



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

José Ailton da Silva Júnior

**A NATUREZA CONSTITUCIONAL MATERIAL DO DUPLO GRAU DE
JURISDIÇÃO NOS PROCESSOS CRIMINAIS: ANÁLISE EM RELAÇÃO AOS
JULGAMENTOS ORIGINÁRIOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Maceió

2016

José Ailton da Silva Júnior

**A NATUREZA MATERIAL CONSTITUCIONAL DO DUPLO GRAU DE
JURISDIÇÃO NOS PROCESSOS CRIMINAIS: ANÁLISE EM RELAÇÃO AOS
JULGAMENTOS ORIGINÁRIOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada para banca final como
requisito parcial para obtenção do grau de Mestre
em Direito Público pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Alagoas

Orientador: Prof. Dr. George Sarmento Lins Júnior

Maceió

2016

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

S586n Silva Júnior, José Ailton da.
A natureza constitucional matéria do duplo grau de jurisdição nos processos criminais : análise em relação aos julgamentos originários perante o Supremo Tribunal Federal / José Ailton da Silva Júnior. - 2016.
159 f.

Orientador: George Sarmiento Lins Júnior.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2016.

Bibliografia: f. 151-159.

1. Brasil – Jurisdição. 2. Duplo grau de jurisdição. 3. Direito Constitucional. 4. Direito processual. 5. Recursos (Direito). I. Título.

CDU: 340



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



JOSÉ AILTON DA SILVA JÚNIOR

**“A NATUREZA MATERIAL CONSTITUCIONAL DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NOS
PROCESSOS CRIMINAIS: análise em relação aos julgamentos originários perante o Supremo
Tribunal Federal”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como
requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. GEORGE SARMENTO LINS JÚNIOR

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima (UFAL)

Julgamento: Aprovado com 9,0 Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (UFAL)

Julgamento: Aprovado com 9,0 Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (UFAL – Docente Externo ao PPGD)

Julgamento: Aprovado com 9,0 Assinatura: [Assinatura]

Maceió, 25 de agosto de 2016.

Dedico este trabalho a Deus, pela sua misericórdia e por seu amor sem fim, e a minha esposa Júlia Maria por toda a paciência que teve durante a sua elaboração.

AGRADECIMENTOS

Acredito que uma das mais sublimes ações do ser humano é a que culmina com um sentimento de gratidão. Durante esse período do Curso de Mestrado em Direito Público, tive o prazer de ter sido bastante auxiliado em diversos aspectos e, com a finalização deste trabalho, chega a hora de agradecer.

Inicialmente, gostaria de agradecer a Deus, autor da vida, para quem tudo deve ser ofertado, já que a Ele pertencem todas as “nossas” conquistas.

Agradeço, também, aos meus pais, Ailton e Margareth, que, dentre outras coisas, desde cedo, no âmbito da simplicidade de nosso lar, importaram-se em me oportunizar as melhores condições, dentro de suas possibilidades financeiras, para me garantir a maior das heranças, o conhecimento, o qual a traça não corrói, nem o malfeitor a subtrai e que levarei comigo para eternidade.

Meus agradecimentos igualmente são direcionados aos meus demais familiares, que, mesmo na distância física, foram presentes nas orações e nas vibrações positivas em torno do êxito deste trabalho e, aos que estiveram próximos, nas pessoas do meu sogro José Brito e minha sogra Ana Lúcia, pelo sincero encorajamento para que este Curso pudesse ser concluído.

A todos os amigos que tive a honra de fazer durante este Curso, através do compartilhamento não só do espaço físico da FDA, mas, essencialmente, de conhecimento, os quais não nominarei para evitar injustiças, mas que sabem o quanto significam para mim.

Aos que fazem o Programa de Pós-Graduação em Direito Público da FDA/UFAL, aos quais agradeço na pessoa do Prof. Dr. George Sarmento, a quem tive a honra de ser pupilo, aumentando ainda mais minha admiração por este ser de sabedoria, humildade e educação invejáveis.

O meu agradecimento também é direcionado a todos os meus amigos professores, funcionários e alunos da Faculdade CESMAC do Sertão, os quais me reservarei não mencionar nominalmente, e que foram, durante todo esse tempo, incentivadores para o êxito deste Curso.

Aos amigos Maurício Wanderley, Rogério Paranhos e Jomar Moraes, nas pessoas de quem agradeço a todos do Ministério Público de Alagoas que acompanharam o desenvolvimento deste trabalho.

