

“MENSALÃO”, COMPETÊNCIA DO STF POR PRERROGATIVA DE FORO E UNIDADE DE PROCESSO: “uma derrapagem contingencial”¹

LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ

Advogado Criminal em SP. Conselheiro do IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa Márcio Thomaz Bastos

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Encaminhamento processual da questão
3. Enfoque constitucional do tema
 - 3.1 Natureza, caráter e razão de ser da competência especial por prerrogativa de função instituída pelo art. 102, II, *b*, da Constituição. Cancelamento do enunciado 394 da Súmula do STF
 - 3.2 Consequente imprescindibilidade de preceito constitucional expresso para a válida ampliação dessa competência especial. Declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 84 do CPP, acrescentados pela Lei nº 10.628/2002
 - 3.3 Conexão e continência: inidoneidade jurídico-normativa das normas comuns que as definem e regulam para alargar competência de natureza constitucional e caráter excepcional, sobretudo no que tange ao processo e julgamento de quem seja estranho à sua determinante jurídica
 - 3.4 Súmula 704 do STF: nenhum dos precedentes que inspiraram sua edição versava sobre competência originária do STF e, portanto, sobre julgamento em única instância. Decorrente impertinência à espécie
4. Pacto de São José. *Status* normativo quando menos “supralegal”. Suficiência para tornar inaplicáveis, por conflitarem com a “garantia mínima”, por ele estabelecida, de “recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, os dispositivos infraconstitucionais (conexão e continência) determinantes do deslocamento da competência penal originária para o STF
 - 4.1 A condição de fator determinante da derrogação implícita, pela Súmula Vinculante 25, de norma genuinamente constitucional (art. 5º, LXVIII, última parte) confere-lhe, todavia, força constitucional
5. A decisão do STF e seu manifesto antagonismo com a orientação da Corte antes e depois do “mensalão”

¹. Para não dizer “um ponto fora da curva”. Ou “da reta”!

1. INTRODUÇÃO

Meados de 2011. Dr. Márcio Thomaz Bastos, hoje já tão saudoso, assume o patrocínio da defesa de um dos denunciados no ruidoso processo do “mensalão” (STF – AP 470), em cujo horizonte já se anunciava a abertura da fase de alegações finais.

Honrou-me ele com convocação profissional para auxiliá-lo no esquadramento técnico jurídico do caso à procura dos pontos sobre os quais à derradeira peça defensiva de seu constituinte caberia versar.

Dentre um sem número de relevantes questões de forma e de fundo, especial interesse e detida reflexão despertou-me a extensão da competência penal originária do STF por prerrogativa de função aos acusados que não a detinham (34 dos 40) e a consequente unidade de processo e julgamento.

Já havia a Corte, é certo, apreciado o tema ao julgar a 2ª questão de ordem (06/12/2006) e, na mesma linha, o 3º e o 11º agravos regimentais (12/08/2010 e 07/10/2010). Tanto quanto decidido pelo *simultaneus processus*.

Não, porém, sob a ótica da Lei Fundamental do país e dos tratados internacionais nele em vigor, diante dos quais, a nosso ver, incontornável a inadmissibilidade de submissão de denunciados desprovidos de prerrogativa de foro à excepcional competência penal originária dela decorrente.

Mas, apenas, na perspectiva da legislação infraconstitucional. E, sobretudo, quanto à conveniência ou não, à luz das diretrizes, preponderantemente utilitaristas, do artigo 80 do CPP, da unidade de processo e julgamento na hipótese de conexão ou continência.

Convencemo-nos – Dr. Márcio, eu e Maíra Salomi, jovem e talentosa advogada – , de que a ampliação, por conta de normas ordinárias (dispositivos do CPP sobre conexão e continência), da estrita competência penal instituída pelo artigo 102, I, *b* e *c*, da Carta Maior para acusados que não integrassem o rol dos agentes políticos ou servidores públicos por ele enumerados, ressentia-se de radical antinomia com o próprio texto constitucional, em especial no campo dos direitos e garantias individuais fundamentais relacionados à persecução criminal (juiz natural, amplitude do direito de defesa, duplo grau de jurisdição ou “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” – artigo 8, nº 2, letra *h*, do Pacto de São José da Costa Rica.

2. Encaminhamento processual da questão

Por guardar a matéria *“natureza essencialmente constitucional, revestindo-se, ademais e por conseguinte, de transcendental relevo jurídico-processual, máxime no que concerne à prejudicialidade sobre o julgamento do mérito”*, optou o Dr. Márcio por sua *“pronta e autônoma arguição”*, para que o relator, ministro Joaquim Barbosa, *“no compasso do disposto no artigo 21, III, do RISTF, [a submetesse], antes daquele e como questão de ordem, ao colendo Plenário, poupando-se – e aos demais Ministros – do trabalho, por conta dela eventualmente desnecessário, a despeito de vultosamente árduo e arduamente vultoso, de analisar e julgar, no tocante ao ora peticionário e, eventualmente, também a muitos dos demais denunciados, o objeto material do processo e seu vastíssimo conteúdo”* (petição nº 72020/2011, apresentada em 31/08/2011).

