

uma função egrégia, deixe de exercê-la. Tais mudanças fáticas terão ou não repercussão sobre a definição do órgão jurisdicional competente? E, no caso de resposta positiva ao primeiro questionamento, isso será ou não compatível com a garantia do juiz natural. Em outras palavras, é necessário analisar quais os reflexos que o início e a cessação da atividade que justifica o foro por prerrogativa de função terão em termos de predeterminação do juiz competente.

Trata-se de problema particular envolvendo a predeterminação do juiz competente, na medida em que a alteração ou mudança do órgão julgador não decorrerá de alteração de leis, mas de mudança do status profissional do acusado.

Como já visto, os foros por prerrogativa de função não constituem tribunais de exceção e, nos limites previstos pela Constituição, sem que se amplie injustificadamente seu emprego mediante equiparações artificiais de funções que não se equivalem, não se choca com a regra da igualdade.

Do ponto de vista técnico, trata-se de hipótese de definição de competência objetiva em razão da *qualidade da parte*,²⁸⁷ no caso, dos ocupantes de determinadas funções que estejam sujeitos a uma persecução penal, normalmente conjugada com competência objetiva em razão da *matéria*, no caso, crimes comuns.

Porém, é inegável que se trata de medida excepcional, seja do ponto de vista da regra da isonomia, seja sob o enfoque do juiz natural enquanto juiz predeterminado por lei no momento do cometimento do delito, cujas regras de definição devem ser interpretadas de forma restritiva. Consequentemente, sua incidência não pode ir além de sua finalidade natural, não podendo ser aplicada a caso em que não encontre uma clara e evidente justificação teleológica.

A primeira questão a ser analisada é a do indivíduo que não goza de foro por prerrogativa de função e passa a exercer um cargo ou função — pouco importa se em razão de admissão em concurso público, de nomeação para cargo de confiança, ou de eleição — para o qual seja prevista tal prerrogativa. Por exemplo, um cidadão comum que toma posse num concurso para juiz de direito, ou que é nomeado Ministro, ou que é eleito Presidente da República, antes de tomar posse, já tivesse praticado um fato tido por criminoso, antes de tomar posse no cargo, a mudança de seu status profissional ou político implicaria mudança da competência penal? A resposta é positiva.²⁸⁸

287. DIEGO DIEZ, Luis-Alfredo de. *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, cit., p. 156.

288. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio; SCARANJE FERNANDES, Antonio. *As nulidades no processo penal*, cit., p. 48.

Poder-se-ia objetar que, assim sendo, seria possível ao acusado alterar, *ex post factum*, o juiz competente segundo as regras — subsumidas ao estado de fato do acusado — vigentes no momento do crime. E, de fato, não se desconhece que há casos de indivíduos que se candidataram e, muitas vezes, elegeu-se para determinados cargos, tendo por objetivo assegurar um foro por prerrogativa de função.

Sem negar o caráter expansivo dos direitos fundamentais, e não ignorando que as garantias dos acusados, de simples direitos individuais da parte, passaram a ser fator de legitimização da própria prestação jurisdicional, também não se pode abstrair o fundamento da garantia que é de proteção do indivíduo, isto é, do acusado, contra processos arbitrários, conduzidos por juízes parciais. Ou seja, é de prevalecer a visão da garantia do juiz natural como uma regra de proteção do acusado.²⁸⁹ Assim, se o próprio acusado, posteriormente ao

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. 1, p. 435. LIMA, Renato Brasileiro de. *Competência criminal*, cit., p. 400.

