



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE E DOS CRITÉRIOS PARA O EMPREGO DA
NORMA DE SEPARAÇÃO POR CONVENIÊNCIA DO JUÍZO DOS PROCESSOS
CONEXOS E CONTINENTES, DE ACORDO COM O ARTIGO 80, DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL

Pedro Nogueira de Faria Pereira

Rio de Janeiro
2018

PEDRO NOGUEIRA DE FARIA PEREIRA

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE E DOS CRITÉRIOS PARA O EMPREGO DA
NORMA DE SEPARAÇÃO POR CONVENIÊNCIA DO JUÍZO DOS PROCESSOS
CONEXOS E CONTINENTES, DE ACORDO COM O ARTIGO 80, DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE E DOS CRITÉRIOS PARA O EMPREGO DA
NORMA DE SEPARAÇÃO POR CONVENIÊNCIA DO JUÍZO DOS PROCESSOS
CONEXOS E CONTINENTES, DE ACORDO COM O ARTIGO 80, DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL

Pedro Nogueira de Faria Pereira

Graduado pela Faculdade de Direito
da Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – O Processo Penal trata de situações bastante sensíveis do ponto de vista jurídico e social, pois tem relação com o poder e dever de punir do Estado em relação às pessoas naturais que são acusadas de realizar alguma atividade criminosa. Por essa razão, a observância dos direitos e garantias fundamentais no processo penal é ainda mais importante e está ligado ao próprio Estado Democrático de Direito. A essência do trabalho é justamente trazer um tema pouco debatido na doutrina e jurisprudência, mas que ocorre rotineiramente. Trata-se da análise da possível inconstitucionalidade da interpretação dada pelo STF da norma do artigo 80, do Código de Processo Penal, diante, principalmente, do princípio do juiz natural. Para tanto, o trabalho passará pela análise da natureza jurídica da norma de conexão e continência, da constitucionalidade da norma que permite a separação de tais processos e da possibilidade de aplicação da norma de separação dos processos em conformidade com a Constituição.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Competência. Conexão. Princípio do Juiz Natural.

Sumário: Introdução. 1. Controvérsias sobre a natureza jurídica das regras de conexão e continência e sua pertinência constitucional. 2. Análise da constitucionalidade do artigo 80 do Código de Processo Penal e da forma de aplicação da norma pelo STF. 3. A possibilidade de uma interpretação conforme a Constituição e a definição de critérios para aplicação do artigo 80, do Código de Processo Penal de acordo com os princípios constitucionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a análise da constitucionalidade da norma que permite a separação dos processos penais conexos e continentes por conveniência do juízo, conforme o artigo 80 do Código de Processo Penal. Procura-se analisar a aplicação da referida norma e a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal frente os princípios constitucionais, principalmente considerando se tratar de lei anterior à Constituição.

A questão constitucional a ser enfrentada envolve a possível ofensa, de forma imediata, aos princípios do juiz natural e da fundamentação das decisões judiciais e, de forma mediata, aos princípios da imparcialidade e da segurança jurídica.

Para ser possível a análise constitucional, é preciso abordar a controvérsia doutrinária a respeito da natureza jurídica das normas de conexão e continência presentes no Código de Processo Penal. A questão é controvertida, pois há quem entenda que essas normas determinam a competência e outros que sustentam que apenas modificam ou prorrogam a competência.

Nesse sentido, a questão da natureza jurídica das normas de conexão e continência pode influenciar na análise da constitucionalidade da norma de separação dos processos por um critério discricionário do juiz. Por essa razão, buscar-se-á analisar a constitucionalidade da norma em relação às duas correntes no capítulo seguinte.

Passada a questão da natureza jurídica, no segundo capítulo será analisada a constitucionalidade do artigo 80 do Código de Processo Penal, ou seja, investigar se essa norma foi recepcionada pelo ordenamento jurídico após a Constituição de 1988 ou não, uma vez que o artigo é originário do Código, portanto, anterior à Constituição.

Além disso, busca-se analisar a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à norma e a possível ofensa à Constituição, notadamente os princípios do juiz natural e da fundamentação das decisões judiciais.