Por decisão proferida em 07/12/2011, indeferiu o relator o pedido de *“(…) desmembramento do processo para remessa à primeira instância, objetivando a seqüência no tocante aos que não gozem de prerrogativa de foro. (...) A questão suscitada pelo réu [...] já foi submetida, por mais de uma vez, ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, sendo, em todas as oportunidades, rejeitada, conforme se verifica na segunda questão de ordem no inquérito 2245 (que deu origem a esta ação penal), bem como no terceiro e no décimo primeiro agravos regimentais interpostos neste feito”*

Agravo regimental manejou, então, a defesa. Fundamentos, em síntese:

*“Já o ora peticionário, bem diversamente, requer a declaração da incompetência desse c. STF para processá-lo e julgá-lo em única instância, porquanto – antes, por sobre e independentemente da “conveniência”, por tal ou qual motivo, da “unidade processual” – a prorrogação, em virtude de regras menores, da estrita e restrita competência estabelecida pelo art. 102, I, b, da Carta Maior resente-se de fulgurante, multifacetada e irremissível antinomia com o texto e o contexto da Constituição. Logo, “desmembramento”, aqui, não constitui o pedido, mas apenas consequência, meramente procedimental, do acolhimento da proposição de inconstitucionalidade da submissão do peticionário, por extensão, à competência penal originária dessa augusta Suprema Corte” (...) Esta, sim – e fulcralmente – , a *“questão suscitada”* pelo ora agravante no arrazoado rejeitado pela r. decisão ora impugnada. E, como tal, jamaiz apreciada por essa colenda Suprema Corte no caso vertente”.*

A ele, todavia, negou seguimento Sua Excelência (decisão de 02/05/2012).

1º de agosto de 2012. Sessão do Pleno do STF. Pauta: processo do “mensalão”. Dr. Márcio Thomaz Bastos pede a palavra, “*pela ordem*”: Ministro Carlos Britto, presidente, concede-a. Dr. Márcio:

“Senhor Presidente, Senhoras Ministras, Senhores Ministros, Senhor Procurador-Geral da República, tão logo eu ingressei neste processo, em 31 de agosto de 2011, apresentei um pedido ao eminente Relator, solicitando-lhe que apresentasse uma questão de ordem ao Plenário, averbando a incompetência constitucional deste egrégio Supremo Tribunal Federal para julgar réus que não tivessem a prerrogativa de foro do artigo 102, I, letras “b” e “c”.

Essa petição foi rejeitada, sem ter sido, data venia, respondida. E disso eu interpus um agravo regimental ao qual também foi negado seguimento, dizendo, então, o eminente Relator - a quem eu rendo as minhas melhores homenagens -, dizendo Sua Excelência que a matéria já tinha sido debatida pelo Plenário e decidida pelo Plenário. Sucede que a matéria não foi, sob o enfoque constitucional, decidida pelo Plenário. Ela foi decidida à luz da legislação infraconstitucional. Todas as vezes que se arguiu, durante a Ação Penal nº 470 e a investigação que a precedeu, essa questão do desmembramento, ela foi feita, ou à luz de critérios de conexão, de continência, de utilidade, de rapidez do processo. E nunca, em nenhum momento, ela foi enfrentada por esta alta Corte, sob o viés constitucional da impossibilidade da extensão daquelas competências, que, como bem diz o Ministro Marco Aurélio, são de direito estrito, a réus que não tinham o foro de prerrogativa.

De modo que não se pode falar em preclusão no momento em que a questão é trazida de novo - e pela primeira vez - ao Plenário da Corte. Todas as vezes em que isso foi discutido, até pelo campo semântico se pode ver, não se falou em constitucionalidade, não se falou em duplo grau de jurisdição, em juízo natural, em Pacto de San José da Costa Rica e em constitucionalidade. Todas as vezes se discutiu se era útil, se não era útil, se havia conexão ou se não havia conexão ou continência.

O fato é que esta matéria, pela primeira vez, é colocada à apreciação desta egrégia Corte neste momento. Não se venha a dizer, como me perguntaram aí fora, se se tratava de um expediente para adiar o julgamento disso. Ao contrário, o processo está pronto para ser julgado; se a questão de ordem que eu proponho como petição, para que o Plenário a veja como questão de ordem, for concedida, o que vai acontecer é que o processo vai pronto para um juiz natural decidi-lo e dar a sua sentença condenatória ou absolutória ou desclassificatória. (...)

*O fato é que o eminente Relator trocou o efeito pela causa. A causa de pedir nessa proposta de questão de ordem foi a incompetência da Corte para julgar quem não tivesse prerrogativa de foro, por extensão, por legislação infraconstitucional. E o efeito, um efeito processual ou procedimental, este, sim, é o desmembramento natural do feito. Mas a questão, a **causa petendi** é a primeira vez que é colocada aqui. (...)*

E nem se diga que a Súmula nº 704 pudesse trazer arrimo e conforto a essa prorrogação, a essa extensão, porque ela não traz. Basta olhar os seus precedentes para ver que nenhum deles se refere a decisões do Supremo Tribunal Federal. Nenhum deles se refere à instância única. Então, essa é uma situação singular; não se pode falar em preclusão (...)” (Acórdão AP 470, fls. 51661/51664).

Exaltações do relator à parte, averbou o revisor, ministro Ricardo Lewandowski:

“Eu estou identificando, Senhor Presidente, com todo o respeito ao eminente Relator e aos demais que eventualmente forem divergir, que nós estamos, sim, diante de um aspecto novo, diante de uma questão constitucional ainda não enfrentada especificamente por esta Suprema Corte.(...) Embora a

questão do desmembramento do feito tenha sido apreciada por ocasião do julgamento da Segunda Questão de Ordem no Inq 2.245/MG, entendo que esta Suprema Corte está obrigada a revisitar a matéria suscitada em sede preliminar nos autos e nesta questão de ordem, agora sob uma perspectiva ainda não enfrentada, de maneira a resolver não apenas a objeção aqui arguida, mas também para balizar futuras decisões que venha a prolatar em situações análogas” (Acórdão AP 470 – fls. 51672/51673).

Então, à “*perspectiva ainda não enfrentada*”:

3. Enfoque constitucional do tema

3.1 Natureza, caráter e razão de ser da competência especial por prerrogativa de função instituída pelo art. 102, II, b, da Constituição. Cancelamento do enunciado 394 da Súmula do STF

Em voto referendado, unanimemente, pelo Pleno da Corte, assinalou o ministro Celso de Mello:

“Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. Isso significa, na perspectiva da pretensão recursal deduzida pelo Deputado Federal Vittorio Mediolí, que as atribuições constitucionais do Supremo Tribunal Federal devem merecer interpretação que impeça a expansão indevida da competência originária desta Alta Corte, para que não se transgrida com a – com a concessão de prerrogativa de foro a ex-ocupantes de cargos públicos ou a ex-titulares de mandatos eletivos – um valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade, em ordem a viabilizar, desse modo, em relação a quem não mais detém certas titularidades funcionais no aparelho de Estado, a aplicação ordinária do postulado do juiz natural, cuja importância tem sido enfatizada, em sucessivas decisões, por esta Corte Suprema (RTJ 149/962-963 – RTJ 169/557 – RTJ 179/378-379, v.g.) (...)