Também aos amigos do dia-a-dia jurídico, que tive o prazer de conhecer nessas caminhadas, aqui representado pelo meu amigo-irmão Edval Luz e pelos amigos Alysson Martins e Klenaldo Oliveira, e aos amigos da vida, Henrique Medeiros e Dyana Albuquerque, Hércules Barros e Raíssa Duarte, Josué Ribeiro e Simone Góes, pelo incentivo dado para que esse trabalho pudesse ser concluído.

Não poderia deixar de agradecer, em especial, ao Dr. Theodorico Costa e a Dr^a. Luciana Benevides, além de todos os profissionais da ONCOS, que me acompanharam nos últimos meses e auxiliaram, através de seus conhecimentos, a superar o trauma e a séria doença que fui acometido nos últimos meses deste Curso, possibilitando que eu pudesse dizer, no dia de hoje: eu venci o câncer!

Por fim, não poderia deixar de realizar um agradecimento especial à minha companheira de todas as horas e por toda a eternidade, minha esposa Júlia Leite, que foi a incentivadora primeira desse meu sonho de cursar e concluir um Curso de Mestrado em Direito e que me ensinou, com muito carinho e paciência, em especial nos últimos duros meses, novos significados para a palavra amor. Serei para todo o sempre grato a ti por ter me feito entender que #juntossomosmaisfortes!

*“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito
em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”*

Eduardo Juan Couture

RESUMO

A comum insatisfação do ser humano quando se encontra diante de algo que lhe é desfavorável, aliada a falibilidade dos indivíduos e um imperativo de otimização e segurança jurídica apontam para a existência de um direito natural a uma revisão dos julgados realizados pelo Poder Judiciário, que restou denominado de duplo grau de jurisdição ou direito a um recurso. A investigação acerca dessa garantia ganha importantes contornos quando alguns ordenamentos jurídicos passam a incorporá-las textualmente até mesmo em suas constituições. Outro fato que instiga a pesquisa é a inserção da garantia do duplo grau de jurisdição nos mais importantes documentos declaratórios de direitos humanos como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção Europeia de Direitos Humanos, Carta Africana de Direitos Humanos e, em especial, para o sistema brasileiro, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Estando, pois, declarado direito humano fundamental na seara internacional, surge o questionamento sobre sua aplicação irrestrita nos processos criminais dos países signatários desses instrumentos jurídicos, incluindo o Brasil. Esse questionamento acaba sendo reforçado pelo fato de que, tradicionalmente, no Brasil, todos os processados originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pelos demais Tribunais, não tem o direito ao duplo grau de jurisdição garantido. Temos, desse modo, certa anomalia no sistema: de um lado, o duplo grau de jurisdição reconhecido internacionalmente como um direito humano fundamental; do outro, um Estado, que se entende como democrático de direito, negando a aplicação de um direito humano fundamental em determinados processos criminais julgados em sua jurisdição. Tal situação é no mínimo desconfortável e cuja análise se faz necessária.

Palavras-chave: Duplo Grau de Jurisdição. Direito Material Fundamental Constitucional. Julgamento Criminal Originário. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The normal dissatisfaction of the human being when he is in face of something that is adverse, plus the fallibility of the people and an imperative of optimization and law security indicate to the existence of a natural right to a sentence review, that is called double degree of jurisdiction or right to an appeal. The investigation about this guarantee has important outlines when some legal frameworks begin to incorporate it verbatim even in their constitutions. Other fact that instigate the research is the insertion of the double degree of jurisdiction guarantee in the most important declaratory documents of human rights as the International Covenant on Civil and Political Rights, European Covenant on Human Rights, African Chart of Human Rights and, especially, for the Brazilian system, the American Covenant on Human Rights. Once the double degree of jurisdiction has been declared fundamental human right in the international ambit, the questioning about its unrestricted application in the criminal trials arises in the signatory countries of these legal instruments, including Brazil. This questioning is reinforced because, traditionally, in Brazil, all of the people which is originally processed for the Brazilian Supreme Court, and for the other Tribunals, have not guaranteed the right to an appeal. We have, in this way, some anomaly in the system: on one side, the double degree of jurisdiction internationally recognized as a fundamental human right; whereas, a State, which is known as a democratic state of law, denying the application of a fundamental human right in some criminal law proceedings that are sentenced in its jurisdiction. This situation is at the least uncomfortable and its analysis is necessary.