Essa questão tem grande relevância social, principalmente se for levado em conta o momento de conturbação política, econômica e social que vive o país. Nesses momentos, costuma-se suprimir ou enrijecer as garantias fundamentais, sendo necessária a prevenção da comunidade jurídica.

Por fim, no terceiro capítulo analisar-se-á a possibilidade de a norma do artigo 80 do Código de Processo Penal ter interpretação conforme a Constituição e definir alguns critérios para que isso seja possível.

Dessa forma, estabelece-se a relevância jurídica da pesquisa, pois é possível que a norma esteja sendo empregada pelos Tribunais Superiores de forma ofensiva à Constituição e, sendo assim, o trabalho buscará traçar critérios para o seu emprego com interpretação conforme o texto constitucional.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois se pretende estabelecer proposições hipotéticas, com o objetivo de que sejam confirmadas ou repelidas de forma argumentativa.

Para tanto, o pesquisador usará da bibliografia pertinente, principalmente com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

1. CONTROVÉRSIA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DAS REGRAS DE CONEXÃO E CONTINÊNCIA E SUA PERTINÊNCIA CONSTITUCIONAL

As normas de conexão e continência estão ligadas à definição da competência do órgão jurisdicional, ou seja, são um dos fatores que orientam a fixação de qual órgão jurisdicional tem competência para julgar determinado caso, seja determinando ou prorrogando a competência, de acordo com a orientação adotada.

Por sua vez, as regras de competência, de uma forma geral, servem como modo de concretização dos princípios constitucionais da imparcialidade do juízo e do juiz natural. O princípio do juiz natural está previsto no artigo 5º, XXXVII, da Constituição¹ e pode ser definido como o direito ao juiz competente pré-determinado por lei².

Do princípio do juiz natural, é possível retirar três postulados, de acordo com a lição de Jorge de Figueiredo Dias³:

- a) Ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência.
- b) Em segundo lugar, procura explicar um ponto de referência *temporal*, através deste afirmando um princípio da *irretroatividade*: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo;
- c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionária [...]

A demonstração desses postulados é importante e servirá de base para a discussão dos demais temas do trabalho. Entretanto, para a definição da natureza jurídica das normas de conexão e continência, é relevante a parte inicial do terceiro postulado, a ideia de que, para respeitar o princípio do juiz natural, a ordem de competência deve ser taxativa e pré-determinada.

As regras que definem as hipóteses de conexão estão previstas no artigo 76 do Código de Processo Penal⁴. São estabelecidas em razão do nexo que acopla duas ou mais infrações⁵ e têm como objetivo evitar sentenças conflitantes⁶.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 48.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984, p. 322-323.

⁴ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

⁵ Em seus três incisos, o artigo 76 do Código de Processo Penal estabelece cinco formas de haver conexão entre ações distintas: (i) quando duas ou mais infrações são cometidas por várias pessoas em concurso sem acordo de

Já a continência, que está prevista no artigo 77 do Código de Processo Penal⁷, ocorre quando há unidade de crime e concurso de pessoas ou quando há unidade de conduta com pluralidade de resultados⁸, portanto, são situações em que a potencialidade de decisões conflitantes é ainda maior.

Assim, a continência pode ser considerada uma espécie do gênero conexão, cujas hipóteses se assemelham às estabelecidas no artigo 76, I, do Código de Processo Penal⁹, sendo a única diferença que aqui há apenas um fato sendo imputado com pluralidade de crimes ou pessoas¹⁰.

Dessa forma, as regras de conexão e continência são pré-determinadas e servem para definir o órgão competente para julgamento, estando de acordo com o postulado acima exposto.

No entanto, existe controvérsia quanto à natureza jurídica das regras que definem a conexão e a continência.

Parte da doutrina entende que essas regras apenas prorrogam ou modificam a competência¹¹, quer dizer, o julgamento de um caso concreto é atribuído a um órgão do judiciário que normalmente não seria competente, enquanto outro órgão, que seria competente, deixa de ser. Portanto, as regras de conexão e continência, para esses autores, não seriam critérios abstratos de determinação da competência, mas fatores de modificação da esfera concreta de competência do juiz¹².