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

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

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

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

Cabe lembrar, neste ponto, por necessário, que a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal foi cancelada quando do julgamento do Inq 687-QO/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES (RTJ 179/912-913), ocasião em que esta Corte, fundada no princípio republicano, corretamente assinalou que "as prerrogativas de foro, pelo privilégio que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como o são, também, os exercentes de tais cargos ou mandatos" (grifei)." (Inq 1.376-AgR/MG, j. 15/02/2007. DJ 16/03/2007. Maior parte dos realces gráficos no original).

Competência penal originária do STF por prerrogativa de função: *"matéria de direito estrito", "excepcional", dado acarretar e refletir "derrogação extraordinária dos postulados da igualdade e de juiz natural".*

Estes, a valer, os fatores determinantes do cancelamento, também por votação unânime, de sobredita súmula do STF, por descabida ampliação da competência especial por prerrogativa de foro (Inq-QO 687, Rel. Min. Sidney Sanches, j. 25/08/1999, DJ 09/11/2001):

"Não há dúvida de que, no caso, se trata de jurisdição excepcional, que afasta o juiz natural de qualquer pessoa, chegando-se a dizer que se trata de foro privilegiado. (...) A prerrogativa de foro é, sem dúvida, excepcional. Ela afasta o Juiz natural nos termos estritos da Constituição, ou seja, em favor do parlamentar que permaneça no exercício do mandato durante o processo e por ocasião do julgamento por esta Corte. A Constituição não diz que essa prerrogativa persiste, depois de o parlamentar deixar de sê-lo, se o crime de que ele é acusado for cometido durante o exercício do mandato, nem que tenha sido em decorrência desse exercício" (Ministro Moreira Alves, fls. 282 (primeiro excerto) e 285 (segundo) do acórdão).

"Os cidadãos devem ser julgados pelo juiz natural de todos eles. Assim, as normas que estabelecem foro privilegiado, que é o nome correto do foro por prerrogativa de função, devem ser interpretadas em sentido estrito, sem possibilidade de ampliação, certo que a Súmula 394 amplia, consideravelmente, esse foro, quando não mais existente a sua razão, segundo os que o imaginaram, porque já não ocorrente o exercício do cargo, função ou mandato, pelo simples fato de que esse exercício já fora extinto" (Ministro Carlos Velloso, fl. 295).

3.2 Consequente imprescindibilidade de preceito constitucional expresso para a válida ampliação dessa competência especial. Declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 84 do CPP, acrescentados pela Lei nº 10.628/2002

"Jurisdição excepcional, que afasta o juiz natural de qualquer pessoa", a competência penal originária do STF – sobretudo, porque primariamente definida pela própria Constituição – não comporta alteração senão por meio de norma também e necessariamente constitucional: "A competência originária da Corte, para o processo e julgamento de delitos, decorre da Constituição. Somente se altera a competência

originária do Tribunal, modificada a sede normativa” (Ministro Néri da Silveira no julgamento em que se decretou o cancelamento da Súmula 394; fl. 305 do acórdão).

Maria Lúcia Karam, em valiosa monografia sobre competência criminal, após destacar que, *“em regra são os órgãos jurisdicionais de 1º grau que conhecem originalmente da causa, só excepcionalmente cabendo aos órgãos superiores este conhecimento originário. É o que ocorre quando, diante da necessidade de resguardar a dignidade e a importância para o Estado de determinados cargos público, a Constituição Federal estabelece a competência originária dos tribunais em processos onde figurem como partes ocupantes daqueles cargos, assim definindo a chamada competência por prerrogativa de função. Deve se ressaltar que, na realidade, não se tem aqui propriamente uma prerrogativa, operando o exercício da função decorrente do cargo ocupado pela parte como o fator determinante da atribuição da competência aos órgãos superiores, não em consideração à pessoa, mas ao cargo ocupado”,* coerentemente adverte não estar *“(…), evidentemente, o legislador ordinário autorizado a excepcionar ou ampliar regras constitucionais” (Competência no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pgs. 23 e 67).*

Em questão de ordem aventada no Inquérito 2.010-9/SP e igualmente submetida ao Pleno, com tomo anotou o ministro Marco Aurélio, relator:

“A competência do Supremo Tribunal Federal está delimitada na Constituição Federal. Preceitua a alínea “b” do inciso I do artigo 102, competir ao Supremo processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o Procurador-Geral da República. A definição constitucional tem como móvel o cargo ocupado e não a proteção deste ou daquele cidadão. Esse enfoque, calcado no princípio do juiz natural, prevaleceu na ocasião em que a Corte, apreciando questão de ordem no Inquérito nº 687-4, a envolver o indiciado Jabes Pinto Rabelo, veio a rever, para cancelá-lo, o Verbete nº 394, que integrava a Súmula da respectiva jurisprudência predominante com o seguinte teor:

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

Ora, a Lei nº 10.628/2002, ao dispor sobre a persistência da competência especial por prerrogativa de função, acabou discrepando da ordem natural das coisas. É que o Supremo Tribunal Federal, ao cancelar o citado enunciado, procedeu à interpretação da Carta da República, do que se contém nas alíneas “b” e “c” do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, revelando-as definidoras da competência maior apenas quando ocupado o cargo. Em síntese, o legislador ordinário acabou por aditar as citadas alíneas para nelas incluir, em detrimento de interpretação consagrada pelo Plenário desta Corte, a continuidade do foro dito especial por prerrogativa de função, em que pese a cessação do exercício desta última. (...)