289. Como destaca Giovanni Conso (Constitucionalmente legítima a prevalência del giudice ordinario sul giudice militare nel caso di connessione di procedimenti. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1958, p. 537; depois publicada sob o título *Il giudice preconstituito per legge*. In: CONSO, Giovanni. *Costituzione e processo penale*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 403 — a citação de página nesta nota e nas demais será feita com base nessa segunda publicação), "Il 1.º comma dell'art. 25, che questa nozione contempla, rientra in una serie di disposizioni (artt. 24-27) chiaramente rivolte a fissare garanzie processuali a vantaggio dell'imputato" (destaques nossos). Tal posicionamento é citado por Dalia (Sulla preconstituzione del giudice naturale come fondamentale garanzia di certezza per l'imputato, con particolare riguardo ai rapporti tra la competenza penale dei consoli e dei comandanti di porto cit., p. 514-515), que ainda acrescenta: "non vi può essere dubbio che la garanzia del giudice naturale si ricollega alla tutela della libertà personale, costituendo a favore dell'imputato il diritto a che sia rispettata la funzione istituzionale nella giurisdizione penale". De diritto a che sia rispettata la funzione istituzionale nella giurisdizione penale. *Commissione forma semelhanche*, afirma Zagrebelsky (*Commissione e giudice naturale*. *Commissione di procedimenti e costituti di competenza* cit., p. 65) que "non v'è dubbio che la ratio e funzione della disposizione di cui all'art. 25 comma 1.º Cost. sia di garanzia nei confronti del cittadino" (g.n.). Também Pizzorusso (Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale cit., p. 10) posiciona-se no sentido de que "il principio del giudice naturale è stato formulato dal costituente più come una garanzia delle parti che come un principio organizzativo della magistratura". Na doutrina nacional, afirma Fragoso (*Advocacia da liberdade: a defesa nos processos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 12) que o princípio do juiz natural "é uma garantia do cidadão perseguido" (destaques nossos). O STF já decidiu que "o postulado da naturalidade do juízo, ao qualificar-se como prerrogativa individual (*ex parte subjecti*), tem por destinatário específico o réu, erigindo-se, em consequência, como direito

crime, assume um novo cargo para o qual há previsão de foro por prerrogativa de função, não há que se cogitar de uma mudança arbitrária ou com vises prejudiciais o acusado ou subtraído do seu juiz natural.

Acima mais, basta considerar que em tal situação, ainda que de uma forma mais complexa, já há a predeterminação do juiz competente para o caso, segundo as regras vigentes antes do cometimento do delito. Ou seja, quando um "delito comum" pratica um crime, no que toca à definição da competência orgânica a regra predeterminada é a seguinte: o juiz competente será um juiz de primeiro grau, salvo se ele vier a assumir algum cargo para o qual haja previsão de foro por prerrogativa de função.

Contudo, não há como negar que, embora já haja uma regra - ou sem de regras - que em caráter geral e abstrato predetermine o juiz competente, a sua atuação dependerá da posterior ocorrência concreta do fato abstratamente definido na hipótese de incidência da norma sobre competência de foro por prerrogativa de função (p. ex.: tornar-se juiz ou eleger-se prefeito municipal). Todavia, tal situação não é nova ou exclusiva na determinação das competências. Por exemplo, no caso de desaforamento, tem-se um fator de modificação de competência, com base em hipótese predeterminada - a dúvida sobre a parcialidade dos jurados - cuja ocorrência concreta será posterior à prática delitiva. O mesmo ocorre no caso de conexão, em que o autor do fato, depois da prática do primeiro crime, poderá praticar outro, por exemplo, para obter vantagem ou a impunidade do delito anterior, e com isso provocar a alteração da competência do primeiro crime, mesmo após a sua prática.

É verdade que, em todos estes exemplos, mesmo não havendo mudanças das regras legais de competência vigentes no momento da prática delitiva como tais normas se valem de fatores de coligamento mutáveis - no caso do foro por prerrogativa de função, o estado funcional - a predeterminação não será tão intensa como no caso em que tais fatores são imutáveis. Mas isso não significa, por si só, lesão à garantia do juiz natural. Mormente porque caberá

publico subjetivo inteiramente opontivel ao próprio Estado. Esse mesmo principio contudo, se analisado em perspectiva diversa, ex parte principis, atua como fator de inquestionavel restrição ao poder de persecução penal, submetendo o Estado a múltiplas limitações inibitórias de suas prerrogativas institucionais. Isso significa, postulado do juiz natural deriva de cláusula constitucional tipicamente bifronte, dirigindo-se a dois destinatários distintos, ora representa um direito do réu (eficácia positiva da garantia constitucional), ora traduz-se uma imposição ao Estado (eficácia negativa dessa mesma garantia constitucional)" (STF HC 79.865/RS, 1.ª T. rel. Min Celso de Mello, j. 14.03.2000, v.u.).

ao acusado, em grande medida, buscar tal alteração fática, seja prestando um concurso, seja se candidatando a um cargo eletivo, seja buscando a nomeação em um cargo de comissão etc.