Os autores que defendem essa corrente estabelecem dois pontos principais como sustentação, que é o fato de ser possível a declaração da incompetência do juízo, em razão da conexão, no curso do processo, de forma concreta, e devido ao fato de que as regras de conexão por si só não são capazes de estabelecer a competência do juízo, dependeriam de outras regras¹³.

vontade, (ii) quando duas ou mais infrações são cometidas por várias pessoas em concurso em locais e em momentos distintos, (iii) quando dois ou mais crimes são cometidos por várias pessoas reunidas umas contra as outras de forma recíproca, (iv) quando dois ou mais crimes são cometidos porque um, de alguma forma, repercute na prática do outro, (v) quando a prova de um crime aproveita a prova do outro

⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida. Competência Penal: Conexão e Continência. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 83, n. 699, p. 273, jan. 1994.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁸ PEDROSO, op. cit., p. 274-275.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁰ KARAM, Maria Lúcia. *Competência no Processo Penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 88.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 342.

¹² Ibid.

¹³ Ibid. p. 342-343.

Nesse sentido, deve ser destacado que a violação às outras regras de competência também pode ser declarada de forma concreta, ao longo do processo. Desse modo, se o Ministério Público ou o querelante ajuízam a ação penal em juízo incompetente em razão do território ou da matéria, por exemplo, o juiz deve reconhecer sua incompetência de ofício ou por meio de exceção.

Assim, a ideia de que as normas de conexão não determinam a competência em razão de que podem ter a sua violação declarada de forma concreta não prospera, pois o descumprimento de outras normas de competência também pode ser declarado no caso concreto.

O argumento de que as regras de conexão não definem a competência por si só também não deve preponderar. Isso em razão de que as demais normas que estabelecem a competência, em regra, também não a definem sozinhas.

De uma forma geral, a competência é estabelecida com a conjunção das regras em razão da pessoa, da matéria e do território. Assim, só o critério em razão da matéria, por exemplo, não seria capaz de definir a competência de um órgão jurisdicional, tendo que ser articulado com os demais critérios de fixação de competência.

Se os argumentos que sugerem que as normas de conexão apenas modificam ou prorrogam a competência do órgão jurisdicional não convencem, é preciso estabelecer as diretrizes da definição dessas normas como de determinação da competência.

Inicialmente, da análise da literalidade das normas que estabelecem a conexão e a continência já é possível visualizar o objetivo do legislador ao definir as normas, uma vez que tanto o artigo 76 quanto o artigo 77, do Código de Processo Penal¹⁴ usam a expressão “a competência será determinada”. Ademais, o artigo 69, V, que introduz a competência no Código, define que uns dos critérios que determinam a competência são a conexão e a continência.

Além disso, ao contrário do que afirmado por parte da doutrina, como analisado, as normas que determinam a conexão são abstratas, ou seja, as hipóteses são previstas de forma genérica, podendo ser aplicadas em qualquer caso.

Da mesma forma, após estabelecida a conexão, a definição de qual órgão é competente para o julgamento também é genérica¹⁵. Nesse caso, deve ser observado o foro especial por

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁵ Além do foro especial por prerrogativa de função e da competência da justiça especial, que devem ser os primeiros critérios para o estabelecimento do órgão jurisdicional competente em razão da conexão, o artigo 78 do Código de Processo Penal define uma ordem taxativa para a definição do órgão competente em razão da conexão: (i) no concurso entre a competência do júri e de órgão de jurisdição comum, prevalece o júri, (ii) se o

prerrogativa de função e a competência da justiça especial estabelecidos na Constituição Federal ou Estadual e a ordem taxativa do artigo 78 do Código de Processo Penal¹⁶.

Por fim, corroborando o entendimento de que as normas de conexão determinam a competência, esse juízo está em melhor consonância com o postulado do princípio do juiz natural de que a ordem de competência é taxativa e pré-determinada.