Ora, firmada a premissa de que definidora da competência do Supremo Tribunal Federal é a Constituição Federal, tem-se que lei ordinária que venha alterá-la, para elastecer ou diminuir o âmbito de atuação, surge manifestamente inconstitucional.” (Unânime. DJe nº 102, 06/06/2008).

Ao julgar, em conjunto, as ADIs 2.797-2/DF e 2.860-0/DF, ambas ajuizadas contra os parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do CPP inseridos pela Lei nº 10.628/2002, decidiu o STF, em suma:

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

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

2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal.

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

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição - , às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador ou seja, que a Constituição como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

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

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

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

4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional.” (Ementa do acórdão alusivo à ADI 2.797-2/DF. DJ 19/12/2006).

No supracitado julgamento, o próprio relator do “mensalão”, ministro Joaquim Barbosa, votou, é fato, pela constitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP. Não, porém, por considerar juridicamente possível a modificação de competência originária do STF mediante preceito infraconstitucional. Mas por entender que “(...) esse dispositivo

traduz com acerto a exata finalidade da prerrogativa de foro prevista na Constituição de 1988, vinculando-a unicamente aos atos administrativos do agente e restringindo-a à circunstância objetivamente verificável de ser o ato relacionado ao exercício do cargo sem que dessa disciplina resulte acréscimo algum de competência dos Tribunais além do que fixado pela Constituição Federal (...)” (Página 04 do voto lançado na ADI 2.797-2/DF).

Tanto assim que, no arremate do voto, à colação trouxe Sua Excelência escólio do ministro Celso de Mello segundo o qual:

“ (...) ‘É importante rememorar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 17 de agosto de 1895 (Acórdão n. 5, Rel. Min. JOSÉ HYGINO), já advertia, no final do século 19, não ser lícito ao Congresso Nacional, mediante atividade legislativa comum, ampliar, suprimir ou reduzir a esfera de competência da Corte Suprema, pelo fato de tal complexo de atribuições jurisdicionais derivar, de modo imediato, do próprio texto constitucional, proclamando, então, naquele julgamento, a impossibilidade de tais modificações por via meramente legislativa, por não poder qualquer lei ordinária aumentar nem diminuir as atribuições do Tribunal (...)’ (‘Jurisprudência/STF’, p. 100/101, item n. 89, 1897, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional- grifei)” (Página 05 do voto proferido na ADI 2.797-2/DF).

Por via de estrita e inarredável consequência:

3.3 Conexão e continência: inidoneidade jurídico-normativa das normas comuns que as definem e regulam para alargar competência de natureza constitucional e caráter excepcional, sobretudo no que tange ao processo e julgamento de quem seja estranho à sua determinante jurídica

À partida, inelutável convir tratar-se, a conexão e a continência, de institutos processuais que, a par de circunscritos, em matéria de contemplação normativa primária, à legislação infraconstitucional, não constituem fator de definição de competência jurisdicional, mas, tecnicamente, de mera modificação².

². “Nos artigos 76 a 82, o Código de Processo Penal prevê normas sobre a competência por conexão ou continência. Estas, porém, **não** são causas **determinantes** da fixação da competência, como o são o lugar do crime, o domicílio do réu etc., **mas motivos que determinam sua alteração, atraindo** para a atribuição de um juiz ou juízo o crime que seria da **atribuição de outro.**” (MIRABETE, *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 173); “(...) Também entram no conceito de prorogatio fori, os casos de **conexão e continência**, pois neles, como notou Carnelutti, **há um desvio de competência para tornar possível a acumulação processual**. Sucede assim que um juiz, **‘normalmente incompetente** para conhecer de uma causa, quando proposta **isoladamente, torna-se competente** para conhecer dela, pelo fato de dever unir-se semelhante causa a outra, para a qual ele é competente, a fim de terem decisão simultânea (simultaneus processus), ao mesmo tempo que outro juiz perde, correspondentemente, sua competência na primeira causa. Em hipótese tal, a competência do juiz **não** se funda num **título originário e existente por si mesmo**: é, antes, a consequência da união de várias causas’ (...)” (FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 243/244).

Não se revestem, portanto, nem de força normativa nem de aptidão jurídica para alterar competência que, determinada pela própria Constituição, o é, para mais, estritamente em razão da relevância de determinados cargos e funções públicas (art. 102, I, *b e c*).

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

Mormente, porquanto esta competência de matriz constitucional e, para além de especial, excepcional mesmo, ao consagrar, como inafastável consectário lógico-jurídico, julgamento em instância única, suprime do acusado *extraneus*, a par da garantia essencial do juiz natural, o direito, igualmente fundamental, ao duplo grau de jurisdição.

Se privação tal revela-se razoável no tocante ao acusado que, por ostentar a condição determinante dessa competência jurisdicional diferenciada (“prerrogativa de foro”), sujeita-se à decorrentemente inevitável *“coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros”* (ALEXANDRE DE MORAES³, *Constituição do Brasil interpretada e legislação infraconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 109), a nenhum título, entretanto, justifica-se relativamente a acusado a ela absolutamente alheio e estranho, tanto quanto, por conseguinte, ao correlato confronto de valores constitucionais.

