntica à da presunção de inocência, permitindo processar e julgar diretamente nos Tribunais quem não tem, pela Constituição, foro por prerrogativa de função, mediante interferência de norma infraconstitucional, a afastar, em toda a sua plenitude, a garantia constitucional ou supralegal do duplo grau.

i. Caso de corréus com foro em Tribunais diversos

Ao se deparar com caso em que cada corréu tenha foro por prerrogativa de função em Tribunais distintos, sendo, por exemplo, um deles Promotor de Justiça e outro Desembargador, tendo foro respectivamente no Tribunal de Justiça e no Superior Tribunal de Justiça, a separação do processo é obrigatória, visto que os devidos foros decorrem de normas constitucionais (art. 96, III, e 105, I, "a", da Constituição Federal, respectivamente), não se admitindo serem combatidos por meras normas processuais penais (a exemplo das que estabelecem as regras de conexão e continência). Não há, portanto, que se reunirem os processos no Tribunal mais graduado, simplesmente porque o art. 78, III, do Código de Processo Penal, não pode – ou ao menos não deveria – afastar a incidência da norma constitucional que estabelece em favor de outro Tribunal, ainda que de menor graduação, a competência originária para julgar um dos corréus. Aqui nem se precisa invocar a garantia do duplo grau em sua maior extensão; é caso, pura e simplesmente, de observar o princípio do juiz natural, que reclama o respeito às normas constitucionais, as quais, por óbvio, hão de se sobrepor às normas infraconstitucionais.

Desta forma, com a separação obrigatória de processos, cada réu será processado e julgado por seu juiz natural, sendo assim respeitada a competência

fixada na Constituição Federal. É caso, portanto, de disjunção, não se podendo cogitar, em hipótese alguma, de reunião de processos neste ou naquele Tribunal[23].

ii. Caso de corréu com foro e corréu sem foro por prerrogativa de função

Como dito anteriormente, em casos em que um dos corréus tenha foro por prerrogativa de função e outro não, pelo teor da já citada súmula no 704, do Supremo Tribunal Federal[24], a Corte Suprema entende possível a reunião de processos, no Tribunal, por ser a jurisdição mais graduada, aplicando-se, na espécie, o art. 78, III, do Código de Processo Penal. Como já dito, a Corte leva em conta, apenas, o princípio do juiz natural, descuidando-se da garantia constitucional do duplo grau, como acima longamente ponderado[25].

Em se tratando de crime doloso contra a vida, entretanto, a própria Corte respeita a regra constitucional que estabelece a competência em favor do Tribunal do Júri[26], operando a disjunção em relação àquele corréu titular de foro especial por prerrogativa de função[27].

---

[23] *Data venia* do Supremo Tribunal Federal na hipótese do julgamento da denominada "operação furacão", em que ser reuniram processos contendo um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, três Desembargadores Federais e um Membro do Ministério Público da União com atuação perante Tribunal, em gritante afronta à hierarquia das normas, em contrário a tudo quanto ora escrito. Curioso é que, na mesma oportunidade, a própria Corte remeteu a julgamento na Justiça Federal de primeiro grau o processo em relação a outros corréus que não detinham prerrogativa de foro (Delegado de Polícia Federal, Advogados e contraventores), contrariando a própria jurisprudência, em especial o enunciado da Súmula nº 704 do conspícuo sodalício, já objeto de reflexão neste texto.

[24] "Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados" (Supremo Tribunal Federal, súmula nº 704).

[25] Foi o que aconteceu no julgamento da ação penal nº 470, conhecido como "mensalão", em que, em virtude do foro por prerrogativa de função de três Deputados Federais à época dos fatos, um deles, inclusive, o ocupando o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, a Corte levou outros 37 corréus à sua jurisdição originária, perfazendo um total de 40 réus (número, aliás, emblemático à época, levando em conta a literatura infantil).

[26] Constituição Federal, art. 5º, XXXVIII, "d".

[27] Bom que, ao menos nesta hipótese, o Supremo Tribunal Federal não ignore a pirâmide de Kelsen. Ainda há, portanto, um sopro de esperança no sentido de que, na evolução de sua jurisprudência, ainda venha a descobrir a coerência, já que, nas outras hipóteses em que a ignora, a razão é exatamente a mesma!

4. A JURISPRUDÊNCIA CLAUDICANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

a. As incoerências da Corte no que tange à reunião de processos em decorrência da conexão e da continência

Em análise crítica já feita aqui ao conjunto de decisões mencionadas da mais alta Corte do país, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não tem sido nada sistemático, ao revés extremamente casuístico, no tema relativo à reunião de processos em razão da conexão e da continência. Dois exemplos emblemáticos, já mencionados neste texto e a seguir mais explorados, são relativos a dois rumorosos casos: as ações penais originárias conhecidas como “mensalão” e “operação furacão”.

Pode-se afirmar que a Corte tem sido claudicante quanto à reunião ou disjunção de processos, envolvendo corréus em que uns possuem foro por prerrogativa de função, outros não, e mesmo em relação àqueles que possuem foro por prerrogativa de função em Tribunais diversos, dando ensejo a um cenário de grande insegurança jurídica, com ofensas gritantes aos princípios do Duplo Grau e até do Juiz Natural. Neste contexto, o enunciado nº 704 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal tem sido usado de forma inapropriada, como fundamento para reunião de processos, afirmando não ofender ao princípio do Duplo Grau, quando, na verdade, tratou tão somente do princípio do Juiz Natural, Ampla Defesa e Devido Processo Legal. O pior é que a mesma Corte, seletivamente, ignora a própria Súmula, quando lhe convém, desmembrando processos, a pretexto de separação facultativa, quando isto nada tem a ver com a fixação de sua jurisdição originária. Também muito ruim quando, aí sim em ofensa ao princípio do Juiz Natural, reúne processos de corréus com prerrogativa de foro em Tribunais diversos, a pretexto de ser o mais graduado de todos.