Assim, se dois crimes conexos são consumados em localidades distintas, por exemplo, a pessoa que cometeu o crime já saberá, de forma pré-estabelecida, qual órgão será competente para julgar o seu caso, de acordo com as regras gerais de competência e com a norma do artigo 78 do Código de Processo Penal¹⁷, evitando, assim, um tribunal de exceção.

Por essa razão que parte da doutrina¹⁸ define acertadamente que as normas de conexão determinam a competência no processo penal, pois elas estariam se sobrepondo à competência em razão da matéria e do lugar, caso se tratasse de ações isoladas¹⁹.

A definição da natureza jurídica das normas de conexão e competência terá importância para examinar, no próximo capítulo, a constitucionalidade do artigo 80, do Código de Processo Penal²⁰, que estabelece hipóteses de separação dos processos conexos.

2. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA FORMA DE APLICAÇÃO DA NORMA PELO STF

Como visto no capítulo anterior, há divergência quanto à natureza jurídica das normas de conexão e continência. Isso pode influenciar na análise da constitucionalidade do artigo 80, do Código de Processo Penal²¹.

A aludida norma trata da possibilidade de separação dos processos conexos e continentes quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, quando houver número excessivo de acusados ou quando houver outro motivo que o juiz repute relevante.

concurso for entre ações de mesma jurisdição prevalece a jurisdição do lugar em que foi praticada a ação mais grave, (iii) se a gravidade das infrações for a mesma, prevalece a jurisdição em que forem praticadas o maior número de infrações, (iv) se for praticado o mesmo número de infrações, a competência é estabelecida pela prevenção.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ KARAM, op. cit., p. 85-86.

¹⁹ Ibid.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.

²¹ Ibid.

Trata-se de norma que estabelece uma exceção. Em regra, a causa será julgada em único processo pelo juiz competente, levando em conta os critérios de conexão e continência. Apenas haverá separação dos processos nos casos previstos.

Nesse ponto, é possível tratar da primeira crítica aos novos precedentes do STF, pois foi decidido que nos processos de tramitação originária na Suprema Corte a separação dos processos conexos é a regra. Os fundamentos usados pelo Ministro Relator são de que norma infraconstitucional não poderia ampliar a competência do STF e que o grande número de processos inviabilizaria a tramitação dos processos na Suprema Corte²².

Como visto, a decisão contraria dispositivo expresso do Código de Processo Penal²³ e trata-se apenas de uma jurisprudência defensiva, para reduzir o número de processos que tramitam no STF.

Assim, do ponto de vista dogmático, a manutenção dos processos conexos e continentes tramitando conjuntamente deve ser encarada como regra, pois é o que expressamente prevê a lei.

Além dessa questão, a separação dos processos conexos e continentes é problemática quando houver acusados que, se tivessem cometido crimes não conexos ou continentes, seriam julgados por juízes diferentes. Quando há acusado com foro por prerrogativa de função e outro não, por exemplo.

Nesses casos, quando há separação, o processo de um (ou alguns) dos acusados permaneceria no foro originalmente competente, enquanto que o processo dos demais seria redistribuído para o foro que seria competente se não houvesse conexão ou continência.

Essa situação é bastante problemática se for considerada a abrangência da norma, que permite ao juiz, facultativamente, separar os processos por motivos que julgar conveniente. Ainda mais problemática em relação à decisão analisada acima, que torna regra a separação, alterando norma de competência.

Essa situação deveria ser analisada em contraponto ao último postulado do princípio do juiz natural de que “pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionária”²⁴.

Dessa forma, o princípio do juiz natural impede que a competência seja determinada ou alterada por juízo discricionário de quem quer que seja. Portanto, se considerarmos que as normas de conexão e continência determinam a competência, restam poucas dúvidas de que a

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Inq. nº 3515*. Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4272384>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

²³ Idem, op. cit., nota 4.

²⁴ DIAS, op. cit.

interpretação da norma permitindo que o juiz separe os processos de forma discricionária ofenderia o princípio do juiz natural, notadamente esse último postulado.