Keywords: Double Degree of Jurisdiction. Material Fundamental Constitucional Right. Originary Criminal Trial. Brazilian Supreme Court.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	antes de Cristo
AI	Agravo de Instrumento
APO	Ação Penal Originária
Art.	Artigo
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPC	Código de Processo Civil
D.	Dom
DF	Distrito Federal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Inq.	Inquérito
MG	Minas Gerais
n.	número
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RE	Recurso Extraordinário
Séc.	Século
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TO	Tocantins
vs.	<i>versus</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: OS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS NO BRASIL E NO MUNDO	19
2.1 Introdução	19
2.2 A História do Duplo Grau de Jurisdição	19
2.2.1 O Duplo Grau de Jurisdição e os Povos Antigos	20
2.2.2 O Duplo Grau de Jurisdição na Grécia	23
2.2.3 O Duplo Grau de Jurisdição em Roma	24
2.2.4 O Duplo Grau de Jurisdição no Direito Canônico da Idade Média	25
2.2.5 O Duplo Grau de Jurisdição na Inglaterra da Idade Média e Moderna	27
2.2.6 O Duplo Grau de Jurisdição na França da Idade Moderna	27
2.2.7 O Duplo Grau de Jurisdição nos Estados Unidos da América da Idade Moderna	28
2.2.8 O Duplo Grau de Jurisdição em Portugal	29
2.2.9 O Duplo Grau de Jurisdição no Brasil	34
3 OS FUNDAMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	40
3.1 Os Fundamentos do Duplo Grau de Jurisdição	40
3.1.1 A insatisfação do vencido	40
3.1.2 A possibilidade de erro judiciário	41
3.1.3 A melhor fundamentação por parte dos juízes de primeira instância	42
3.1.4 O Duplo Grau de Jurisdição como elemento de controle estatal	43
3.1.5 O Duplo Grau de Jurisdição como garantia fundamental	44
3.2 O Duplo Grau de Jurisdição	44
4 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO EM MATÉRIA CRIMINAL E SEU TRATAMENTO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO E NO BRASIL	46
4.1 O Tratamento do Duplo Grau de Jurisdição no Mundo Contemporâneo e no Brasil	46
4.1.1 O Duplo Grau de Jurisdição e os Tratados Internacionais	46
4.1.2 O Duplo Grau de Jurisdição e o Direito Interno dos Estados	49
4.1.3 O Duplo Grau de Jurisdição e o Direito Brasileiro	56
4.1.4 O Duplo Grau de Jurisdição e a Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal	58
4.1.4.1 O Posicionamento, no Brasil, do Supremo Tribunal Federal	58
4.1.4.2 O Posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos	63
5 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO ENQUANTO DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO	69

BRASILEIRO

5.1 As Relações do Direito Internacional com o Direito Interno dos Estados: Monismo e Dualismo	69
5.1.1 Dualismo	69
5.1.2 Monismo	72
5.1.3 Teorias conciliatórias	76
5.1.4 Os modelos de incorporação do Direito Internacional no Direito interno	77
5.1.5 A aplicação dos modelos de incorporação do Direito Internacional no Direito interno no direito comparado	78
5.2 As relações de hierarquia entre o Direito Internacional e o Direito interno nos textos constitucionais	80
5.2.1 Cláusulas de adoção das regras do Direito Internacional pelo Direito interno sem qualquer disposição de vantagem ou primazia	81
5.2.2 Cláusulas de adoção das regras do Direito Internacional pelo Direito interno com primazia daquele	83
5.2.3 Constituições omissas quanto à adoção das regras do Direito Internacional pelo Direito interno	86
5.3 As relações hierárquicas entre as normas internacionais de direitos humanos e o direito interno no Brasil	87
5.3.1 A abertura do catálogo de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: significado e alcance do conceito material de direitos fundamentais	87
5.3.2 Existem direitos materialmente fundamentais individuais e sociais?	91
5.3.3 Na busca de um conceito material de direitos fundamentais	92
5.3.4 Direitos materialmente fundamentais: Exemplos	98
5.3.4.1 Direitos materialmente fundamentais alheios ao rol próprio, mas com <i>status</i> constitucional formal	98
5.3.4.2 Direitos apenas materialmente fundamentais	101
5.3.4.3 Existem direitos apenas formalmente fundamentais?	107
5.4 O duplo grau de jurisdição enquanto garantia fundamental de natureza material constitucional	108
5.4.1 Abrangência e alcance da previsão convencional	112

6 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CONDENADO EM PROCESSO CRIMINAL DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS: O CASO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

	115
6.1 Os Processos de Competência Originária dos Tribunais: A questão do foro por prerrogativa de função	115
6.2 O foro por prerrogativa de função	116
6.2.1 O foro por prerrogativa de função e sua possível compreensão enquanto privilégio	116
6.2.2 O foro por prerrogativa de função: breve análise das origens históricas	117
6.2.3 O foro por prerrogativa de função no direito comparado	121
6.2.4 O foro por prerrogativa de função na história constitucional brasileira	127