Vejamos os casos paradigmáticos abaixo explorados amiúde, com as devidas críticas.

b. Casos paradigmáticos

Embora as incoerências se repitam com frequência[28], tomam-se como exemplos de gritante contradição do Supremo Tribunal Federal, a demonstrar o quão claudica no assunto, ação penal originária nº 470 ("mensalão") e o inquérito originário nº 2.424 ("operação furacão"): em ambos, instalou-se a discussão quanto à separação ou reunião de processos, levando em conta o excessivo número de acusados, argumento utilitarista que acabou suplantando, pasme-se, as regras de fixação de competência originária e possível modificação, ou não, em decorrência das regras de conexão e continência, no confronto com a garantia constitucional do Duplo Grau de Jurisdição. Por incrível que possa parecer, a mais alta Corte do país demonstrou não saber a diferença entre *prorrogatio fori* e *simultaneus processus*! Confundiu, mercê de simples utilitarismo, fixação de sua competência originária, com separação facultativa de processos dentro da própria Corte, imaginando que a consequência (esta última), devesse superar a premissa (a primeira)![29]

Passa-se ao exame sucinto de ambos os casos tomados como paradigmas, que nem necessitariam de maiores divagações. Adianta-se, para dar ainda mais perplexidade à comparação, que não houve alteração substancial de composição da Corte entre um e outro caso, de sorte que muitos dos próprios Ministros votaram de forma diametralmente oposta numa e noutra ocasião, frente à mesmíssima situação e diante do confronto com os mesmíssimos princípios e garantias constitucionais, para cuja ponderação admitiram soluções diversas. E não consta que tenham, nos votos subsequentes, declarado terem mudado de opinião...

i. "Mensalão"

Conhecida como "mensalão", a ação penal nº 470, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa, tratou do até então considerado maior esquema de corrupção revelado em 2005, pelo então deputado federal Roberto Jefferson (PTB-RJ), que consistia no pagamento de propina a parlamentares em troca de votos nos

[28] A própria "operação lava-jato" é exemplo disto: aí a corte optou pela disjunção desde o seu limiar.

[29] A confusão mostra bem como o conspícuo sodalício tem tornado dura a vida de um velho professor de processo penal...

projetos de interesse do governo do então Presidente Lula[30]. Inicialmente eram quarenta acusados, sendo que apenas três detinham prerrogativa de foro originário no Supremo Tribunal Federal (eram Deputados Federais, um deles, inclusive, ocupando o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil[31]). Todos os demais foram atraídos ao foro originário na mais alta Corte do país em decorrência das regras de conexão e continência. Ao final, vinte e cinco corréus foram condenados, num julgamento que se arrastou por exatas 53 sessões do Plenário da Corte, que ficou ao longo de um ano dedicado exclusivamente ao referido julgamento, concluído em 2012. Curioso é que, no decorrer do julgamento, os Ministros Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto se aposentaram. Após acirrada discussão, definida com o voto de minerva do Ministro Celso de Mello, decano da Corte, acabou-se por admitir embargos infringentes, julgados em definitivo em 2014, aí já integrando a Corte o Ministro Luiz Roberto Barroso. Os embargos infringentes acabaram parcialmente providos, instalando-se a inusitada situação de o Supremo Tribunal Federal ter revisto uma decisão do próprio Supremo Tribunal Federal (graças à nova composição da Corte ao tempo do julgamento dos embargos).

Logo no início da primeira sessão, foi levantada questão de ordem pelo advogado Márcio Thomaz Bastos, hoje falecido, em nome de seu cliente José Roberto Salgado, ex-diretor do Banco Central: requereu-se o desmembramento do julgamento, para remeter ao primeiro grau os corréus que não detinham prerrogativa de foro naquela Corte, à qual caberia julgar apenas o denominado "núcleo político", composto por três Deputados Federais com mandato em exercício (a esta altura, o então Ministro-Chefe da Casa Civil tinha se exonerado e retornado à Câmara dos Deputados, aonde posteriormente teria seu mandato cassado por quebra de decoro. Um quarto Deputado Federal acabaria falecendo ao tempo do julgamento).

A questão de ordem foi rejeitada por ampla maioria de votos (9 x 2, vencidos o revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, e o Ministro Marco Aurélio). A Corte decidiu pela unidade de processo e julgamento, aplicando as regras de conexão e continência, em prejuízo da garantia do Duplo Grau.

[30] Ausência sentida dentre os quarenta corréus.
[31] Foi considerado o "cabeça" do "esquema".

ii. "Operação Furacão"

O Inquérito Originário nº 2.424, que ganhou o apelido de "operação furacão", tratou de um esquema de corrupção envolvendo venda de sentenças judiciais para beneficiar empresários do "jogo do bicho", na exploração de máquinas "caça-níqueis". Dentre os corréus, havia um então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, responsável pelo foro originário por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal, três Desembargadores-Federais do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e um Membro do Ministério Público da União. Além deles, Delegado Federal, Advogados e contraventores.

Tal esquema beneficiava, dentre outros, os "bicheiros" Aniz Abrahão David, Ailton Guimarães Jorge ("capitão guimarães"), Antônio Petrus Kalil ("turcão"), figuras conhecidíssimas da contravenção no Estado do Rio de Janeiro.

Assim como no "mensalão", na "operação furacão" havia um elevado número de acusados, boa parte deles sem foro por prerrogativa de função. Diante disso, a Corte deliberou de modo diverso do que havia deliberado no caso do "mensalão", não muito distante: determinou a separação de processos, remetendo para a primeira instância (6ª Vara Federal do Rio de Janeiro, onde haviam sido iniciadas as investigações) o processo em relação aos corréus que não detinham foro por prerrogativa de função – justamente aqueles que, nos termos da Súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal, a Corte entendia podê-los julgar sem ofensa aos princípios do Juiz Natural, Ampla Defesa e Devido Processo Legal. Mas não é tudo, o pior ainda estaria por vir: desmembrado em relação aos referidos corréus[32], permaneceram no STF os corréus Paulo Medina (o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça), José Eduardo Carreira Alvim, José Ricardo de Siqueira Regueira, Ernesto da Luz Pinto Dória (então Desembargadores-Federais, o último, a bem da verdade, Desembargador do Trabalho), João Sérgio Leal Pereira (então Procurador-Regional da República) e Virgílio de Oliveira Medina (Advogado e irmão do então Ministro Paulo Medina)[33]. De se notar que, dos que ficaram, o último não detinha qualquer prerrogativa de foro. E os Desembargadores-Federais e do Trabalho, bem como o Procurador-Regional da República, detinham, por força do

[32] Talvez o Supremo Tribunal Federal os tenha considerado "plebeus".