Por outro lado, ao se adotar a teoria de que as normas de conexão e continência apenas modificam ou prorrogam a competência, poder-se-ia imaginar que não haveria ofensa ao princípio do juiz natural, já que o processo separado apenas retornaria ao juízo que seria competente não houvesse a causa de modificação.

No entanto, mesmo os autores que defendem que as normas de conexão e continência apenas modificam ou prorrogam a competência do juízo entendem que a separação dos processos por critério discricionário afetaria o princípio do juiz natural, pois, ainda assim, para a modificação da competência o legislador deveria prever critérios objetivos, que não deixem margem de dúvida²⁵.

Assim, quer se adote a teoria de que as normas de conexão e continência determinam a competência, como aparentemente foi a opção do legislador, quer se entenda que essas normas apenas modificam ou prorrogam a competência, a separação dos processos por critérios discricionários do juiz afeta o princípio do juiz natural.

Apesar do entendimento expressado de que o juízo discricionário do juiz afronta o princípio do juiz natural, o Supremo Tribunal Federal tem posição no sentido de que o artigo 80, do Código de Processo Penal²⁶ permite juízo de conveniência pelo magistrado.

Já em 2007, no julgamento do HC 88867/RS²⁷, o STF entendeu que a separação dos processos conexos ou continentais se daria por critério discricionário do juiz e, portanto, a matéria não poderia ser enfrentada pelo Tribunal Superior. O julgamento do referido habeas corpus, que teve a relatoria do então Ministro Eros Grau, foi finalizado de seguinte forma: “De mais a mais, não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir ao magistrado no juízo de conveniência que lhe é assegurado pela norma veiculada no artigo 80 do Código de Processo Penal”.

Pelo entendimento firmado nesse precedente, o juiz poderia, sem fundamentação ou com fundamentação que não guarde relação com as razões do artigo 80, do Código de Processo Penal²⁸, separar processos conexos ou continentais, pois se trata de mero juízo de conveniência.

²⁵ BADARÓ, op. cit., nota 11, p. 361.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 88867*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=114&dataPublicacaoDj=15/06/2007&incide nte=3609959&codCapitulo=5&numMateria=30&codMateria=3>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

²⁸ Idem, op. cit., nota 4.

Além disso, como não houve fundamentação, a decisão de separar o processo sequer poderia ser revista pelo Tribunal de hierarquia superior, como ficou expressamente definido no acórdão acima mencionado.

Dessa forma, além de violar o princípio do juiz natural, o entendimento vai de encontro aos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da fundamentação das decisões, definidos, respectivamente, nos artigos 5º, XXXV, e 93, IX, da Constituição²⁹.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento ao julgar o Agravo Regimental no Inquérito 3.711³⁰. Nesse caso, o Supremo determinou que, no termos do voto no Ministro Relator, “incumbe ao próprio tribunal, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, avaliar a conveniência de unificar ou cindir o processo e o julgamento em relação a implicados que não têm foro originário”³¹.

Como justificativa, o Ministro Relator Gilmar Mendes, relator do referido Agravo Regimental, definiu que “não há de se falar em prejuízo à defesa dos acusados que não possuem foro por prerrogativa de função, visto que será garantida a ampla defesa e o contraditório na instância competente”³².

Da análise desses fragmentos, é possível chegar a algumas conclusões. A primeira é que o Supremo manteve o entendimento de que a separação dos processos conexos deve ser feito por mero juízo de conveniência.

A segunda conclusão é que o Tribunal não trata a questão da violação ao princípio do juiz natural. Pelo contrário, o Supremo mistura conceitos e afirma que não há nulidade em razão de que serão observados o contraditório e a ampla defesa.

Direito fundamental tão importante quanto o contraditório e a ampla defesa, é o da vedação ao Tribunal de exceção e o da imparcialidade do juízo, direitos protegidos pelo princípio do juiz natural, definido no artigo 5º, XXXVII, da Constituição³³.