6.2.5 O foro por prerrogativa de função na atual Constituição Brasileira	131
6.2.6 O foro por prerrogativa de função, a isonomia e os reflexos no resultado definitivo das demandas	132
6.3 O Duplo Grau de Jurisdição e sua aplicação nos julgamentos criminais originários do Supremo Tribunal Federal: panorama doutrinário e jurisprudencial	134
6.4 Possibilidades para a aplicação do princípio do Duplo Grau de Jurisdição nos julgamentos criminais originários do Supremo Tribunal Federal	137
6.4.1 O fim do foro por prerrogativa de função perante os Tribunais	137
6.4.2 A adequação do rito processual nos julgamentos de processos criminais de competência originária perante os Tribunais	138
7 CONCLUSÃO	145
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	153

1 INTRODUÇÃO

A experiência tem nos mostrado que não há dúvidas de que o ser humano é sujeito limitado e suscetível a falhas em suas compreensões acerca do mundo e dos seus fenômenos, as quais, na atividade jurisdicional, podem causar severos prejuízos às partes litigantes.

Esta falibilidade acaba sendo impulsionada para a ciência, que, muitas vezes, deixa de progredir em reverência a um pensamento até então tido como imutável.

A consciência acerca da limitação do ser humano fomenta a natural insatisfação deste em relação aos fatos que lhes prejudicam de algum modo, os quais, em conjunto, são os principais elementos que excitam a nossa curiosidade em promover um estudo mais aprofundado sobre o duplo grau de jurisdição e o conseqüente direito humano de ter decisões jurisdicionais em seu desfavor reapreciadas, com vistas a alcançar, o máximo possível, a “perfeição jurídica”.

Realizando uma análise doutrinária, é possível identificar poucas obras que tratam acerca do direito humano a obter uma revisão de uma decisão proferida contra si, tendo como lastro fundamentador a questão da natural falibilidade humana e que pode acometer todo e qualquer indivíduo, inclusive aqueles que, aparentemente, estão insuscetíveis a erros.

Quando, então, focamos nossa atenção na aplicação de um direito geral e irrestrito a uma revisão de um determinado julgado, notadamente quando este tiver sido proferido, no caso do Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, a produção acadêmica é praticamente nula.

Isso poderia trazer duas possibilidades ao investigador: ou o tema é desinteressante, sem aplicação prática, ou exatamente o contrário de tudo isso.

Filiamos-nos ao pensamento de que este tema é bastante relevante e que uma análise do mesmo dará interessante contribuição à Academia.

Obviamente que, apresentar um novo enfoque sobre fatos que, não raras vezes, já estão arraigados no sentimento dos indivíduos como “verdades” intransponíveis é um grande desafio.

Contudo, para destoar esse pensamento de “verdades” intransponíveis, importante destacar o pensamento do poeta Xenófanes (500 a.C.), o qual afirmou: “Verdade segura jamais homem algum conheceu ou conhecerá sobre os deuses e todas as coisas de que falo”. Claro que não pretendemos pregar o relativismo total, já que podemos alcançar o conhecimento objetivo, como o mesmo poeta afirma: “Os deuses não revelaram tudo aos mortais desde o início; mas no decorrer do tempo encontramos, procurando, o melhor”.

Vale, ainda, apresentar o pensamento de Karl Popper o qual afirma que a quebra de uma verdade universalmente aceita está intrinsecamente relacionada a negação de uma teoria a qual gera um sentimento de descontentamento no âmbito de uma sociedade científica que a impulsiona a buscar uma nova solução que não contenha o mesmo defeito (POPPER apud FERREIRA, 2008, p. 79).

Diante desse cenário, apesar de, em uma primeira vista, não parecer, a questão do duplo grau de jurisdição enquanto direito humano fundamental, nos últimos anos, ganhou contornos interessantes, notadamente após o julgamento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da Ação Penal Originária nº. 470-DF.

Nesta demanda criminal, que ficou nacionalmente conhecida como “Processo do Mensalão”, foi possível perceber a realização de uma apreciação processual sem que pudesse ser oportunizado aos interessados o direito de revisão do julgado.

É de se anotar que, na linguagem comum e que muitas vezes é difundida por determinados meios de comunicação, através de indivíduos sem o adequado preparo intelectual para se julgarem dignos de se tornarem formadores de opinião, a cultura da penalização célere e certa é tida como o meio correto de se alcançar uma possível redução da criminalidade no país, nem que para isso direitos fundamentais, oriundos da luta secular dos povos sejam dilapidados sem qualquer pudor.