A mesma conclusão, pela comparabilidade de tal mutação da competência, em razão da assunção de cargo para o qual haja previsão de foro por prerrogativa de função, vale para a hipótese inversa, em que alguém comete o crime no exercício da função e, posteriormente, deixa de exercê-la. O julgamento deverá ser transferido do tribunal para o juiz de primeiro grau.²⁹⁰ Tal fator de modificação da competência já estava predeterminado, ainda que implicitamente, pela regra que prevê o foro por prerrogativa de função, somada com a regra que estabelece o fator de modificação - a cessão do mandato ou da função desloca a competência para o primeiro grau.

O STF admitiu a aplicação desse critério, mesmo no caso de renúncia de mandato eletivo por parte do acusado,²⁹¹ ainda que com claro propósito de modificar, no curso do processo, o órgão julgador.²⁹² Não se pode ignorar, como já exposto, que o juiz natural é, primordialmente, uma garantia do acusado. O acusado não pode ser subtraído do seu juiz natural. Quando há renúncia ao

290. Nesse sentido: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional* cit., vol. 1, p. 436; LIMA, Renato Brasileiro de. *Competência criminal* cit., p. 401.

291. Em dourina, afirma Lima (*Competência criminal* cit., p. 393): "mesmo que a cessação do exercício funcional se dê por ato voluntário do agente, automaticamente cessará o direito ao foro por prerrogativa de função".

292. Tratava-se de caso em que um deputado federal estava sendo processado perante o STF por tentativa de homicídio doloso, e renunciou a mandato parlamentar 5 dias antes do julgamento. O STF entendeu, por apertada maioria de votos, que a renúncia tem como efeito afastar o foro por prerrogativa de função. O acórdão foi assim ementado: "O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, tem prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, onde deve ser julgado pela imputação de crime doloso contra a vida. 2. A norma contida no art. 5.º, XXXVIII, da CF, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, b, da Lei Maior, definiu a competência do Supremo Tribunal Federal dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abrangidos pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte. 3. A renúncia do réu produz plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do Supremo Tribunal Federal para o juízo criminal de primeiro grau. Ausente o abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato. 4. Autos encaminhados ao juízo atualmente competente" (STF, APn. 333/PB, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 05.12.2007, v.u.).

mandado, o acusado não está sendo subtraído por ato legislativo ou ato interno do Poder Judiciário contra o qual não poderá se opor ou resistir. Ao contrário, o acusado opta voluntária e conscientemente, por renunciar a um direito, em face das consequências que isso terá no plano processual.

Ao mais, do ponto de vista da *ratio* do foro por prerrogativa de função, cabe acrescentar que, se o indivíduo deixa de exercer o cargo – por qualquer motivo, como p. ex.: término ou perda do mandato, exoneração, aposentadoria etc.²⁹³ – não haverá mais motivos para a manutenção do tratamento diferenciado. O poder dos ex-detentores de cargo egrégio é menor que o daqueles que estão no exercício da função. Consequentemente, a possibilidade de exercer influências ou pressões sobre seu julgador – em especial, os de primeiro grau – será muito menor. Por outro lado, pensando na necessidade de maior proteção daqueles que, pela importância do cargo que ocupam, encontram-se mais expostos aos interesses – muitas vezes persecutórios ou difamatórios – da mídia ou de outros órgãos de poder, as investidas sofridas serão naturalmente menores relação aos ex-ocupantes de tais funções. Mais do que isso, tanto a possibilidade