Espera-se que o juízo para o qual serão remetidos os autos, após a separação dos processos, respeite o contraditório e a ampla defesa, mas ainda assim haverá nulidade, uma vez que o juízo é incompetente para julgar a causa, em razão dos critérios de determinação de competência, que são a conexão e a continência.

²⁹ Idem, op. cit., nota 1.

³⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Inquérito 3.711*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730172>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ BRASIL, op. cit., nota 1.

Assim, a utilização de cláusulas abertas que possibilitam a alteração da competência para o julgamento da ação penal por motivo de conveniência do juízo afronta o princípio do juiz natural, ocorrendo a “consequente violação do que constitui um pressuposto do Estado-de-direito em matéria penal”³⁴.

Apesar dessa constatação, o Supremo Tribunal Federal definiu que a separação dos processos conexos é feita a partir de juízo discricionário do juízo, que sequer pode ser impugnado. Quando trata da questão do artigo 80, do Código de Processo Penal³⁵, passa ao largo da análise da violação ao princípio do juiz natural, principalmente no que diz respeito ao terceiro postulado do referido princípio, que foi exposto no início do trabalho.

Não há dúvidas de que a aplicação dada ao artigo 80, do Código de Processo Penal³⁶ é afrontosa aos direitos fundamentais definidos na Constituição, notadamente os princípios do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição e da fundamentação das decisões. O que se pretende agora é a verificação da possibilidade de dar interpretação ao referido artigo em conformidade com a Constituição.

3. A POSSIBILIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DO ARTIGO 80, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No capítulo anterior, procurou-se demonstrar que a interpretação dada pelo Supremo ao artigo 80, do Código de Processo Penal³⁷ parece contrariar a Constituição, principalmente em relação aos princípios do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição e da fundamentação das decisões judiciais.

A seguir será analisado se é possível dar à norma interpretação conforme aos preceitos fundamentais ou se ela deve ser encarada como norma não recepcionada pela ordem constitucional de 1988.

Inicialmente, é importante constatar que o artigo 80, do Código de Processo Penal³⁸ é norma originária do Código, ou seja, não foi introduzida ou modificada por reforma posterior, portanto, é norma de 1941.

³⁴ DIAS, op. cit., p. 327.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

Por ser norma infraconstitucional anterior à Constituição de 1988, se ela for incompatível com a nova ordem constitucional, ela deixa de ter vigência, pois ficaria automaticamente revogada pela nova Constituição³⁹.

Por outro lado, se for possível dar interpretação conforme a Constituição, a norma se mantém em vigor, podendo ser aplicada, desde que em conformidade com a nova ordem constitucional.

A interpretação conforme a Constituição é equiparável a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, ou seja, por essa prática, havendo mais de uma interpretação possível a ser dada à norma, o interprete deve aplicar aquela que se coaduna com os preceitos constitucionais, sendo a outra considerada inconstitucional⁴⁰.

Assim, como foi demonstrado que a interpretação dada à norma do artigo 80, do Código de Processo Penal⁴¹ parece ser inconstitucional, é preciso analisar se há outra que esteja de acordo com a Constituição.

Para ser possível a interpretação conforme a Constituição, é preciso definir quais os princípios constitucionais possivelmente em choque pela interpretação do artigo 80, do Código de Processo Penal⁴².

Se não existirem princípios constitucionais em choque, não poderia ser feita interpretação conforme a Constituição, mas sim deveria se declarar que a norma não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

No caso, há de um lado, como visto nos capítulos anteriores, os princípios do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição e da fundamentação das decisões judiciais, previstos, respectivamente, nos incisos XXXVII e XXXV, do artigo 5º e no artigo 93, IX, todos da Constituição⁴³.

Por outro lado, há o princípio da celeridade processual, previsto no artigo 5º, LVXXVIII, da Constituição⁴⁴, que é o que a norma do artigo 80, do Código de Processo Penal⁴⁵ visa assegurar. Essa constatação é possível ser extraída da análise das outras possibilidades de separação previstas na norma, além da conveniência do juízo, como quando as infrações ocorrem em lugares diferentes ou pelo excessivo número de acusados, já que

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 327.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1289-1290

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁴² Ibid.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 4.

nesses casos os diferentes lugares ou o número de acusados dificultaria a tramitação do processo.