Importa destacar, ainda, como situação que nos causa certa perplexidade, no feito em exame, existiam 118 (cento e dezoito) réus, sendo que 35 (trinta e cinco) acabaram sendo julgados pelo Supremo Tribunal Federal e outros 83 (oitenta e três) ainda respondem a processos em várias Comarcas e Juízos do país.

Registre-se: todos esses 83 (oitenta e três) réus contarão com o direito ao duplo grau de jurisdição, o qual acabou não sendo garantido aos que foram julgados diretamente pela Suprema Corte. Ou seja, situações idênticas tratadas de forma absolutamente desigual.

O fato é que, em um processo com tamanha dimensão e com tantos interesses envolvidos (interesse das partes, de partidos políticos, da sociedade, etc.), normas oriundas de Pactos Internacionais os quais o Brasil aderiu sem apresentação de qualquer tipo de reserva foram completamente desrespeitadas, como o já referido direito ao duplo grau de jurisdição, expressamente consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, e que acabou sendo incorporada ao sistema jurídico pátrio através do Decreto Presidencial 4.463/2002 c/c o Decreto Legislativo nº 89/1998, sob o argumento de que, malgrado fazerem parte do ordenamento nacional, estariam

sujeitas a determinadas normas de matriz formal constitucional e, por isso, inaplicáveis naquele feito criminal.

É exatamente esse argumento, aceito pela maioria dos membros da Suprema Corte nacional, que pretendemos analisar com maior detalhamento neste trabalho, a fim de identificar, de maneira fundamentada, o acerto ou o equívoco do Pretório Excelso brasileiro.

Como se poderá observar de uma maneira mais aprofundada nos capítulos a seguir, até recentemente, era prevalente o entendimento de que os indivíduos que cometessem ilícitos penais, cuja competência originária de julgamento fosse a Corte Máxima daquele Estado, não teriam direito à revisão das suas Sentenças.

Ocorre que, em especial, com o julgamento do Caso Barreto Leivas v. Venezuela, em 2009, portanto, após o Brasil aceitar se submeter à sua jurisdição, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a consolidar o entendimento de que todo acusado em processo criminal tem direito a ter sua sentença revisada, inclusive àqueles julgados perante a mais alta Corte da hierarquia judiciária de cada Estado, devendo, em caso de reclamação àquela Corte, os signatários realizarem a revisão dos processos reclamados, além de adequarem suas legislações internas a esse imperativo de direitos humanos.

Esta situação aponta para um problema básico no sistema brasileiro, que é o fato de os sujeitos submetidos ao julgamento criminal originário perante os Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, não possuem a possibilidade legal de levarem suas insatisfações quanto ao que foi decidido nos autos a uma instância superior, com a finalidade de realizar uma revisão do julgado, buscando um melhor acerto da decisão.

Essa questão ganhou traços mais fortes a partir do instante em que pessoas condenadas no “Processo do Mensalão” denunciaram o Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos por alegada violação a previsão expressa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisprudência moderna, como já mencionado acima, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A atualidade do tema é bastante clara, pois, em um futuro não tão distante, o Brasil poderá chegar a ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pela violação de um preceito básico constante em Tratado Internacional voluntariamente assinado e ratificado pelo governo brasileiro.

Assim, para verificar o acerto desse pensamento levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, objetivamos nesse trabalho responder aos seguintes questionamentos básicos: a) existe uma garantia ao duplo grau de jurisdição no sistema brasileiro? b) Existindo

essa garantia, em que ela está alicerçada? c) É possível codunar a legislação pátria à observância dessa garantia e como concretizar essas medidas?

Na busca da resposta a essas indagações, estruturamos o trabalho de um modo a identificar raízes históricas e como essa questão vem sendo tratada na experiência legal das demais nações.

Assim, no primeiro Capítulo deste trabalho nos ocuparemos de estudar a origem histórica do duplo grau de jurisdição e como essa garantia foi se aperfeiçoando até alcançar a importância que vem tendo na seara dos direitos humanos fundamentais.

No aludido Capítulo, faremos uma verificação de registros de garantias jurisdicionais que eram conferidas aos indivíduos e que possuem algum tipo de relação com a moderna compreensão do duplo grau de jurisdição, partindo de sociedades antigas como os mesopotâmios e os hebreus, passando pelos romanos e gregos, e chegando a sociedades mais modernas como a dos ingleses, franceses, norteamericanos e, dada nossa tradição, dos portugueses.

No Capítulo seguinte optaremos por apresentar os fundamentos fático-jurídicos que embasam a existência da garantia do duplo grau de jurisdição e fixaremos uma compreensão do seu real significado e seu alcance, a fim de balizar a forma como a garantia será abordada neste trabalho.