293. No tocante ao término do cargo ou função pública e a sua repercussão sobre o foro por prerrogativa de função, já se procurou fazer uma distinção entre os cargos temporários e os cargos vitalícios. Embora o julgamento, até a presente data não tenha sido concluído, o STF, no julgamento do RE 549.560/CE (Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski), começou a analisar agravo de instrumento convertido em recurso extraordinário interposto, por desembargador aposentado, contra decisão da Corte Especial do STJ que declinara de sua competência, em ação penal contra ele instaurada, ao fundamento de que, em decorrência de sua aposentadoria, não teria direito à prerrogativa de foro pelo encerramento definitivo da função. O relator, Min. Ricardo Lewandowski, negou provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Min. Ayres Brito. O STF retomou julgamento de recurso extraordinário, afeito ao Pleno pela 1.ª Turma, em que se discute se o foro especial por prerrogativa de função se estende, ou não, àqueles que se aposentam em cargos cujos ocupantes ostentam tal prerrogativa. Consulta do Informativo 585, de 03 a 07.05.2010, do STF. "Min. Eros Grau, em voto-vista, deu provimento ao recurso, na linha da divergência inaugurada pelo Min. Menezes Direito, e entendeu que, quando se trata de cargo de exercício temporário, a exemplo dos decorrentes de mandato eletivo, a prerrogativa seria de função, razão pela qual a prerrogativa de mandato eletivo, a prerrogativa seria do cargo e não da função, relativamente ao magistrado, a prerrogativa seria ineira, podendo perecer unicamente em virtude de sentença judicial transitada em julgado. Por isso, proferir-se-ia após a aposentadoria. O julgamento foi suspenso para aguardar a composição completa do Tribunal".

de influência, quanto o interesse midiático, continuarão a crescer, constantemente, tornando-se cada vez menores.

Por todo o exposto, a cessação do exercício do cargo deve acarretar o afastamento do foro por prerrogativa de função, sem que isso viole a garantia constitucional do juiz natural. Isso porque estará sendo respeitada a prerrogativa legal do juiz competente, bem como se evitará "uma extensão do âmbito temporal da prerrogativa, desnecessária para salvaguardar sua finalidade".²⁹⁴

Em suma, em relação à predeterminação da competência dos foros por prerrogativa de função, vigora o que se convencionou denominar "princípio da atualidade do exercício da função".²⁹⁵ Em feliz síntese, conclui Pacelli de Oliveira: "a ação penal em relação a esses agentes possui caráter itinerante".²⁹⁶

Tal critério, em princípio, resolve o problema da predeterminação do juiz competente, em relação ao foro por prerrogativa de função. Todavia, há situações que têm gerado grande instabilidade sobre o foro por prerrogativa de função. A primeira delas foi a própria definição do critério da atualidade do cargo. A segunda, o problema dos desmembramentos de processos por crimes conexos ou em que haja relação de continência, quando há acusados com foro por prerrogativa de função e acusados que não ostentam tal condição.

294. Nesse sentido decidiu o Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença 22, de 11.02.1997.

295. Nesse sentido: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional* cit., vol. 1, p. 117; LIMA, Renato Brasileiro de. *Competência criminal* cit., p. 392.

296. *Cursocit.*, p. 202. No sentido de que o processo deve ser encaminhado para o tribunal competente, em razão de o acusado assumir função para qual haja foro por prerrogativa: STF, Inq. 526-QO/DF, Pleno, rel. Min. Sydney Sanchez, j. 24.11.1993, m.v.; STF, Inq. 159-7/SC, Pleno, rel. Min. Sydney Sanchez, j. 12.11.1986, vu. Por outro lado, no sentido de que, com a perda do cargo, cessa o foro por prerrogativa de função, devendo o processo retornar ao primeiro grau: STF, INQ (AGR) 2.263/PR, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. 08.08.2007, vu.; STF, INQ (AGR) 2.335/PR, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 08.08.2007, vu.; STF, ADI 2.797/DF, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005, m.v.; STF, ADI 2.860/DF, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005, m.v.; STF, HC 86.398/RJ, 2.ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 07.03.2006, vu.; STF, INQ (AGR) 1871/GO, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, 23.02.2006, vu.; STF, INQ 2.452/DF, rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, em 15.03.2007; STF, INQ 2.451/DF, rel. Min. Cármen Lucia, decisão monocrática, em 12.02.2007.