[33] Talvez aí o Supremo Tribunal Federal os tenha considerado "nobres", o último inclusive não por cargo ou função, mas por mero parentesco.

art. 105, I, "a', da Constituição Federal, foro por prerrogativa de função no Superior Tribunal de Justiça, que não estava, por evidente, totalmente impedido ou suspeito para julgá-los, pelo simples fato de um único dentre os seus integrantes também figurar como corréu.

Trocando em miúdos: o Supremo Tribunal Federal ficou, em reunião de processos, com que não poderia – porque tinha foro por prerrogativa de função em outro Tribunal, por força de norma constitucional, que acabaria sendo afastada por uma regra infraconstitucional na teratológica decisão – e não ficou com quem, nos termos de sua própria Súmula nº 704, poderia – os corréus "plebeus", sem foro por prerrogativa de função, à exceção do irmão do Ministro Medina, considerado nem tão "plebeu" assim pela Corte[34]. Uma teratologia até então sem precedentes na Jurisprudência da Corte Suprema, pelos motivos que adiante se explicam (tópico seguinte).

Antes, porém, um registro da incoerência: o relator da "operação furacão", Ministro Cézar Peluso, que determinou o desmembramento do processo, foi um dos Ministros que, no caso do "mensalão", rejeitou a questão de ordem, votando pela reunião de processos em relação a todos os quarenta "mensaleiros". E, repita-se, não declarou no voto seguinte que havia mudado de opinião acerca do assunto.

A incoerência não foi privilégio do Relator, ao passo em que os demais Ministros acompanharam o desmembramento, muitos deles que haviam, também, rejeitado a questão de ordem do "mensalão", decidindo pela reunião de processos. E isto, igualmente, sem ressalva de mudança de opinião.

Nunca o processo penal havia sido tão maltratado pelo Supremo Tribunal Federal! Foro por prerrogativa de função, regras de conexão e continência, princípios do duplo grau, juiz natural e etc., tão caros à ciência processual, restariam espancados pela incoerência acima apontada, a ponto de expor suas vísceras à mais completa biópsia!

[34] De se registrar que o autor discorda do enunciado em questão (Súmula nº 704). Mas o Supremo Tribunal Federal não!

c. A confusão entre os institutos da *prorrogatio fori* e da *simultaneus processos*

Aqui talvez se explique o porquê o Supremo Tribunal Federal claudica no assunto, como apontado nos dois tópicos anteriores: não sabe a diferença entre *simultaneus processus* e *prorrogatio fori*!

A separação facultativa de processos e julgamento, prevista no artigo 80 do Código de Processo Penal, permite a disjunção quando o juiz julgar conveniente, dentre outros motivos, pelo excessivo de acusados, para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante. Mas isto não autoriza o juiz escolher quem vai julgar, visto que a fixação da competência neste ou noutro juízo, nesta ou naquela Corte, é premissa (e imperativa). Como tal, cumpre saber se são aplicáveis, ou não, as regras de conexão e continência enquanto normas de modificação de competência, desde que não usurpem a competência constitucionalmente fixada em razão de foro por prerrogativa de função e, por sua vez, não decotem ou suprimam o alcance pleno da garantia do Duplo Grau. Noutras palavras: decidido que se aplicam as regras de conexão e continência, haverá a chamada *prorrogatio fori*, fixando-se a competência de um juízo, que a tem ampliada, em detrimento de outro, que a terá suprimida. A se entender possível aplicar a regra modificativa/ampliativa em sede de competência originária de Tribunal[35], este terá sua competência fixada em virtude da conexão e da continência (*prorrogatio fori*), ainda que, na própria Corte, opte, em juízo de conveniência, pela separação facultativa de processos, em decorrência, por exemplo, do elevado número de acusados.

Simples assim!

5. A PROPOSTA DE REDUÇÃO DO ALCANCE DO FORO A CRIMES RELACIONADOS À FUNÇÃO DO AGENTE

a. Previsão constitucional para “crimes comuns e de responsabilidade”. Ativismo judicial interpretativo

No de 2018, o plenário do STF “restringiu” o foro por prerrogativa de função conferido aos Membros do Congresso Nacional, no sentido de apenas se aplicar a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções relacionadas a ele.

[35] O Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 704 entende que sim; o autor deste texto não.

Mesmo com essa decisão do STF, os atos e as decisões anteriores que tiveram como parâmetro a jurisprudência anterior ficaram resguardados (modulação de efeitos). Tal decisão foi tomada na Ação Penal Originária nº 937 e teve como relator o Ministro Luís Roberto Barroso.

Ainda que a proposta restritiva seja excelente, há um porém: ninguém menos do que a Constituição Federal é clara quando, no seu artigo 102, I, "b", estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, dentre outros, os Membros do Congresso Nacional, "nas infrações penais comuns". Desta forma, a decisão do STF sobre o assunto parece incompatível com a referida Constituição Federal, visto que restringe o alcance da expressão "crime comum", distinguindo onde parece que a Constituição não distingue.