Deve-se, portanto, analisar qual interpretação possível para a norma, a partir do princípio da proporcionalidade, pois é o que contempla os limites do poder conformador do legislador. Para isso, é preciso analisar a partir dos seus três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁴⁶.

Da análise da adequação, o interprete deve verificar se a restrição de um direito constitucional é capaz de assegurar a observância de outro. No caso, a restrição do princípio do juiz natural, permitindo ao juiz concretamente alterar a competência fixada em razão da conexão ou continência, é capaz de gerar maior celeridade processual.

Essa justificativa está relacionada com o fato de as circunstâncias processuais tornarem muito difíceis o julgamento em tempo razoável se o processo não for cindido. É o caso, por exemplo, em que há uma quantidade muito grande de réus, o que causaria uma grande confusão processual e dificultaria a tramitação do processo.

Imagine-se um processo com cinquenta réus, cada um com um advogado diferente e que há grande complexidade para análise da causa. Nesse caso, além de ferir a celeridade processual, ainda haveria prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, pois dificultaria o acesso à defesa dos autos.

Dessa forma, em tese, a separação de processos conexos, apesar de restringir o princípio do juiz natural, é capaz de gerar maior celeridade processual.

Para a análise do segundo elemento do princípio da proporcionalidade, é preciso que o intérprete verifique se a restrição de um princípio fundamental é necessária para a observância do outro, ou seja, se não há outros meios capazes de se garantir o respeito a um princípio sem restringir o outro.

Nesse ponto, é preciso verificar outras alternativas para assegurar a celeridade processual. A informatização dos processos que, ainda hoje, são físicos em alguns Tribunais pode ser considerado um exemplo de alternativa para otimizar o princípio da celeridade processual sem prejudicar o princípio juiz natural⁴⁷.

No entanto, podem existir casos em que, mesmo que fossem adotadas outras medidas, a manutenção da conexão ou continência prejudicaria o andamento do feito de modo a inviabilizar o andamento razoável do processo.

⁴⁶ MENDES, op. cit., p. 225-227.

⁴⁷ Até hoje os processos criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro são físicos, enquanto a maior parte dos processos cíveis já passou a ser eletrônicos.

Há outros casos, por exemplo, que são conexos, mas as infrações teriam ocorrido em locais distantes no país. A manutenção da conexão, nesse caso, poderia inviabilizar o andamento do feito, a realização de perícias e a participação efetiva das partes, entre outras dificuldades.

Dessa forma, há casos em que se justifica a necessidade de separação do feito, ainda que restrinja o princípio do juiz natural e dê ensejo a possíveis decisões conflitantes.

Por fim, para a análise do terceiro elemento do princípio da proporcionalidade, é preciso verificar se a restrição de um princípio para maximizar o outro é proporcional em sentido estrito, ou seja, verificar se é justificável essa restrição.

Quanto a esse ponto, a análise deverá ser feita no caso concreto, é preciso ver se a separação é justificável, ou seja, se a celeridade deve se sobrepor ao que se pretende com as normas de conexão e continência, que é evitar decisões conflitantes.

Nesse sentido, não faz sentido cindir o processo em que há continência, ainda que o juiz entenda pela conveniência da medida concretamente, pois o risco de decisões conflitantes não justificaria essa providência⁴⁸. Na continência há unidade de condutas e a análise delas por juízos diversos pode levar à circunstância de em um juízo se afirmar que a conduta ocorreu e no outro não.

De qualquer forma, o juiz deve fundamentar a sua decisão pela cisão dos processos conexos, demonstrando que no caso concreto a medida é conveniente, ou seja, que o risco de gerar decisões conflitantes é pequeno ou que a vantagem no ganho em agilidade no processo é razoável frente a esse risco.

Se for adotada essa medida, os termos do artigo 80 do Código de Processo Penal⁴⁹ podem ganhar um sentido determinado, evitando a alteração de competência por medida discricionária. Assim poderia ser respeitando o princípio do juiz natural, principalmente o terceiro postulado do princípio constitucional, exibido no início do trabalho, que veda a alteração por decisão discricionária, já que o critério de conveniência está normatizado.