No terceiro Capítulo, buscaremos traçar um panorama de como o duplo grau de jurisdição tem sido tratado nos diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo na atualidade.

Apresentaremos nesse Capítulo o tratamento que é dado ao duplo grau de jurisdição em alguns países do mundo, bem como, de modo especial, no Brasil.

Faremos questão, ainda, de apontar como o duplo grau de jurisdição tem sido compreendido, notadamente em relação ao seu alcance, na jurisprudência de Cortes Internacionais e, internamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

No quarto Capítulo, enfrentaremos a tarefa de demonstrar o conteúdo e a natureza fundamental da garantia do duplo grau de jurisdição, enfocando tais predicados dentro da estrutura do ordenamento brasileiro.

É este Capítulo, se assim pudermos dizer, o “coração” deste trabalho, pois, nele, estarão descritos os fundamentos nucleares que sustentam o nosso entendimento acerca da fundamentalidade constitucional do duplo grau de jurisdição e a necessidade de sua aplicação em todas as demandas judiciais, inclusive perante os Tribunais Superiores, como o Supremo Tribunal Federal.

Por fim, no quinto e último Capítulo, adentraremos na questão dos julgamentos criminais originários perante o Supremo Tribunal Federal e os impactos desse deslocamento de competência para a efetivação da garantia do duplo grau de jurisdição.

Nele, faremos um estudo das justificativas histórico-jurídicas para a existência do foro especial por prerrogativa de função, realizaremos um análise crítica acerca desse “privilégio” processual e demonstraremos a possibilidade de efetivação da garantia do duplo grau de jurisdição, inclusive, com a manutenção da referida vantagem.

É com esse propósito que convidamos os leitores a despir seus pré-conceitos, acaso existentes, e a se permitir a compreender um outro olhar acerca da garantia fundamental constitucional do duplo grau de jurisdição e a sua inserção no rol dos direitos humanos fundamentais.

2 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: OS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS NO BRASIL E NO MUNDO

2.1 Introdução

O duplo grau de jurisdição tem como nascedouro duas situações comuns no embate levado a efeito no Judiciário: a insatisfação do derrotado na demanda e seu desejo de reversão do fato desfavorável à sua vontade.

Obviamente, tais situações reclamavam que as decisões proferidas nos processos judiciais se aproximassem o máximo da perfeição, o que poderia ser alcançado com o reexame das matérias submetidas ao crivo judicante, permitindo, também, ao final da reanálise, um maior conformismo por parte do derrotado.

Importante salientar que, se por um lado o duplo grau de jurisdição é compreendido como instrumento de aperfeiçoamento da decisão judicial; por outro lado, o instituto é motivo de críticas, uma vez que, na prática, tem ocasionado, em quase todos os Tribunais, em especial, no caso do Brasil, nos superiores, um maior número de solicitações aos órgãos de revisão, uma panaceia nas pautas de julgamento e, conseqüentemente, a demanda de um maior tempo para o encerramento dos feitos.

Um dos desafios do direito na atualidade é exatamente conciliar o princípio da justiça com o da duração razoável do processo e da certeza jurídica.

Com efeito, os dois lados da moeda são a garantia do reexame das decisões, visando o aperfeiçoamento da mesma, e o outro, a necessidade de um julgamento célere ou, no mínimo, em prazo razoável, para a concretização da principal finalidade do direito: a solução das contendas e o alcance da paz social.

É exatamente esse equilíbrio de valores que os países tentam a todo custo alcançar, tudo sem olvidar nenhum daqueles.

2.2 A História do Duplo Grau de Jurisdição

Para uma melhor compreensão do fenômeno do duplo grau de jurisdição na atualidade é interessante realizar uma incursão pelo passado, a fim de mostrar as mais diversas contribuições das diferentes culturas à formação do atual quadro normativo atinente a matéria em estudo.

2.2.1 O duplo grau de jurisdição e os povos antigos

É de se anotar, inicialmente, que qualquer que seja a tentativa de realizar uma análise histórica do duplo grau de jurisdição passara inevitavelmente pela análise, no âmbito do processo civil, da apelação, que é o meio recursal que foi consagrado no aforismo *appellatio est provocatio ad maiorem iudicem*¹.

Analisando a história da humanidade, podemos identificar traços singelos, mas significativos, acerca do duplo grau de jurisdição ainda na prática de resolução de conflitos dos povos na Antiguidade.