Ademais, se o foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal se restringe a crimes que, de alguma forma, estejam relacionados ao cargo ou função do Parlamentar, não haveria a menor razão para que o foro por prerrogativa de função de outras autoridades também não seguisse a mesma lógica de raciocínio. Não só de autoridades com foro no Supremo Tribunal Federal, como, também, autoridades com foro em outros Tribunais. Em síntese, nesse caso, todo e qualquer foro por prerrogativa de função somente se estabeleceria no caso do crime praticado por seu detentor se relacionar diretamente ao cargo ou função por ele ocupado ou exercida, dignatários do referido foro especial. Seja este foro, repita-se, no Supremo Tribunal Federal ou em qualquer outro Tribunal. Não há razão para, no caso dos Parlamentares, ser assim, e, no caso de outras autoridades, não o ser: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio.*

E é aí que surge um problema sistemático[36], dentro da própria competência originária do Supremo Tribunal Federal por prerrogativa de foro: é que o art. 102, I, "c", da Constituição Federal, estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, "nos crimes comuns e de responsabilidade", outras autoridades como os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas (estes salvo em caso de crimes de responsabilidade conexos ou em continência com o Presidente da República, caso em que serão julgados pelo Senado Federal), além dos Ministros dos demais Tribunais Superiores (os do Supremo Tribunal Federal, em caso de crime comum, são julgados no Supremo Tribunal Federal e, em caso de crimes de

[36] Parece que a visão do Direito como sistema, definitivamente, não tem frequentado a pauta do Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos!

responsabilidade, no Senado Federal), do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática estrangeira de caráter permanente. Se, para essas autoridades, a expressão "crimes comuns" estivesse restrita àqueles relacionados ao seu cargo, o que restaria para ser alcançado pela expressão "crimes de responsabilidade", justamente o que se imagina ligado aos referidos cargos ou funções, definidos ou não em Lei específica (Lei nº 1.079/50, que somente alcança o Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários de Estado, não alcançando os Membros do Congresso Nacional e nem as outras autoridades mencionadas na alínea "c", do inciso I, do art. 102, da Constituição Federal, já mencionado; e Dec-Lei nº 201/67, que somente alcança Prefeitos e Vereadores)?

Não parece possível, portanto, poder restringir a expressão "crimes comuns" àqueles relacionados ao exercício do cargo, sob pena de não ter o que confrontar com a expressão "crimes de responsabilidade", aos quais os demais detentores de foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal – à exceção dos Parlamentares que não estão sujeitos a este tipo de crime, por não serem sujeitos ativos das referidas leis específicas que os definem – estão sujeitos, pouco importa aqui se para julgamento no próprio Supremo Tribunal Federal ou no Senado Federal por tais crimes[37].

O Supremo Tribunal Federal não pode se arvorar das boas intenções para fazer distinção onde a Constituição não fez, muito menos criando, com tal distinção, problemas sistemáticos de difícil solução.

Ademais, quem vai interpretar se o "crime comum" teve ou não relação com a função ou cargo exercido pela autoridade? O Tribunal de origem? Mas, essa análise viria antes da acusação formal, subvertendo o sistema acusatório? Ou o próprio Ministério Público poderá, entendendo que um crime supostamente cometido por um Ministro do Supremo Tribunal Federal não tem relação com sua função[38], oferecer denúncia por meio de um Promotor ou Procurador da República, perante um juiz de primeiro grau?!

[37] De responsabilidade.

[38] Imaginemos, novamente, um hipotético crime tributário, que não seja decorrente de sonegação dos subsídios de Ministro, o que, aliás, nem seria possível, eis que, neste caso, o desconto é feito na fonte.

Note-se que as opções beiram o absurdo: um Ministro do Supremo Tribunal Federal[39] processado e julgado perante um juiz de primeiro, por iniciativa de um Promotor de Justiça ou Procurador da República; mas, tão teratológico quanto, seria imaginar o Supremo Tribunal Federal "autorizando", numa espécie de "consulta prévia", que seu Ministro assim seja processado, por descartar a vinculação do suposto crime com a função de Ministro, antes da acusação formal, em completa inversão do sistema acusatório. Ou seja, o órgão titular da persecução penal (no caso o Ministério Público), que detém a iniciativa de provocar o Poder Judiciário que julga competente por meio de seu órgão de execução que se imagina com atribuição, ter que se submeter previamente ao Poder Judiciário, que é inerte, e, pior, àquele que acredita não ser o competente, dada a não relação entre o crime praticado e a função que outorgaria o foro naquele Tribunal!

Todos esses desatinos decorrem da malsinada ideia de "restringir" o foro por prerrogativa de função do Parlamentar, ainda que com a melhor das intenções, repita-se, mas num casuísmo decisório que despreza o Direito enquanto sistema.

Identifica-se, com esta iniciativa pontual, mais um caso de ativismo judicial, que podemos chamar de "ativismo judicial interpretativo"[40]: o julgador decide da forma como quer, ainda que encontre uma solução não contemplada pelas diversas alternativas de intepretação honesta da norma em análise.

b. O Judiciário como poder contramajoritário e a necessidade de autocontenção como exigência do Estado Democrático de Direito

Diante de tudo sobre o quanto até aqui se refletiu, nota-se que a atividade jurisdicional do Supremo Tribunal está longe de ter uma consistência perfeita. Um pequeno passo neste sentido poderia se dar se a Corte se autocontivesse, evitando

[39] É o exemplo mais chocante imaginar um Ministro do Supremo Tribunal Federal processado e julgado em primeiro grau, por iniciativa do órgão ministerial de primeiro grau, sujeito a medidas cautelares e até à decretação de prisão cautelar por um juiz de primeiro grau, bem como execução provisória de eventual pena privativa de liberdade imposta pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal quando esgotadas as vias recursais ordinárias! Mas, dever-se-ia pensar nisto, a valer a regra para os Parlamentares. Basta que o suposto crime não esteja relacionado com as funções ou o cargo de Ministro da Corte Suprema. Estaria autorizada a própria quebra de hierarquia entre os órgãos do Poder Judiciário (um juiz de primeiro grau, julgando e podendo afastar de suas funções um Ministro do Supremo Tribunal Federal, inclusive cautelarmente. Seria, como já se disse na Corte, "o rabo abanando o cachorro"). A não ser que a proposta seja desprezar de vez o Direito como sistema! Mesma regra, desnecessário dizer, vale para qualquer outra autoridade com prerrogativa de foro, seja previsto na Constituição Federal, seja nas Constituições Estaduais por simetria.