Além disso, a necessidade de fundamentação da decisão, demonstrando que essa conveniência determinada está presente no caso concreto, faz com que se respeite o preceito fundamental definido no artigo 93, IX, da Constituição⁵⁰.

Por fim, o fato de a decisão ter que ser fundamentada e ter que demonstrar a conveniência da medida no caso concreto, vai permitir que os Tribunais superiores verifiquem

⁴⁸ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 191.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁵⁰ Idem, op. cit., nota 1.

se a providência realmente era conveniente e, caso não seja, reformem a decisão. Dessa forma, estará respeitado também o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

CONCLUSÃO

A proposta desse artigo foi de analisar a constitucionalidade da norma de processo penal que permite a separação de processos conexos ou continentes em razão da conveniência do juízo.

Nesse sentido, é importante frisar que a observância pelo Estado das normas e garantias fundamentais no ato da persecução criminal tem relação direta com o Estado Democrático de Direito.

Por essa razão, é tão importante a presente discussão, ainda mais considerando que o tema é pouco debatido na doutrina e jurisprudência.

O tema abordado cinge-se principalmente com relação ao princípio constitucional do juiz natural e com a vedação aos tribunais de exceção.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer desse artigo, foi possível chegar à conclusão que o tema sequer chega a ser discutido nos Tribunais Superiores e, quando chega, é tratado marginalmente pelas decisões, não se enfrentando a questão de fato ou há alguns casos em que se afirma que o juiz tem ampla conveniência para separar os processos conexos ou continentes.

Dado esse cenário de naturalização do uso indevido de preceito fundamental tão importante, que está presente em todos os Estados Democráticos e que diz respeito à própria isenção do Poder Judiciário, que o trabalho buscou alcançar soluções para outra aplicação da norma.

Dessa forma, no primeiro capítulo, buscou-se definir a natureza jurídica das normas de conexão e continência. Apesar de importantes vozes defendendo que a natureza das normas é de prorrogação da competência, procurou-se demonstrar se tratar de norma de definição da competência.

Os principais argumentos usados para chegar a essa conclusão dizem respeito à literalidade do Código de Processo Penal, que afirma que as normas de conexão e continência determinam a competência, ao melhor enquadramento com o princípio do juiz natural e à própria sistematicidade das normas definidoras de competência.

No segundo capítulo, procurou-se demonstrar que, mesmo os autores seguidores da corrente de que as normas de conexão e continência apenas prorrogam a competência,

também consideram que a separação desses processos por mera conveniência do juízo podem ferir o princípio do juiz natural.

A questão foi tratada observando-se a jurisprudência do STF, que dá ampla liberdade para o juiz separar os processos conexos, sem sequer precisar fundamentar a decisão e impedindo a reanálise da questão nos Tribunais Superiores.

Por essa razão, concluiu-se que, além de haver a violação ao princípio do juiz natural, a jurisprudência do STF sobre a questão parece ser ofensiva aos princípios da fundamentação das decisões judiciais e da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Diante das considerações esboçadas no segundo capítulo, esse artigo buscou, no terceiro capítulo, traçar alguns critérios objetivos para aplicação do artigo 80 do Código de Processo Penal em conformidade com a Constituição.

Demonstrou-se que a aplicação dessa norma deveria ser fundamentada pelo juiz, que deve demonstrar no caso concreto a conveniência da medida. Dessa forma, seria possível o controle das instâncias superiores, havendo a proteção de todos os princípios que são considerados violados pela atual interpretação da norma.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Processo Penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 out. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 15 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Inquérito 3.711*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730172>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 88867*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=114&dataPublicacaoDj=15/06/2007&incidente=3609959&codCapitulo=5&numMateria=30&codMateria=3>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq. nº 3515. Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4272384>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no Processo Penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Competência Penal: Conexão e Continência. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 83, n. 699, p. 273, jan. 1994.