

Wedy e Schneider: Manipulação da competência na “lava jato”

12/09/2023

Dentre as derrotas da denominada operação "lava jato", pode-se dizer que a incompetência processual foi uma das molas propulsoras do seu processo de desidratação e enfraquecimento. Nesse contexto, afora a "supercompetência" da 13ª Vara Federal de Curitiba e as corriqueiras investidas contra o foro por prerrogativa de função, situa-se o *bypass* ao INQ nº 4.435-AgR-Quarto/DF, fenômeno praticado com recorrência durante a "lava jato", cujo objetivo era driblar a competência penal da Justiça Eleitoral.



Aliás, segundo o ministro Gilmar Mendes , além de se

caracterizar por "*tentativas infundadas de manipulação do Juízo competente*", o *bypass* costuma ocorrer em duas situações específicas:

(1) "*quando os indícios de crimes eleitorais são simplesmente desconsiderados pelos órgãos de persecução e pelo Poder Judiciário*", bem como

(2) "*quando há o arquivamento sumário das infrações penais eleitorais para se superar o entendimento firmado pelo STF em relação à definição do juiz natural*".

Felizmente, as tentativas infundadas de *bypass* ao INQ nº 4.435-AgR-Quarto/DF foram prontamente repudiadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, o problema não será dirimido se for permitida a convalidação ou ratificação de atos decisórios prolatados em contextos de *bypass* ao INQ nº 4.435-AgR-Quarto/DF. Isso porque, uma vez diagnosticado o espaço ocupado pela garantia do juiz natural e do devido processo legal no processo penal, conclui-se que a convalidação ou ratificação de atos decisórios não possui conformidade com o processo penal constitucional, sobretudo em casos de *bypass* ao INQ nº 4.435-AgR-Quarto/DF. Em linhas gerais, a impossibilidade de convalidar ou ratificar atos decisórios em contextos de *bypass* ao INQ nº 4.435-AgR-Quarto/DF se arrima em quatro fundamentos: (1) insegurança jurídica, (2) cerceamento de garantias, (3) impossibilidade de

beneficiar atos de má-fé processual e (4) impossibilidade de sanar atos absolutamente nulos. Impõe-se, assim, analisar o suporte argumentativo de cada fundamento.

O contexto de insegurança jurídica é fruto direto da ausência de uma base normativa sólida e de um conceito jurídico consistente, bem como da oscilação da jurisprudência do STF sobre a matéria. No campo normativo, repousa uma primeira controvérsia sobre os efeitos jurídicos da incompetência no processo penal: o artigo 564, I, do CPP, compreende a incompetência como causa de nulidade, estando em consonância com o artigo 5º, LIII, da CF, o qual assegura que ninguém será "processado" ou "sentenciado" senão pela autoridade competente; por outro lado, o artigo 567 do CPP inquina a nulidade apenas dos atos decisórios. Aliás, justamente em razão disso, existem no mínimo cinco correntes sobre os efeitos jurídicos da incompetência no processo penal.

Além disso, o problema normativo se irradia sob a convalidação ou ratificação dos atos decisórios em si. Isso porque, enquanto o artigo 108, § 1º c/c o artigo 109, ambos do CPP, permitem a ratificação dos atos anteriores, o artigo 573 e o artigo 652, ambos do mesmo CPP, apresentam alternativa diametralmente oposta; isto é: a retificação ou a renovação dos atos nulos ou de todo o processo.

Não bastasse isso, compulsando a doutrina brasileira, constata-se que, via de regra, a doutrina não se aprofunda e nem enfrenta o tema de maneira frontal, ao tratar do instituto da convalidação ou ratificação de atos decisórios prolatados por juízo incompetente. Quando trata da matéria, na maioria das vezes, acaba por circunscrever a discussão à jurisprudência do STF.

Ocorre que, não raras vezes, a discussão é abordada de modo casuístico pela jurisprudência, prescindindo do indispensável aprofundamento teórico-científico. Aliás, o maior exemplo disso é a corriqueira referência ao HC nº 83.006/SP: embora o STF classifique referido precedente como um marco na possibilidade de convalidação ou ratificação de atos decisórios, o fato é que a Suprema Corte aplica o entendimento desde o HC nº 33.442/DF, julgado em 1955 pela 1ª Turma, da lavra do ministro Nelson Hungria.

A convalidação ou ratificação de atos decisórios em contextos de *bypass* ao INQ nº 4.435-AgR-Quarto/DF também provoca o cerceamento de garantias, como o juiz natural (artigo 5º, LIII, da CF), o devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF), o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV, da CF), o promotor natural (artigo 10, IX, da Lei nº 8.625/93), a motivação dos atos decisórios (artigo 93, IX, da CF), etc. Por exemplo, imagine-se o ato decisório de apreciação da resposta à acusação (artigos 397 e 399 do CPP), o qual foi prolatado pela Justiça Federal em contexto de *bypass* ao INQ nº 4.435-AgR-Quarto/DF. Reconhecida a manipulação da competência, declina-se para a Justiça Especializada, sendo que o Juízo Eleitoral simplesmente convalida ou ratifica o ato decisório de apreciação da resposta à acusação, iniciando-se imediatamente a instrução.