[40] Sobre o ativismo judicial, é leitura obrigatória a obra de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (*Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018).

se arvorar em oferecer soluções para os problemas sociais relevantes, atuando como agente de transformação social em lugar dos outros protagonistas do Estado Democrático de Direito. O espaço do legislador não deve ser desprezado e, parece trivial, não cabe ao Poder Judiciário a função de legislador positivo, substituindo-se às escolhas compreendidas pela margem de discricionariedade legislativa. Não raras vezes, a questão nem é de suprir omissão legislativa por meio de mandado de injunção ou ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, instrumentos que, corretamente manejados, dão legitimidade ao Supremo Tribunal Federal para suprir a lacuna legislativa e garantir o gozo do direito fundamental sonegado em virtude da apontada omissão. Em muitos casos, como no tema objeto dessas reflexões, a questão é simplesmente passar a, num determinado momento, discordar da extensão e da generosidade com o que o Constituinte originário tratou do foro por prerrogativa de função, de sorte a restringi-lo por meio do famigerado "ativismo interpretativo", sem embargo de criar problemas sistêmicos muito maiores do que as eventuais inconveniências que o instituto, da forma como tratado pelo legislador, pode trazer.

A situação se torna mais dramática quando a Corte Suprema resolve atender às demandas do politicamente correto, pressionada pela opinião pública a se colocar na vanguarda dos novos tempos.

Assim agindo, esquece o Supremo Tribunal Federal do caráter contramajoritário das decisões judiciais, bem como da necessidade de sujeição do juiz às Leis e, principalmente, à Constituição, exaltada por Lugi Ferrajoli:

> I giudici penali, in particolare, non sono liberi di orientarsi nelle loro decisioni secondo le loro personali convinzioni morali, ma devono al contrario soggiacere alle leggi anche se in contrasto con tali convinzioni. Almeno in via di principio, l'etica formalistica è precisamente la loro etica professionale, che ad essi preclude di anteporre o sovrapporre al diritto la loro moralità sostanziale e soggettiva in quanto questa, estrinsecandosi nell'esercizio di um potere, equivale per chi la subisce ad arbitrio e sopruso.[41]

[41] FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Roma: Editori Laterza, 2008, p. 969. Traduzindo: "Os juízes penais, em particular, não estão livres de orientarem-se em suas decisões segundo as suas próprias convicções morais, mas devem, ao contrário, sujeitar-se às leis mesmo se em contraste com tais convicções. Ao menos em princípio, a ética formalista é precisamente a sua ética profissional, que os impede de antepor ou sobrepor ao direito a sua moralidade substancial e subjetiva, enquanto esta, exteriorizando-se no exercício de um poder, equivale para quem a ele se submete, ao arbítrio e ao abuso".

O Poder Judiciário, na proposta garantista, é o último refúgio do cidadão, que busca abrigo quando lhe faltam seus direitos fundamentais. Se este – justamente o Poder encarregado de arbitrar os conflitos entre os cidadãos e os outros Poderes, ou destes entre si – passa a desrespeitar os limites de sua função jurisdicional, invadindo a esfera privativa de outro Poder, comete um abuso contra o qual não haverá árbitro para resguardar o cidadão que a tal Poder está sujeito. Instala-se, desta forma, ainda que com a melhor das intenções, a mais temida das ditaduras: a Ditadura da Toga, contra a qual simplesmente não há mecanismos institucionais de controle.

Daí a importância de autocontenção no exercício da Jurisdição, notadamente da Jurisdição Constitucional, a cargo da mais alta Corte do país e, portanto, dignatária das últimas esperanças do cidadão no que tange a encontrar amparo em seus direitos fundamentais.

Resistir à tentação de fazer o politicamente correto, às vezes implica em renunciar às convicções pessoais e morais, no fito de fazer o juridicamente certo, que é aplicar a Lei ao caso concreto, ainda que não se concorde com a solução escolhida pelo legislador. O juiz é aquele que, se necessário, deve contrariar toda a opinião pública, para assegurar o direito do cidadão que a ele faz jus. Daí é inconcebível um Poder Judiciário movido pela opinião pública, já que suas decisões são contramajoritárias por natureza e, como tais, não podem ser tomadas visando a satisfazer o que a moral comum julga ser o politicamente correto.

Não se descuida da possibilidade de o Juiz deixar de aplicar a Lei, apontando vício formal ou material de inconstitucionalidade, quando do exame de sua compatibilidade vertical com a Carta Magna. No entanto, o que se impõe, nesta tarefa, para não se perder a honestidade intelectual e jurisdicional, é que o Magistrado aponte objetivamente na Constituição qual a regra ou princípio com os quais a norma infraconstitucional não se compatibiliza, de modo que possa legitimamente afastá-la. O que não se pode admitir é que, a pretexto de realizar o controle de constitucionalidade, o Juiz empreste a princípios constitucionais abstratos por natureza um grau ainda maior de abstração, de modo que, bom adepto da teoria da argumentação, extraia a consequência que bem lhe aprouver, motivado por preferências pessoais e juízos de valor morais quanto ao acerto ou desacerto do legislador infraconstitucional, substituindo-se a ele e desprezando a margem de

conformidade com a norma superior decorrente da discricionariedade legislativa. Tal conduta, infelizmente, tem grassado, tanto em controle difuso, quanto em controle concentrado de constitucionalidade, representando, para dizer o mínimo, uma fraude interpretativa. Não se interpretam, desta forma, os princípios e regras constitucionais e, sim, escreve-se na Constituição o que ele, Juiz, gostaria que nela estivesse escrito, de modo a corrigir supostos desvios morais do legislador ou mesmo omissões legislativas.