Com relação à fixação do critério, é de se lembrar a verdadeira saga que foi a questão da permanência ou não do foro por prerrogativa de função, em relação aos crimes cometidos durante o exercício funcional, após o término do exercício do cargo ou do mandato.

O STF, em Sessão Plenária de 03.04.1964, aprovou a Súmula 394 que previa: "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício". Assim, por exemplo, no caso de ex-prefeito municipal, a ele continuaria sendo aplicado o foro por prerrogativa de função, no caso de crime cometido durante o exercício do mandato. Tal critério manteve-se seguro por décadas. Todavia, o STF, em sessão plenária realizada no dia 25.08.1999, cancelou a Súmula 394.²⁹⁷

Como a súmula foi cancelada com efeitos *ex nunc*, mantendo-se válidos os julgamentos até então realizados, para os feitos ainda não julgados, determinou-se a remessa dos processos para o 1.º grau de jurisdição.²⁹⁸ Houve, pois, clara mudança do critério de competência – critério constitucional de competência – *ex post factum*.

Pouco mais de 2 anos depois do cancelamento da Súmula 394, o legislador decidiu "ressuscitar" ou "repriminar" o núcleo essencial da súmula. A Lei 10.628, de 24.12.2002, acrescentou o § 1.º ao art. 84, do CPP, com o seguinte teor: "§ 1.º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública".²⁹⁹

297. A decisão ocorreu na QO no Inq. 687-4/SP, Pleno, rel. Min. Sydney Sanchez, j. 25.08.1999, v.u., RTJ 179/912.

298. Consta da emenda do acordo citado na nota anterior que o plenário acolheu a proposta "resolvendo questão de ordem suscitada pelo Relator, por unanimidade, que os, em cancelar a Súmula 394-STF (...) Decidiu-se, ainda, por unanimidade, que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou. E dizer, a presente decisão tem efeito *ex nunc*". Em consequência, *determinaram a remessa dos autos à Justiça do 1.º grau*, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator".

299. Foi acrescido, também, um § 2.º ao art. 84 do CPP dispondo que: "§ 2.º A ação de improbidade, de que trata a Lei 8.429, de 02.06.1992, será proposta perante o órgão competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade, sob hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observada o disposto no § 1.º". Todavia, por se tratar de critério de competência para ação de improbidade administrativa, sua análise escapa ao âmbito do presente trabalho.

A inconstitucionalidade de tal lei foi questionada perante o STF no dia 03.01.2003, o Min. Ilmar Galvão, então vice-presidente daquela Corte, negou a liminar.³⁰⁰ Em outras palavras, manteve-se a aplicabilidade do novo dispositivo.

Todavia, no dia 15.09.2005, o STF deu provimento à ADIn 2.797, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1.º e 2.º do art. 84 do CPP.³⁰¹

Em resumo, considerando a hipótese de um crime cometido durante o exercício do mandato, cujo processo tenha se iniciado ou tenha continuado após a cessação da função, o quadro que se tinha era o seguinte: até 25.08.1999, o julgamento era de competência do tribunal; desde tal data até 25.12.2002, o julgamento passou a ser de competência do primeiro grau; de 26.12.2002 até o dia 14.09.2005, o julgamento voltou a ser de competência dos tribunais; finalmente, a partir de 15.09.2005, os julgamentos voltaram a ser de competência de órgãos de 1.º grau.

Ou seja, em pouco mais de cinco anos houve três mudanças de critérios de competência originária. A sucessão de alterações de orientação, com modificações sucessivas de competência, mostra como é frágil a garantia do juiz natural.³⁰² O direito a ter um juiz determinado por lei, e, mais do que isso, o

300. Conta da decisão: "o *periculum in mora*, no caso, reside justamente no julgamento precipitado de tais ações por juizes que poderão vir a ser declarados incompetentes pelo STF, o que, no caso das ações de improbidade, poderá ocorrer com a conclusão do julgamento da Reclamação 2138 (...) Na verdade, não está a depender da medida liminar pleiteada a conclusão do julgamento da RCL 2138, nem tampouco pode ser considerada razão suficiente para a suspensão da eficácia da lei impugnada a prova de remessa de milhares de ações da espécie para os diversos tribunais, com a interrupção de seu processamento, se não é outra a medida que está a recomendar-se, enquanto a relevante questão constitucional não é dirimida pelo STF. Ante tais considerações, indefiro a providência cautelar requerida. Cumpra-se o despacho de f. requisitando-se informações ao C.N. e colhendo-se, a seguir, o parecer da Doutra PGR, de molde a que, sem maiores delongas, possa a presente ação ser apreciada e julgada pelo Plenário".