Não gratuitamente, pois, doutrina e jurisprudência compenetradas da excepcionalidade da competência por prerrogativa de função e de seus drásticos efeitos processuais, bem como da supremacia da Constituição, vigorosamente proclamam:

“Naturalmente, a competência estabelecida em regras constitucionais é improrrogável, não comportando modificação de qualquer natureza, inexistindo qualquer dúvida de que o exercício da jurisdição sem adequação ao disposto naquelas regras acarreta a incompetência absoluta do órgão ou grupo de órgãos jurisdicionais que assim atue. (...) O respeito à garantia do juiz natural certamente repercute ao mesmo tempo que condiciona a atribuição da competência pela vinculação de causas, limitando o alcance dos dispositivos estabelecidos nas regras contidas na lei processual penal, limitações estas impostas pela necessidade inafastável de

³. Consultado pelo Dr. Márcio Thomaz Bastos sobre as características, abrangência e aplicação da competência penal originária do STF, bem como acerca da possibilidade ou não de sua ampliação pela legislação ordinária, Alexandre de Moraes, em substancioso parecer, concluiu pela *“incompetência do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento de réus que não constem taxativamente nas previsões constitucionais de suas competências penais originárias.”*

assegurar a presença no processo do órgão constitucionalmente competente, assim assegurando a legitimidade do exercício da função jurisdicional.

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

Da mesma forma, a incidência da regra contida no inciso III do artigo 78 do Código de Processo Penal, que estabelece a prevalência do órgão jurisdicional superior, há que se condicionar ao que dispõem as regras constitucionais que definem a competência originária dos órgãos de diferentes categorias, só se podendo considerar a vinculação entre causas como fator determinante da reunião das ações se com esta não se vulnerar o princípio do juiz natural concretizado por aquelas regras. Inobstante a cotidiana aceitação da competência de órgãos jurisdicionais superiores para processar cidadãos comuns a quem se imputa a prática de crimes alegadamente realizados em concurso com réus que, por ocuparem determinados cargos públicos, estão originariamente sujeitos à jurisdição exercida por aqueles órgãos jurisdicionais superiores, não parece tal entendimento se harmonizar com a necessária presença no processo do juiz natural.

O Supremo Tribunal Federal vem decidindo que o envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro definida constitucionalmente, não afasta quanto ao outro a competência do júri – seu juiz natural (posição tomada em julgamento pelo Tribunal Pleno, em 17.06.92, no HC 69325-3, RTJ 143/925, sendo relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio). (...)

Não parece, no entanto, haver razão para que tal entendimento se limite aos casos de pretensão punitiva fundada em alegada prática de crime doloso contra a vida, igualmente havendo que se impor a partição da competência entre órgãos jurisdicionais diversos no caso de envolvimento de co-réus em quaisquer outros crimes quando não se manifeste em relação a todos a prerrogativa de função, ainda mais diante do entendimento que a natureza da regra contida na alínea d do inciso XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal não lhe daria um valor superior que a fizesse se sobrepôr a quaisquer outras regras constitucionais sobre competência, negando-se, naquela, como em outras decisões que a seguiram (veja-se, por exemplo, o HC 70581-2, 2. T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.09.93, DJ 29.10.93, p. 22.935), sua prevalência sobre as regras atribuidoras da competência por prerrogativa de função, questão a que se tornará mais adiante.

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

Os órgãos jurisdicionais superiores têm sua competência originária atribuída em regras constitucionais indicadoras das hipóteses em que particularidades encontradas em elementos da causa (como a qualidade especial da parte

que ocupa determinados cargos públicos) levam a um excepcional conhecimento originário daquela pelo órgão superior, fugindo à regra geral de serem os órgãos jurisdicionais de 1.º grau aqueles a quem cabe conhecer originariamente de qualquer causa. A competência originária dos órgãos superiores não pode se estender ao exame de causas, que, embora conexas àquelas possuidoras das particularidades consideradas, não as possuem, pois tal ressalva a Constituição Federal não faz – e, não o fazendo, mantém e impõe a competência originária implicitamente atribuída aos órgãos jurisdicionais de 1.º grau para toda e qualquer causa não excepcionada nas regras constitucionais.

Necessária, assim, a partição da competência, em todos os casos em que, havendo causas conexas, as regras constitucionais atribuem a competência originária para o exame de umas e outras a órgãos jurisdicionais de diferentes graus, impondo-se, para a determinação do juízo competente a consideração isolada daquelas causas, vedada, portanto, a reunião das ações, deixando aqui de incidir as regras infraconstitucionais que fazem a conexão funcionar como fator determinante da competência, não estando, evidentemente, o legislador ordinário autorizado a excepcionar ou ampliar regras constitucionais.” (MARIA LÚCIA KARAM. Obra ant. cit., pgs. 64/67).

No julgamento, pelo Plenário, de medida cautelar no HC 91.347-4/RJ, por votação unânime decretou o STF:

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

Voto: “ (...) No mais, as normas definidoras da competência do Supremo são de Direito estrito. Cabe ao Tribunal o respeito irrestrito ao artigo 102 da Constituição Federal. Sob o ângulo das infrações penais comuns, cumpre-lhe processar e julgar originariamente o Presidente e o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, os próprios ministros que o integram e o Procurador-Geral da República, mostrando-se mais abrangente a competência, a alcançar infrações penais comuns e crimes de responsabilidade, considerados os ministros de Estado, os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no artigo 52, inciso I, da Carta da República, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente alíneas “b” e “c” do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal. Então, forçoso é concluir que, em se tratando do curso de inquérito voltado à persecução criminal, embrião da ação a ser proposta pelo Ministério Público, a tramitação sob a direção desta Corte, presentes atos de constrição, pressupõe o envolvimento de autoridade detentora da prerrogativa de foro, de autoridade referida nas citadas alíneas “b” e “c”. Descabe interpretar o Código de Processo Penal conferindo-lhe alcance que, em última análise, tendo em conta os institutos da conexão ou continência, acabe por alterar os parâmetros constitucionais definidores da competência do Supremo. Argumento de ordem prática, da necessidade de evitar-se, mediante a reunião de ações penais, decisões conflitantes, não se sobrepõe à competência funcional estabelecida em normas de envergadura maior, de envergadura insuplantável como são as contidas na Lei Fundamental. O argumento calcado no pragmatismo pode ser refutado considerada a boa política judiciária, isso se possível colocar em segundo plano a ordem natural das coisas, tal como contemplada no arcabouço normativo envolvido na espécie. (...)”