Quando este comportamento é proveniente da mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal, nada resta a ser feito pelo cidadão jurisdicionado, senão se curvar à Ditadura da Toga, já que rebelar-se contra ela de nada adiantará do ponto de vista prático e, muito provavelmente, será classificado como mero *jus sperniandi*[42].

Em artigo inspirado em publicação de semanário de circulação nacional, Geraldo Prado, em conjunto com outros autores, afirma que:

> Cabe à doutrina reforçar argumentativamente a legitimidade do caráter contramajoritário da jurisdição criminal, especialmente quando desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, como válvula de escape para a proteção de direitos e garantias fundamentais do acusado em tempos de construção midiática da verdade. [43]

Assim, considerando o caráter desta proposta garantista, caso seja difícil para o Supremo Tribunal processar e julgar autoridade com prerrogativa de foro na Corte, que invista em infraestrutura, mas não negue a sua competência constitucional pelo simples fato de não conseguir desempenhá-la a contento.

c. O bizarro inquérito originário decorrente da Portaria nº 69, de 14 de março de 2019, do Gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal (na contramão da proposta de redução do alcance de foro)

Nem era proposta original deste texto abordar a obscena portaria nº 69, da lavra do senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, que instaurou, *ex officio*,

[42] Como recentemente dito em entrevista veiculada em telejornal de âmbito nacional, em tom de menoscabo, por integrante da Corte, frente a críticas de segmentos de operadores do Direito e da própria Academia, diante de uma situação para lá de bizarra, objeto do derradeiro tópico destes escritos.

[43] BORGES, Ademar; PRADO, Geraldo; TAVARES, Juarez. *A Construção Midiática de Casos Criminais Pode Ofender Direitos Fundamentais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-midia-crime.pdf> Acesso em 18.JAN.2019.

inquérito originário, no âmbito da Corte, para apurar a autoria de supostos crimes decorrentes de *fake news* veiculadas com o objetivo de atingir a mais alta Corte do país ("denunciações caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi* e *injuriandi*, que atingem a honorabilidade do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares"[44]). No entanto, como vai na contramão da sua mais recente jurisprudência, no sentido de restringir o alcance do foro por prerrogativa de função a crimes relacionados ao cargo ou função da autoridade detentora, e bem assim pela bizarrice[45] da iniciativa, parece oportuna a abordagem crepuscular, no epílogo deste texto, que acabou, assim, atropelado pelos fatos (já se tinha por encerrado o escrito).

Situar a iniciativa no tempo é tão emblemático quanto apontar o seu gritante desacerto. Isto porque a portaria foi tornada pública exatamente quando o Supremo Tribunal Federal se debruçava sobre a questão da competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns de corrupção, no âmbito da denominada operação "lava-jato", quando relacionados a "Caixa 2" de campanha eleitoral. No *leading case* em questão, que dividiu o plenário da Corte, estava em discussão, como ponto central, justamente o princípio do juiz natural, um dos muitos esquartejados com a malsinada iniciativa de instaurar, de ofício, inquérito, designando, por livre escolha, um dos Ministros da Corte como relator, para apurar crime cuja autoria é ignorada, não sendo, de início, a par de fixada a atribuição da Corte para investigá-lo originariamente, identificada nenhuma autoridade com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal como possível autora dos supostos delitos. Trocando em miúdos, a presidência do Supremo Tribunal Federal instaurou, de ofício, inquérito, chamando a competência da Corte, para investigar um suposto fato criminoso sem autoria identificada, portanto sem saber se foi cometido por alguns de seus jurisdicionados no âmbito criminal originário. E isto, repita-se, quando estava debruçado sobre o princípio do juiz natural! Ou seja: parece que parte expressiva da Corte (embora a iniciativa tenha sido isolada da presidência, de acordo com as

[44] Vide http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405790, acesso em 20 de março de 2019.

[45] Não há vocábulo mais ameno para definir a inusitada situação!

manifestações que se seguiram, foi endossada por alguns de seus pares[46]) não compreende o significado dos temas que discute!

A instauração de inquérito originário no Supremo Tribunal Federal, sem vincular à determinada autoridade detentora de foro naquela Corte, é a primeira das bizarrices da iniciativa[47], uma gritante ofensa, no ponto, ao celebrado princípio do juiz natural[48]. Aliás, dupla ofensa, quando, ato contínuo, ao invés de submeter a iniciativa à distribuição dentre os Ministros, resolveu-se designar um de seus integrantes para presidir o apuratório inquisitivo.

Nem se diga que o Regimento Interno da Casa assim o permite, porque, mesmo que tenha sido recebido como lei ordinária, é evidente que não pode contrariar a Constituição, que consagra o referido princípio expressamente, é desnecessário frisar. Caberia até, em tese, controle concentrado de constitucionalidade, no fito de afastar as normas regimentais que conflitam com o Texto Maior[49].

A iniciativa em comento, não bastasse esse pecado original, ainda vai na contramão da jurisprudência restritiva do alcance do foro. Ora, se nem quando se trata de autoridade com foro por prerrogativa de função na Corte o Supremo Tribunal Federal quer processá-la e julgá-la, a não ser se o crime de que é acusada tiver relação com as suas funções, como se pode imaginar, então, esse mesmo Supremo Tribunal Federal atraindo, de ofício, a sua jurisdição antes mesmo de identificar uma autoridade com foro originário na Corte como possível autora do crime investigado?

Ora, em casos tais é exatamente o contrário que o padrão culto, dentro da melhor ciência processual, recomenda fazer: primeiro se instaura o inquérito nas

[46] Exceção honrosa e digna de todas as láureas tem que ser rendida ao eminente Ministro Marco Aurélio, que teve a coragem de vir a público criticar a iniciativa, colocando todos os "pingos nos is", a renovar todo o respeito que se deve devotar à sua judicatura coerente e por vezes incisiva, ainda que se possa aqui e acolá discordar de muitas de suas posições pessoais na jurisprudência da Corte.

[47] Mas não é a única, como se verá em seguida.