Nesse caso, a convalidação ou ratificação tolheu o acusado de ser denunciado pelo membro do Ministério Público com legitimidade para acusá-lo, na medida em que, ao convalidar ou ratificar o ato decisório, o fez também em relação à denúncia. Inclusive, não se pode olvidar que a interpretação jurídica do membro legítimo do Ministério Público poderia ser mais benéfica ao

acusado. Ademais, ao simplesmente convalidar ou ratificar, o juízo competente suprimiu uma das oportunidades processuais do acusado contraditar a acusação; qual seja: ele não recebeu uma nova resposta à acusação.

Ainda, o juízo competente diminuiu o seu ônus argumentativo, pois apenas incorporou os argumentos alheios. Inclusive, com a implementação do juiz das garantias, o exemplo apresentado também traduz a supressão do direito ao juiz das garantias competente; afinal, ao convalidar/ratificar o ato decisório do artigo 397 do CPP, o fez também em relação aos atos decisórios pretéritos prolatados no decorrer da investigação, incluindo a decretação de medidas cautelares reais ou patrimoniais e o deferimento de meios de obtenção de prova, cuja competência era do juiz das garantias (artigo 3º-B, V e XI, do CPP).

O dever de boa-fé processual, além de encontrar amparo normativo no artigo 5º do CPC, aqui aplicável por meio do artigo 3º do CPP, é pressuposto da própria atuação dos atores processuais, incluindo o Ministério Público (artigo 127 da CF e artigo 43, II, da Lei nº 8.625/93), a advocacia (artigo 2º, parágrafo único, II, do Código de Ética e Disciplina da OAB) e o Poder Judiciário (artigo 35, I, da LC nº 35/79). Nesse sentido, e nas estreitas balizas conceituais fixadas pelo ministro Gilmar Mendes, o contorcionismo acusatório, a ignorância seletiva e a manipulação da competência são características típicas do fenômeno do *bypass* ao INQ nº 4.435-AgR-Quarto/DF.

Bem por isso, trata-se de nítida e inequívoca atuação carente de boa-fé dos atores processuais; logo, afora o cenário de insegurança jurídica e a violação de garantias, a atuação processual se situa em sentido diametralmente oposto ao dever de boa-fé processual, previsto no artigo 5º do CPC, bem como pressuposto do processo contemporâneo e democrático.

Finalmente, não obstante estes autores possuam ressalvas ao maniqueísmo que caracteriza a discussão nulidade absoluta vs. nulidade relativa, cuida-se de distinção adotada com frequência pela doutrina e jurisprudência majoritárias. Nesse sentido, tendo em vista que o *bypass* ao INQ nº 4.435-AgR-Quarto/DF viola a competência constitucional da Justiça Eleitoral (artigo 109, IV e artigo 121 da CF), trata-se de incompetência (e nulidade) absoluta, não se sujeitando às hipóteses de sanabilidade e aproveitamento dos atos processuais, incluindo a convalidação ou ratificação dos atos decisórios.

Em linhas gerais, esses são os fundamentos que apontam para impossibilidade de ratificar ou convalidar atos decisórios prolatados em contextos de *bypass* ao INQ nº 4.435-AgR-Quarto/DF. Não obstante, a matéria ainda está longe de encontrar um ponto de equilíbrio, mormente na jurisprudência do STF. Afinal, encontram-se precedentes do STF permitindo a convalidação ou ratificação em contextos de *bypass* ao INQ nº 4.435-AgR-Quarto/DF, a exemplo da RCL nº 53.124/RJ. Ao mesmo tempo, o STF, na pessoa do ministro Gilmar Mendes, já avançou no reconhecimento da nulidade, afastando os efeitos dos atos decisórios prolatados em contextos de *bypass* ao INQ nº 4.435-AgR-Quarto/DF, vide o HC nº 214.214-ED/DF e a RCL nº 32.081-ED/PR.

O Poder Legislativo, por sua vez, demonstra o interesse de aperfeiçoar a regulamentação da matéria, conforme se extrai dos artigos 158 e 160, ambos do PL nº 8.045/10, famoso



Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, os quais merecem aprofundamento, sobretudo para evitar um incentivo indireto à manipulação dos critérios infraconstitucionais de competência.

No fundo, ao verticalizar a discussão relativa aos efeitos jurídicos da incompetência no processo penal, incluindo o controverso e polissêmico instituto da convalidação ou ratificação dos atos decisórios em casos de incompetência, o que está em jogo é o espaço ocupado pela garantia do juiz natural (artigo 5º, LIII, da CF) e do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF) no processo penal. Torna-se, portanto, necessário reafirmar o nosso compromisso com um processo penal justo e ético, com lealdade entre as partes, integridade na prestação jurisdicional, e, acima de tudo, um processo que afirme a dignidade da pessoa humana, com o seu julgamento por um juiz imparcial e equidistante. Em suma, um processo com regras e princípios e que retrate uma verdadeira e autêntica democracia.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-set-12/wedy-schneider-manipulacao-competencia-lava-jato/>