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

desdobramento conforme ocorrido na espécie” (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2007, DJ 14/09/2007).

3.4 Súmula 704 do STF: nenhum dos precedentes que inspiraram sua edição versava sobre competência originária do STF e, portanto, sobre julgamento em única instância. Decorrente impertinência à espécie

O enunciado sumular em epígrafe, consoante o qual “*não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados*”, ressoante-se, sim, de congênita e irremediável inaplicabilidade à competência penal originária do STF.

Com efeito, entre os julgados oficialmente relacionados como “precedentes” desse verbete (RE 170125 – Publicação: DJ 9/6/1995; HC 68846 Publicações: DJ de 16/6/1995, RTJ 157/563; HC 75841 – Publicação: DJ de 6/2/1998; HC 74573 – Publicação: DJ de 30/4/1998⁴) – todos a proclamarem a “I. - Competência do Tribunal de Justiça para julgar ação penal em que figure juiz de direito como um dos acusados. CF, art. 98, III. II. - Competência do Tribunal de Justiça para julgar os demais acusados, tendo em vista os princípios da conexão e da continência e em razão da jurisdição de maior graduação. CPP, art. 78, III.”⁵ – , nenhum, literalmente nenhum, portanto, tratou de competência originária do STF.

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

Retumbante, destarte, a impertinência do enunciado 704 da Súmula do STF ao quadro jurídico-processual que, delineado no “mensalão” pela extensão da competência originária por prerrogativa de foro da Corte Suprema ao processo e julgamento de quem não a detém e a decorrente supressão, ante a inexistência de “juiz ou tribunal superior”, da possibilidade de manejar qualquer recurso, sequer

⁴. Conforme planilha detalhada exibida em consulta específica no serviço eletrônico de “Pesquisa de Jurisprudência” desse c. STF.

⁵. Ementa do acórdão lavrado em **um dos precedentes: HC 74.573-3/RJ**, 1ª T., Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 10/03/98, DJ 30.04.98.

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

Noutra forma de expressão, a Súmula 704 do STF, na medida em que geneticamente atrelada a decisões laudatórias de *vis attractiva* que, atinente à órgão jurisdicional de segundo grau, comprime, mas não suprime a possibilidade de recorrer para “tribunal superior”, não calha, de modo algum, à competência originária do STF, cuja supremacia na estrutura judiciária, ao reverso, faz natimorta a possibilidade de recurso.

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

Efetivamente, se a respectiva competência não alcança nem mesmo aqueles que, por já haverem exercido as funções ou mandatos ou ocupado os cargos públicos listados no preceito constitucional que a contempla, guardam ou pelo menos guardaram relação direta e imediata com a *ratio juris* dessa “derrogação extraordinária dos postulados da igualdade e de juiz natural” (Min. Celso de Mello, p. 09 do voto exarado no Inq 1.376 – AgR/MG, Pleno, j. 15/02/2007, unânime. DJ 16.03.2007), por motivos infinitas vezes mais óbvios e ponderosos não há fomento – lógico, jurídico e axiológico – nenhum para estendê-la, à conta de mera conexão ou continência – fatores de todo estranhos à sua conformação genética e finalística e dos quais nem em tese depende o STF para exercê-la plena e escoreitamente – a quem com ela (*ratio juris*) jamais manteve qualquer vínculo, subtraindo-se-lhe, ademais e não obstante – leia-se: sem qualquer contrapartida constitucional (v.g.: arts. 53, *caput* e §§ 2º ao 6º; art. 86, §§ 2º e 3º) – , o fundamental direito ao duplo grau de jurisdição.

Em pouquíssimas palavras e eufemismos à parte: para ele, o “*extraneus*”, só ônus, sem “bônus” (imunidade material: inviolabilidade penal por palavras, votos e manifestações; imunidades formais: impossibilidade de prisão, salvo em flagrante por crime inafiançável e, ainda assim, *ad referendum* da respectiva Casa Legislativa;

possibilidade de sustação da ação penal até o término do mandato, hipótese em que, cessada a competência originária do STF, devolve-se a pluralidade de instâncias e, com ela, o direito de recorrer para órgão superior)!

Extraordinária, inevitável concluir, a enormidade, a absurdez do quadro à luz e em face da Constituição.

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

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

“ARTIGO 8

Garantias Judiciais

(...)

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

(...)

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

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

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

Na hipótese, porém, de atrair essa competência originária, por força de dispositivos única, exclusiva e meramente ordinários (conexão e continência), o processo e julgamento de pessoas estranhas à sua regência constitucional, impõe-se, ante o decorrente e radical conflito com o supracitado preceito do pacto internacional em foco, o afastamento das regras infraconstitucionais, a ele hierarquicamente inferiores, determinantes dessa modificação da competência e, com ela, da supressão do direito de recorrer para tribunal superior.

Precisamente, porque, como aduziu o próprio ministro Joaquim Barbosa, em termos mais amplos, no julgamento de um dos precedentes da Súmula Vinculante 25:

“(...) o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo.” (Página 03 do voto proferido no RE 466.343-1/SP, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, unânime. DJe nº 104, 05/06/2009).

Equivale a afirmar – afirmou-o categoricamente o Plenário no julgamento do outro precedente:

“Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica (art. 7 Q, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.” (RE 349.703-1/RS, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes j. 03/12/2008. DJe nº 104, 05.06.2009).

Para além, entretanto:

4.1 A condição de fator determinante da derrogação implícita, pela Súmula Vinculante 25, de norma genuinamente constitucional (art. 5º, LXVIII, última parte) confere-lhe, todavia, força constitucional

“EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 72, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (RE 466.343-1/SP, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, unânime. DJe nº 104, 05/06/2009).

Decretar-se a insubsistência de “previsão constitucional” (“art. 5º, LXVII”) por força, declaradamente, de cláusula da Convenção Americana de Direitos Humanos,

“(...) ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição (...)”, substantivamente corresponde a reconhecer ao Pacto internacional em apreço energia constitucional. Afinal, sem ela, impotente seria ele para derogar, como derogou, preceito da Lei Fundamental.