O primeiro documento que se tem conhecimento e que tratava da possibilidade do erro judiciário é o Código de Hamurabi, datado de aproximadamente 1.700 a.C., que assim prescrevia:

5º - Se um juiz dirige um processo e profere uma decisão e redige por escrito a sentença, se mais tarde o seu processo se demonstra errado e aquele juiz, no processo que dirigiu, é convencido de ser causa do erro, ele deverá então pagar doze vezes a pena que era estabelecida naquele processo, e se deverá publicamente expulsá-lo de sua cadeira de juiz. Nem deverá ele voltar a funcionar de novo como juiz em um processo.

Importante destacar que, malgrado tal previsão do Código mesopotâmico, neste instante histórico, a grande maioria das civilizações eram teocráticas e tinha uma aplicação bastante primitiva do Direito, normalmente alicerçado na invocação do Poder Divino por parte do soberano, o que afastava a discussão da matéria oriunda das decisões, uma vez que era inadmissível o erro divino.

Contudo, mesmo nessas sociedades, é possível identificar sinais que apontam a possibilidade de insatisfação sobre o resultado de uma questão de natureza judicial.

Por exemplo, um dos registros sobre um gérmen do duplo grau de jurisdição pode ser visto no povo hebreu, que era teocrático, mas que tratou em alguns casos, como no narrado na Bíblia Sagrada (Êxodo 18, 3-26), elementos típicos da possibilidade de recorrer de uma decisão proferida.

Nessa passagem do Livro do Êxodo, em um diálogo entre Moisés e seu sogro Jetro, o líder dos Israelitas, que estavam em fuga do Egito, disse que aquele povo vinha até ele para que o Deus de Israel fosse consultado e, posteriormente, fossem solucionadas as suas questões.

¹ “A apelação é uma provocação a um juiz superior” (tradução nossa).

Jetro o aconselhou, dizendo que, caso Moisés continuasse com aquele procedimento, esgotar-se-ia e que o melhor era que ele nomeasse representantes dentre o povo que ele liderava, escolhendo homens prudentes e tementes a Deus e a estes destacasse a função de solucionar por si mesmos as questões de menor importância, levando a si apenas aquelas de maior importância.

Após esses conselhos, Moisés ouviu seu sogro Jetro e realizou a nomeação de representantes para grupos de mil, cem, cinquenta e dezenas de pessoas.

Vale destacar que, de acordo com esse trecho da Bíblia, Moisés se livrou do encargo de ser o único julgador para todas as demandas de seu povo, através da delegação de poder aos Conselheiros escolhidos.

Esse não foi um registro isolado, ainda tomando como base a Bíblia Sagrada, podemos verificar alguns outros exemplos da invocação aquilo que viria a ser chamado hodiernamente de duplo grau de jurisdição.

No livro de Daniel (13, 1-65), podemos ver a notícia do julgamento de uma mulher que havia sido, maldosamente, acusada de adultério e condenada à morte por dois juízes com más intenções. Naquele instante, surge Daniel, um jovem da comunidade, sem qualquer interesse direto na causa, que, porém, estava completamente inconformado com a injustiça que estava sendo praticada, ao ponto de pedir que aquela mulher condenada fosse novamente julgada, pois acreditava em sua inocência.

A súplica de Daniel teve resultado. A mulher restou novamente julgada e acabou sendo absolvida, o que ocasionou a condenação dos seus acusadores.

Vale frisar que a insatisfação apresentada por Daniel e tolerada para a concessão do novo julgamento à suposta mulher adúltera, por mais estranha que possa parecer (Daniel era um terceiro e não tinha nenhum interesse direto, quiçá nem indireto, na causa), estava alicerçada na Lei Mosaica ou Lei de Moisés, oriunda da interpretação dos livros do Pentateuco². Essa legislação “permitia a impugnação da sentença criminal por qualquer pessoa que não o acusado, prevendo a possibilidade de o mesmo crime ser julgado até cinco vezes!” (SÁ, 1999, p. 79), porém, fora da seara penal, não há qualquer indicação da existência de recursos.

² Os livros do Pentateuco correspondem aos cinco primeiros livros da Bíblia (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio) e conhecida entre os judeus como Torá, palavra derivada do hebraico com significado associado ao ensinamento, instrução, ou, especialmente, a Lei.

Encerrando os registros bíblicos que apontam, entre os hebreus, a existência de uma centelha do duplo grau de jurisdição, podemos mencionar o trecho contido no Livro dos Atos dos Apóstolos (25, 9-12).

Narra esse excerto bíblico que o apóstolo Paulo se encontrava preso em Cesareia, por ordem de Félix, Governador Romano na Judéia. Contudo, o grande interesse dos judeus era de assassiná-lo.