[48] Escreveu-se na Constituição uma inusitada e inédita hipótese de foro por prerrogativa de função decorrente da pessoa da suposta vítima. A hipótese mais parecida, mas que, à toda evidência, não é análoga à esdrúxula situação comentada, não servindo, portanto, de paradigma, é a competência para julgamento do *habeas corpus* quando o paciente (independentemente do coator) é autoridade sujeita à jurisdição da Corte. Mas, repita-se: a hipótese não serve de paradigma. Porém, mesmo que servisse, não foi invocada, o que mostra que o autor da iniciativa nem se lembrou dela (não se venha, agora, invocá-la, por conveniência, para tentar justificar o injustificável).

[49] Sugestão, quem sabe, para a Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral da República. Seria interessante ver o que a Corte decidiria, provocada no exercício de sua atividade-fim, por meio de ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), sobre a compatibilidade vertical com a Constituição das normas regimentais que serviram de alicerce para a esdruxularia em comento.

instâncias ordinárias, para apurar a autoria do fato criminoso e, em seu decorrer, quando se descobrem indícios de autoria por parte de autoridade sujeita à prerrogativa de foro, é que se desloca a atribuição para a respectiva Corte, se for o caso de ser investigada em inquérito originário[50], ou para a chefia do *Parquet*, quando não é o caso de inquérito originário nos Tribunais Superiores. No caso concreto em exame, o Supremo Tribunal Federal fez exatamente o contrário, colocando a carroça na frente dos bois, como diz a sabedoria popular.

Mas não é só. Essa não é a única perplexidade suscitada pela iniciativa. Aliás, é até difícil graduar as bizarrices, para a sequência da abordagem crítica[51].

Próxima bizarrice: o Supremo Tribunal Federal instaurando procedimento investigatório de ofício?! Mais uma vez, por favor, não se diga que o Regimento Interno da Casa autoriza o seu presidente a fazê-lo. É amesquinhar demais o conhecimento acerca da hierarquia das normas e da necessidade de compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais com a Constituição Federal, temática, aliás, que é a vocação principal do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional.

[50] O que, ainda assim, é bastante discutível a simples existência de um inquérito originário no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, mesmo em suas hipóteses mais conservadoras (requerida a instauração pelo Procurador-Geral da República), eis que previsto apenas em norma regimental, em afronta às próprias funções institucionais conferidas ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, e de resto ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, bem como em afronta às funções institucionais do Ministério Público, conferidas, também, pela mesma Constituição. O correto, do ponto de vista do sistema acusatório e de tudo o quanto daí decorrente, seria, em caso infração penal atribuída a autoridade com foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, o próprio Procurador-Geral da República instaurar procedimento investigatório originário no âmbito do Ministério Público que chefia (poderia até requisitar diligências investigatórias à Polícia Federal, aí agindo sob a supervisão direta do Procurador-Geral da República), dirigindo-se ao Supremo Tribunal Federal ou a Superior Tribunal de Justiça apenas se viesse a demandar, no curso de seu procedimento investigatório, alguma medida cautelar (pessoal, probatória ou real), preparatória ao exercício da ação penal, em face das referidas autoridades. Ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, ao invés do inquérito originário (leia-se comandar investigação criminal preparatória ao exercício da ação penal, exercendo, portanto, o *jus persequendi* de que não é titular, ainda que a requerimento do Ministério Público – que se é titular do *jus persequendi*, *dominus litis* que é por determinação constitucional, não deveria precisar se submeter ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para mera atividade administrativa de investigação criminal em face das autoridades que têm nessas Cortes prerrogativa de foro, exceto se precisasse, repita-se, de alguma medida cautelar, sujeita à reserva de jurisdição, para instruir o seu procedimento e prosseguir nas investigações), só deveria caber a apreciação e eventual concessão ou não de medidas cautelares, pessoais, probatórias ou reais, porquanto sujeitas ao princípio da reserva de jurisdição, no decorrer das investigações criminais da chefia do *Parquet*.

[51] Iniciou-se pela questão do princípio do juiz natural apenas para melhor acomodar a discussão neste tópico do presente estudo.

Será que alguém já ouviu falar em sistema acusatório e funções institucionais do Ministério Público? É constrangedor ter que lembrar isto, como evidência da segunda bizarrice exposta à presente biópsia. Ora, investigar a prática de infração penal é tarefa inerente ao *jus persequendi*, de que é titular o Ministério Público, como *dominus litis*, não aos órgãos do Poder Judiciário, pouco importa o que seus regimentos internos possam estabelecer a esse respeito. Esse é o arranjo constitucional. Será que é preciso se aprofundar nesta linha de fundamentação? O estudo do sistema acusatório faz parte dos primeiros conteúdos ensinados aos alunos de graduação na disciplina processo penal. Como alguém pode se esquecer disto justamente quando alcança o ponto mais alto das carreiras jurídicas?

A instauração de inquérito originário, por ato de ofício do Supremo Tribunal Federal, simplesmente usurpa as funções institucionais do Ministério Público, e constitui gritante ofensa ao princípio acusatório, que veda a iniciativa investigatória por parte dos órgãos do Poder Judiciário, aí incluído o Supremo Tribunal Federal, como não poderia deixar de ser. Afronta, também, o princípio da separação de poderes, a passo em que, deixando de lado a desejável autocontenção, o Supremo Tribunal Federal avança sobre as funções institucionais do Ministério Público e da Polícia.

Veja-se, interessante e, nos tempos atuais, de certa forma curiosa, lição de Alexandre de Moraes, acerca da separação de funções estatais:

> A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, bem como da instituição do Ministério Público (CF, arts. 127 a 130), independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.[52]

Como resultado dessas duas bizarrices, produz-se uma terceira bizarrice, talvez a mais constrangedora de todas: se é verdade as premissas até então levantadas[53] – a de que a iniciativa da presidência do Supremo Tribunal Federal de

[52] MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral.* São Paulo: Atlas, 1998, p. 66.