Nesta ordem de ideias e como, na cartesiana síntese de LUIZ FLÁVIO GOMES, “(...) os tratados de Direitos Humanos contam com status diferenciado. Possuem valor constitucional (CF, art. 5º, § 2º) ou, no mínimo, supralegal (voto do Min. Gilmar Mendes). Esse é o fundamento principal do direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal (...)” (*Direito de apelar em liberdade*. Migalhas, 29/05/2007), expletivas quaisquer outras ponderações para que por incoercível se tenha a conclusão de que a submissão do processo e julgamento de denunciado sem prerrogativa de foro à competência originária do STF, notadamente porquanto alicerçada, com exclusividade, em normas da legislação subalterna, por colidir de chofre com o cânone, “*no mínimo supralegal*”, que assegura, como “*garantia mínima*”, o direito de recorrer para tribunal superior, não escapa à implacável solução de continuidade imposta pela superioridade hierárquica do “*fundamento principal do direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal*”.

5. A decisão do STF e seu manifesto antagonismo com a orientação da Corte antes e depois do “mensalão”

“O Tribunal, por maioria, rejeitou a questão de ordem suscitada da tribuna pelo advogado Márcio Thomaz Bastos, ratificada pelos advogados Marcelo Leonardo e Luiz Fernando Sá e Souza Pacheco, de desmembramento do processo, para assentar a competência da Corte quanto ao processo e julgamento dos denunciados que não são detentores de mandato parlamentar, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski (Revisor) e Marco Aurélio” (“Extrato de Ata” – Decisão:”, pg. 291 do acórdão).

À leitura do acórdão, na parte alusiva à “*questão de ordem*” proposta pelo Dr. Márcio (pgs. 44/166; “STF – fl.” 51661 a 51781), depreende-se: *i*) não ter havido efetivo enfrentamento das razões de natureza genuinamente constitucional que a motivaram, sobretudo – e como bem enfatizou o ministro Lewandowski – “*uma*

*questão importantíssima, a obediência ao Pacto de San José da Costa Rica” (fl. 51710); ii) residir o fundamento precípua de sua rejeição em que a conexão e a continência, como “*modalidades de prorrogação legal da competência*” (Min. Celso de Mello), compatibilizam-se com a Constituição e impõem, no caso, a unidade de processo e julgamento perante o STF, visto que há “*um liame substancial entre os fatos impedindo que sua separação permitisse a perfeita compreensão e alcance do que posto em exame (...)*” (Min. Cármen Lúcia), sobretudo diante das “*várias imputações do crime de quadrilha*” e de “*inúmeros crimes imputados a título de coautoria*” (Min. Cezar Peluso), pelo que a competência penal originária do STF por prerrogativa de função “*se estende a todos os demais réus que são alcançados pela conexão*” (Min. Peluso).*

Na sequência, porém e a despeito de um dos demais acusados também haver sido denunciado pelo delito de bando ou quadrilha e, por sete vezes, pelo de lavagem de capitais em concurso de agentes – dados que, como assinalou, entre outros, o ministro Peluso, redobradamente cobram unidade de processo e julgamento perante o STF – , decretou-se, por unanimidade, a nulidade do processo em relação a ele e, na dicção do então Presidente: “*Perfeito: faz o desmembramento, manda para o Primeiro Grau*” (fl. 52208).

Ou seja: não só se estabeleceu gritante contradição com o que havia decidido a Corte, por maioria, relativamente à “*questão de ordem*” – recusada, com efeito, por força, preponderantemente, do “*liame substancial entre os fatos*”, acentuado pela existência de “*várias imputações do crime de quadrilha*” e de “*inúmeros crimes imputados a título de coautoria*” – , como também, com a determinação de remessa do “*processo desmembrado*” para o “Primeiro Grau”, solapou-se o cerne mesmo da fundamentação da rejeição daquela, sobrepondo-se-lhe a equação, “*com frequência*” utilizada por esse colendo STF, como enfatizou o ministro Celso de Mello no voto alusivo à competência:

“Cumprir verificar, portanto, para efeito da resolução da questão suscitada e considerando o que dispõem os diversos incisos do art. 76 do CPP, se há, ou não, entre os diversos fatos objeto deste procedimento penal, o vínculo de índole subjetiva, ou o vínculo de natureza objetiva, ou, ainda, o vínculo de caráter instrumental.

É que o vínculo de conexão, como sabemos, supõe, para efeito de sua configuração, o reconhecimento da existência das várias situações positivadoras das hipóteses de prorrogação necessária da competência, em ordem a viabilizar, em caso afirmativo, a instauração do “simultaneus processus” (CPP, art. 79), ressalvada, no entanto, como adverte a doutrina

(JULIO FABBRINI MIRABETE, “Código de Processo Penal Interpretado”, p. 276, 7ª ed., 2000, Atlas, v.g.), a possibilidade de separação dos processos, não obstante a ocorrência de continência ou conexão (CPP, art. 80), como tem sido admitido pela jurisprudência deste Supremo Tribunal (HC 73.423/RJ, Rel. Min. FRANCISCO REZEK – Inq 1.741/MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Inq 2.089/RO, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Pet 2.020-QO/MG, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – Pet 3.100/TO, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

I. – O fato de um dos co-réus ser Deputado Federal não impede o desmembramento do feito com base no art. 80 do Código de Processo Penal.

II. – A possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal é aplicável também em relação ao crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal).