301. STF, ADIn 2.797, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005, m.v.

302. A Lei 10.628, de 24.12.2002, em seu art. 2.º, dispunha: "Art. 2.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação". Como a referida lei foi publicada no DOU de 26.12.2002, esta é a data de início de sua vigência.

303. Em feliz crítica refere-se Aury Lopes Jr. (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional cit.*, p. 437) a "um inenarrável que so serve para demonstrar o quanto se manipularam os critérios de competência nesse país, e que a garantia do juiz natural é apenas um adereço teórico".

direito de o acusado saber qual é o seu juiz natural, no momento que começa um crime, neste caso, foi absolutamente ignorado!

O segundo problema, este ainda em aberto, diz respeito aos feitos em que há conexão ou continência, sendo que pelo menos um dos acusados goza de foro por prerrogativa de função (p. ex.: um delito praticado, em concurso de agentes, por um governador e seu chefe de gabinete). A questão é, neste caso, definir se o processo desenvolver-se-á perante o tribunal competente, em relação a todos os acusados, ou se haverá um desmembramento do feito, de modo a que somente o réu que tenha prerrogativa de função seja processado perante o tribunal (no ex.: o governador) e os demais acusados perante juízes de primeiro grau (no caso, o chefe de gabinete).³⁰⁴

A jurisprudência do STF é vacilante quanto à matéria. Ou seja, ora decide-se pelo processamento conjunto de todos acusados perante o tribunal originalmente competente,³⁰⁵ ora decide-se pelo desmembramento do feito.³⁰⁶

O STF editou a Súmula 704: "Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou con-

304. O mesmo problema poderá surgir, *mutatis mutandis*, em relação dois acusados que gozem de foro por prerrogativa de função, mas perante tribunais diversos. Por exemplo, um delito cometido em concurso, pelo Presidente da República, que tem foro originário no STF (CF, art. 102, I, b), e um Governador de Estado, que tem foro por prerrogativa de função no STJ (CF, art. 105, I, d). Nesse caso, porém, a resolução da questão deve ter outro encaminhamento porque, na medida em que ambas as regras têm assento constitucional, a solução será realmente o desmembramento dos feitos com o processamento de cada um perante o seu órgão constitucionalmente competente, porque estas regras devem prevalecer sobre os arts. 76 a 79 do CPP, que detêm a reunião de feitos em caso de conexão e continência.

305. Nesse sentido: STF, HC 83.583/PE, 2.ª T., rel. Min. Ellen Gracie, j. 20.04.2004, v.u. Essa é a melhor solução, na medida em que respeita e cumpre, igualmente, as regras constitucionais e infraconstitucionais de competência. Novamente se valendo do exemplo anterior, cumpre a regra do art. 102, I, a, que prevê que os governadores de Estado são processados perante o STJ, bem com cumpre a regra de que, no caso de concurso de agentes há continência (CPP, art. 77, I), que implica a reunião dos processos (CPP, art. 79, caput), e que o foro prevalecente, em caso de jurisdições de diversas categorias, será o da jurisdição de maior graduação (CPP, art. 78, III). Nesse sentido: LOPES JR., *Aufs. Direito Processual penal e sua conformidade constitucional* cit., vol. 1, p. 442.

306. Nesse sentido: STF, decisão monocrática, Inq. 2.486/AC, rel. Min. Carlos Ayres Brito, 10.15.05.2007. Nesse mesmo sentido: STJ, Den. na APn. 549/SP, Corte Especial, rel. Min. Felix Fischer, j. 20.05.2009, v.u.; STJ, RESP 738.338/PR, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 25.10.2005, v.u.