[53] No que se pode afirmar que toda a doutrina tem sido unânime em fazer coro com essas críticas, passada a perplexidade com que foi recebida a surpreendente iniciativa.

instaurar o inquérito originário agride o princípio do juiz natural, maltrata o sistema acusatório e usurpa as funções institucionais do Ministério Público – a consequência inexorável disto é que, conduzindo uma investigação criminal para a qual não está definitivamente legitimado, o Supremo Tribunal Federal está prestes a produzir indícios de prova ilícitos, por conseguinte imprestáveis para servir de suporte probatório mínimo a eventual ação penal que possa vir a ser deflagrada pelo Ministério Público, caso descoberta a autoria dos supostos *fake news* ofensivos à Corte.

Assim, concluído o teratológico inquérito do Supremo Tribunal Federal e remetido ao órgão do Ministério Público com atribuição em função do(s) apontado(s) autor(es) das infrações penais apuradas, não poderá servir de base à propositura de ação penal, dada a ilicitude da prova coligida, em decorrência do vício de iniciativa, por conta da ilegitimidade da autoridade investigadora para exercer a persecução penal na etapa preliminar. Sendo assim, caberá ao Promotor de Justiça, Procurador da República (ou Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República, conforme o caso – a depender de quem vier a ser indiciado) ignorar solenemente o caderno indiciário produzido pelo Supremo Tribunal Federal, destinando-o à lata do lixo.

Sem prejuízo, claro, de instaurar um procedimento investigatório legítimo, o próprio Ministério Público ou a autoridade policial, para apurar a autoria dos supostos *fake news* e, uma vez descoberta, promover a responsabilidade penal dos seus responsáveis, mas com base em caderno indiciário coligido por autoridade legitimada e com atribuição constitucional para investigar infrações penais, já que, no mérito, indiscutivelmente, é inadmissível tentar desestabilizar a mais alta Corte do país, por meio da disseminação de notícias falsas envolvendo seus Membros, cujos votos na Corte, por mais teratológicos que possam ser na perspectiva do observador mais crítico, são dignos de acatamento e respeito, não podendo a irresignação decorrente da observada teratologia ultrapassar o campo sempre fértil e desejável da crítica acadêmica, onde a liberdade de cátedra, inimiga do argumento de autoridade, há de proteger a livre expressão do pensamento literário, de sorte a colaborar, pela boa doutrina, com a construção de decisões judiciais melhores neste sofrido e desencantado país.

6. UMA BREVÍSSIMA CONCLUSÃO

Um bom caminho para se compreender e aperfeiçoar o instituto do foro por prerrogativa de função é compreendê-lo sem hipocrisia e sem os clichês de uma suposta igualdade imposta pelo discurso do politicamente correto, lamentavelmente incorporado em grande parte no discurso judicial contemporâneo, em afronta ao caráter contramajoritário que se espera da atuação Poder Judiciário, como última trincheira garantista.[54]

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BORGES, Ademar; PRADO, Geraldo; TAVARES, Juarez. *A Construção Midiática de Casos Criminais Pode Ofender Direitos Fundamentais*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo-midia-crime.pdf. Acesso em: 18 jan. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial no STF.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale. Roma: Editori Laterza, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal.* Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal.* São Paulo: Saraiva, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral*. São Paulo: Atlas, 1998.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2017.

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

[54] A conclusão será propositadamente curta e vai se resumir a esta única assertiva, como forma de ilustrar, com certa sutileza, o que, para o autor, parece ter por detrás da reengenharia que se pretende fazer, por meio de ativismo judicial, no instituto do foro por prerrogativa de função. O mais é só refletir com isenção.

8. **ÍNDICE**.

1. O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.
    a. Noção. Necessidade de blindagem das autoridades detentores de cargos importantes.
        i. Proteção ao cargo.
        ii. Conflitos inerentes ao exercício da função.
    b. Prerrogativa X privilégio.
    c. Crítica à prodigalidade na distribuição do foro.
2. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.
    a. A garantia do duplo grau de jurisdição.
        i. Fonte constitucional implícita.
        ii. Fonte convencional (supralegal) explícita.
    b. Alcance da garantia – máxima eficácia a partir do efeito devolutivo pleno dos recursos cabíveis.
    c. Natureza e fonte das normas que estabelecem o foro por prerrogativa de função como forma de se compatibilizarem com a garantia do duplo grau e sua máxima eficácia.
3. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E REUNIÃO DE PROCESSOS POR CONEXÃO E CONTINÊNCIA.
    a. *Simultaneus processos* X *prorrogatio fori*.
    b. Natureza jurídica e fonte das regras de reunião de processos decorrentes da conexão e da continência.
    c. A atração do corréu ao foro por prerrogativa de função nas hipóteses de continência e da prática de crimes conexos com autoridades que o detém. (Im)possibilidade. Conflito constitucional. Garantia do duplo grau.
        i. Caso de corréus com foro em Tribunais diversos.
        ii. Caso de corréu com foro e corréu sem foro por prerrogativa de função.
4. A JURISPRUDÊNCIA CLAUDICANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
    a. As incoerências da Corte no que tange à reunião de processos em decorrência da conexão e da continência.
    b. Casos paradigmáticos:
        i. “Mensalão”.
        ii. “Operação Furacão”.
    c. A confusão entre os institutos da *prorrogatio fori* e da *simultaneus processos*.
5. A PROPOSTA DE REDUÇÃO DO ALCANCE DO FORO A CRIMES RELACIONADOS À FUNÇÃO DO AGENTE.

a. Previsão constitucional para “crimes comuns e de responsabilidade”. Ativismo judicial interpretativo.
b. O Judiciário como poder contramajoritário e a necessidade de autocontenção como exigência do Estado Democrático de Direito.
c. O bizarro inquérito originário decorrente da Portaria nº 69, de 14 de março de 2019, do Gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal (na contramão da proposta de redução do alcance de foro).

6. UMA BREVÍSSIMA CONCLUSÃO.