III. – Agravos não providos.”

(RTJ 194/398-399, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Pleno – grifei)

É por isso, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, atento à circunstância de que se reveste de caráter estrito a competência originária dos Tribunais, especialmente em matéria penal (HC 89.056/MS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 89.083/MS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), tem utilizado, com relativa frequência, a faculdade prevista no art. 80 do CPP para, determinando o desmembramento de causas penais, submeter, à jurisdição de outros Tribunais e juízos (competentes segundo o postulado do juiz natural), aqueles indiciados e/ou réus que não possuem prerrogativa de foro perante esta Corte Suprema, em ordem a que permaneça, na esfera de atribuições originárias do Supremo Tribunal, somente aquele que detém prerrogativa de foro “*ratione muneris*”, como o evidencia a jurisprudência deste Tribunal (AP 366/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 87.867-MC/RR, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 91.273/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Inq 1.720/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – Inq 2.091/RR, Rel. Min. AYRES BRITTO – Inq 2.145/RO, Rel. Min. ELLEN GRACIE – Inq 2.424/RJ, Rel. Min. CEZAR Min. MENEZES DIREITO – Inq 2.548-AgR-ED/DF, Rel. Min. MENEZES DIREITO – Pet 3.838/RO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO): “DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO DE DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ART. 80, CPP. IMPROVIMENTO. (...)” (fls. 51755/51760).

Cravou-se, assim, radical contraposição entre a manutenção da unidade de processo e julgamento perante o STF, deliberada, por maioria, na apreciação da “*questão de ordem*”, e a subsequente determinação, por unanimidade, de remessa a juízo de primeiro grau do processo “*desmembrado*” em relação ao codenunciado beneficiado pela decretação de nulidade processual.

Tanto mais, porque o motivo fulcralmente determinante da decisão posterior (nulidade processual), apesar de não afetar, minimamente, o “*vínculo de conexão*” ou o “*liame substancial entre os fatos*” constitutivos da causa de pedir da ação penal – fundamento nuclear da decisão anterior (que manteve a unidade de processo e julgamento perante o STF) – , conduziu não só à “*separação dos processos*”, senão também – e, aqui, o ponto culminante na orografia da antinomia – à declinação da competência da Corte para o julgamento do processo desmembrado; antes, todavia, proclamada no que concerne a todos os acusados.

Mais. O próprio relator – ele que, na já mencionada “segunda questão de ordem”, propusera o “desmembramento”, mas, depois, retratou-se por razões puramente pragmáticas (“*Ou se faz um desmembramento segundo o critério subjetivo e, aí, teríamos cinco denunciados, apenas, perante esta Corte, e a outra alternativa, que é de se fazer um desmembramento objetivo, não resultaria em nenhuma vantagem à luz do artigo 80 do Código de Processo Penal, já que diminuiria em um ou dois o número de acusadas. No máximo cinco. Não vejo nenhuma vantagem prática em termos da instrução do feito*” – acórdão da “SEG. QUEST. ORD. EM INQUÉRITO 2.245-4 MINAS GERAIS”, fl. 1402 dos autos) – cuidou de assinalar a exegese dominante na Corte, antes do “mensalão”, sobre competência penal por prerrogativa de função e unidade de processo:

“Se é certo que, por um lado, a permanência de 40 (quarenta) denunciados no bojo do mesmo processo pode, sem dúvida alguma, prejudicar o andamento do feito, não se pode perder de vista, por outro lado, a possibilidade da ocorrência de decisões contraditórias sobre o mesmo fato, como consequência da cisão do processo, o que, por óbvio, deve ser evitado ao máximo.

Contudo, prefiro manter-me fiel à jurisprudência da Casa. Com efeito, conforme os precedentes desta Corte, alguns deles proferidos em data bastante recente, apenas devem permanecer em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal os denunciados que gozam da prerrogativa de foro prevista no artigo 102, inciso 2, alínea “b”, da Constituição Federal” (fl. 1309).

Este, também, o maciço entendimento do STF depois do “mensalão”:

*“O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o desmembramento do feito, em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro, “deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante” (Inq nº 2.903/AC-AgR, Pleno, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 1º/7/14).*

*No mesmo sentido, Inq nº 3.515/SP-AgR, Pleno, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 14/3/14; Inq nº 3.802/MG-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 17/9/14; Inq nº 2.116/RR-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 6/2/15)” (Inq 4130 QO/PR, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ nº 193, 28/09/2015).*

Voto do ministro Marco Aurélio, sufragado pela integralidade do Plenário da Corte, no supracitado “Inq nº 3.515/SP – AgR”:

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

reunião de ações penais, decisões conflitantes não se sobrepõe à competência funcional estabelecida em normas de envergadura maior, de envergadura insuplantável como são as contidas na Lei Fundamental. O argumento calcado no pragmatismo pode mesmo ser refutado considerada a boa política judiciária, isso se fosse possível colocar em segundo plano a ordem natural das coisas, tal como contemplada no arcabouço normativo envolvido na espécie”

É! Ao e por “interpretar o Código de Processo Penal conferindo-lhe alcance que, em última análise, tendo em conta os institutos da conexão ou continência, acabe por alterar os parâmetros constitucionais definidores da competência do Supremo”, a colenda Corte Suprema, no julgamento da “questão de ordem” consubstanciada na arguição de “inconstitucionalidade da extensão da competência especial por prerrogativa de função ao processo e julgamento de quem não a detenha” (pgs. 16/29 da petição nº 72020/2011 – AP 470), produziu – contra os votos, ressalve-se, dos ministros Lewandowski e Marco Aurélio – decisão dissonante, sim e a mais não poder, das reiteradamente proferidas sobre o tema tanto antes, como depois do “mensalão”.

Realmente, pois, “*uma derrapagem contingencial*”. Ou, a se preferir expressão da moda, “*um ponto fora da curva*”.

Sintoma e reflexo, a um só tempo e como incansavelmente adverte, com peculiar acuidade, LENIO STRECK, do desdenhar o indefectível postulado de que “ (...) não pode haver decisão judicial que não seja fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Por isso, a necessidade de superarmos os discricionarismos, que, no mais das vezes, descambam na arbitrariedade interpretativa” (“Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes”. Em: *Conjur*, Seção “Observatório Constitucional”, 26/01/2014).