ção do processo do correu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados". Cabe observar que a súmula não impõe ou determina a atração. Ao contrário seu enunciado deixa entrever que a união dos processos não é obrigatória, podendo o relator determinar a separação dos feitos.³⁰⁷ Ou seja, em termos de predeterminação do juiz competente, a Súmula 704 do STF não resolve o problema.

Some-se a isto que, mais do que mudança de competência, a diferença entre ser processado em primeiro grau, ou perante os tribunais, envolve também diversidade de procedimentos, possibilidade de interposição de recurso para revisão da decisão quanto à matéria fática, julgamento monocrático ou colegiado etc.

A incerteza sobre o julgamento conjunto ou a separação dos processos impede que se conclua pelo respeito à garantia de predeterminação do juiz competente, nos termos do art. 5.º, LIII, da CF, em relação aos cidadãos comuns, que venham a praticar crimes em concurso de agentes com pessoas que tenham foro por prerrogativa de função, ou que pratiquem crime conexo a outro de autoria de detentor de foro por prerrogativa de função. Poderão ou não ser julgados pelo tribunal, ou pelo juiz de primeiro grau, dependendo de fatores vagos e imprecisos do art. 80 do CPP.³⁰⁸

Ao acusado estará sendo assegurado o direito à certeza do juiz que irá processá-lo e sentenciá-lo, se seu julgador puder ser um tribunal ou um juiz de primeiro grau, segundo o seguinte critério de determinação consistente em "as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes"? Havendo vários acusados, desde que um deles tenha foro por prerrogativa de função, como os demais poderão saber se serão ou não julgados em primeiro grau, porque havendo "excessivo número de acusados" é "conveniente a separação"³⁰⁹ para "não lhes prolongar a prisão provisória"? Ou ainda, o

307. LIMA, Renato Brasileiro de. *Competência criminal* cit., p. 408.

308. Para uma crítica do art. 80 do CPP, cf. *supra*, item 3.10.4.

309. O STF em caso no qual havia 6 acusados e apenas um deles gozava de foro por prerrogativa de função, negou aplicação ao art. 80 do CPP para desmembrar o processo, considerando que "Quando o número de acusados e a conexão de fatos não constituam razão relevante nem conveniente, não se procede a desmembramento de constituição policial ou de processo de ação penal" (STF, Inq. 2.455/RR, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 05.06.2008, m.v.). Por outro lado, em caso envolvendo excessivo número de acusados, o STJ decidiu que: "III - Em diversas oportunidades a c. Suprema Corte, por motivos vários, nos processos de competência originária, acabou deter-

que é pior, como saber se o tribunal irá ou não, "por outro motivo relevante" reputar conveniente a separação?"³¹⁰

mandado o desmembramento do fato. IV – O processamento da presente ação penal perante esta Corte, cuja exordial acusatória apresentada em 229 laudas em face de 16 (dezoito) denunciadas, já conta, na data de hoje com 25 volumes e 553 apensos, sendo que a competência ratione personae desta Corte nos termos do art. 105, I, letra a da Lex Fundamentalis se verifica, exclusivamente, em razão de 3 (três) dos investigados serem Desembargadores Federais do e. TRF-3.^a Reg. à toda evidência, se mostra inicialmente desarrazoado podendo acarretar, como bem destacado em alguns autos do e. Supremo Tribunal Federal, prejuízo para a própria efetividade da persecutio criminis em relação a vários dos crimes narrados na proemial acusatória e real. V – A espenda eledidade ou razovel duração do processo, alçada pela EC 45/2004 à categoria de Estado fundamental (art. 5.^o, LXXVIII, da Carta Máxima) já se mostra seriamente comprometida, pois, apenas para ilustrar a dificuldade existente no processamento perante essa Corte deste feito, muito embora a notificação dos acusados em atendimento ao disposto no art. 4.^o da Lei 8.038/1990 tenha sido por mim determinada em data de 03.09.2008, apenas em 16.02.2009 a última resposta à denúncia foi apresentada, ou seja, mais de cinco meses depois! Os inúmeros e infundáveis incidentes de restituição quada prestação jurisdicional neste caso. VI – Além disso, a própria instrução criminal, nesse caso, se mostra problemática, bastando para evidenciar o alegado o número de testemunhas arroladas. VII – Nem se alegue que o fato de todos os denunciadas já terem apresentado resposta preliminar nos termos do art. 4.^o da Lei 8.038/1990 seria, de alguma forma, óbice para que, no presente caso, se determine o desmembramento. De fato, nos autos do INQ 2.486/AC, o Exmo. Sr. Min. Carlos Ayres Brito em fundamentada decisão monocrática publicada no DJ de 21.05.2007, determinou o desmembramento do feito com base no retromencionado art. 80 do CPP, elencando inúmeros atresos do e. Supremo Tribunal Federal, muito embora, na hipótese, já houvesse resposta preliminar apresentada. Aliás, em sua decisão, o Exmo. Sr. Min. Carlos Ayres Brito, após destacar que o desmembramento figura como exceção ao princípio do simultaneus processus, a inviabilidade do processamento e julgamento de todos os denunciados pelo Pretório Excelso, além dos graves inconvenientes para a instrução criminal caso não fosse realizado o desmembramento do feito, ressaltou que o art. 80 do CPP não delimita em que fase (extraprocessual ou processual) tal medida pode ser tomada. Assim, se mostra perfeitamente cabível e oportuna a adoção de tal medida mesmo após a apresentação de resposta preliminar pelos denunciados" (destaques no original).

310. Embora sem referência ao art. 80 do CPP, o STF já decidiu pelo desmembramento do feito em que havia acusado que gozava de foro por prerrogativa de função, sob o seguinte fundamento constante da ementa de acórdão: "A racionalidade dos trabalhos do Judiciário direciona ao desmembramento do processo para remessa à primeira instância, objetivando a sequência no tocante aos que não gozem de prerrogativa de

Não há como saber nenhuma das respostas acima. Somente um ingênuo poderia acreditar que, nesse contexto, há predeterminação do juiz competente para o acusado que não goze de foro por prerrogativa de função. Não havendo critérios legais prévios e determinados, com base em dados objetivos e seguros, definindo os casos de ciso dos processos na hipótese de conexão e continuidade, em que um acusado tenha foro por prerrogativa de função e outro não, a única solução é considerar que a reunião é obrigatória, não havendo possibilidade de separação dos processos que, na verdade, significa alteração de competência.

3.13 AS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E A "COMPLEXIDADE OU CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO" COMO CRITÉRIO DE MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA: VAGUEZA DO CONCEITO

No caso de infração penal de menor potencial ofensivo, a Constituição prevê a possibilidade de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, estaduais (art. 98, caput, I) ou federais (inc. II). Mais do que simples questão de competência, há todo um subsistema processual próprio para tais delitos. As infrações penais de menor potencial ofensivo são julgadas por órgão específico, admitem a transação penal e se sujeitam a um procedimento diferenciado. De qualquer forma, para o ponto que interessa ao presente estudo, qual seja, o respeito à regra de competência, há um critério constitucional, definido em razão da matéria: compete aos Juizados Especiais Criminais a conciliação e o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja definição vem prevista no art. 61 da Lei 9.099/1995.

Há, contudo, a previsão de duas hipóteses legais que fazem com que uma infração penal de menor potencial ofensivo não seja julgada perante os Juizados Especiais Criminais: (i) a necessidade de o acusado ser citado por edital (art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/1995); (ii) "a complexidade ou circunstâncias do caso" não permitirem a formulação da denúncia na audiência preliminar (art. 77, § 2.^o), ou tendo sido oferecida a queixa oral, o juiz entenda necessário remeter o feito ao Juízo comum (art. 77, § 3.^o).

Quanto à primeira hipótese, a situação é objetiva e precisa. O art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/1995, prevê que "não é contraditório o acusado para ser

foro, preservando-se com isso o princípio constitucional do juiz natural" (STF, Inq. 351/SC, 1.^a T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.08.2004, vu., LEXSTF 313353).