Assim, dois anos depois, aproveitaram a chegada de Pórcio Festo, Governador que substituiu Félix, a região para, supostamente, levar Paulo de Cesareia a Jerusalém para um novo julgamento, quando em verdade, pretendiam emboscá-lo. Para surpresa dos judeus, Festo resolveu ir até Cesareia e lá ver a questão de Paulo.

Ao chegar a Cesareia, Festo sentou ao Tribunal e convocou Paulo para esclarecimentos. Em sua defesa, Paulo argumentou que não havia cometido nenhum ilícito para estar preso. Festo, então, questionou se Paulo preferia ser levado a Jerusalém e lá ser julgado por ele. Neste instante afirmou Paulo que não mais estava sob a jurisdição de Festo, mas de César e se tivesse de ser condenado, inclusive a morte, deveria ser perante César, apelando, então, ao Imperador Romano. Festo ficou sem argumento, acatando, na sequência, o pleito de Paulo.

Excetuando-se os registros bíblicos, também se tem notícia, entre os hebreus, da existência do chamado Sinédrio, que tinha “competência originária para as causas mais relevantes e recursal para rever as decisões dos juízos que lhe estavam submetidos” (PENTEADO, 2006, p. 24).

Na Índia, por seu turno, o Código de Manu, lastreado na costumeira ideia de justiça como forma de vingança, não previa nenhuma espécie de impugnação as decisões provenientes dos brâmanes que formavam a Suprema Corte.

Doutra banda, a história, tal qual ocorria entre os hebreus e os mesopotâmicos, também noticia algum traço do duplo grau de jurisdição no Egito. Fala-se que havia no Egito uma Corte Suprema, a qual era composta por 30 (trinta) sacerdotes, que tinham a função de reexame de matéria cível já julgada por tribunais de hierarquia inferior (PENTEADO, 2006, p. 24).

Apesar desse posicionamento, Lima (2004, p. 18) adverte que não se vislumbra no Direito egípcio o reconhecimento da Garantia do Duplo Grau de Jurisdição, malgrado pudesse existir [tal qual menciona Penteado] revisão da decisão pelo mesmo Tribunal, desde que houvesse novas provas.

2.2.2 O duplo grau de jurisdição na Grécia

Na Grécia Antiga, não havia previsão de qualquer tipo de recurso das decisões provenientes do *Elieu* ou Tribunal dos heliastas. Esse Tribunal era integrado por até 6 mil cidadãos gregos, que deviam ter mais de trinta anos e disponibilidade para o desempenho das funções atinentes ao cargo.

De acordo com Azevedo citado por Lima (2004, p. 22), as decisões que eram proferidas por este Tribunal, que possuía jurisdição tanto para as questões públicas quanto para as privadas, eram definitivas, por serem expressão da vontade e soberania populares, o que afastava a possibilidade de recurso.

Posteriormente, já na vigência das leis e da Constituição de Drácon (621 a.C.), havia duas espécies de órgãos de jurisdição em Atenas.

Afirma Lopes (2011, p. 23) que quando se tratava de casos de crimes públicos, a apreciação da causa era realizada por grandes tribunais de dezenas ou centenas de membros. Cabia à Assembleia dos cidadãos, divididos em distritos territoriais a eleição de um grande conselho de supervisão (Areópago). Anota, ainda ele, que, apesar de todos os cidadãos puderem participar da assembleia, nem todos poderiam ocupar todas as magistraturas, já que os cidadãos, para essa finalidade, haviam sido divididos, pela Constituição de Sólon, em classes de renda. Junto ao Areópago, um outro Conselho, chamado *boulé*, composto por quatrocentos indivíduos exercia o governo. Competia ao Areópago o julgamento dos acusados de violar a constituição. Na hipótese de o julgamento se realizar para situações menos importantes por um magistrado ou juiz singular poderia ser manejado um apelo para a assembleia judicial propriamente dita, denominada *Heliastas*, a qual, por seu turno, funcionava em grupos, chamados “dicastéria”.

Neste instante, em Atenas, podemos verificar uma semente do duplo grau de jurisdição, direcionada, contudo, aos casos menos importantes.

Essa semente, entretanto, foi ganhando força, chegando ao ponto mencionado por Adalberto Aranha, citado por Penteado (2006, p. 24), no sentido de que, em Atenas, antes mesmo que fosse efetivada a reforma de Sólon, era possível a reapreciação de determinadas decisões; contudo, após a reforma, até mesmo as decisões dos chamados arcontes, que eram a princípio irrecorríveis, passaram a se sujeitarem ao recurso, que seria destinado ao Tribunal dos heliastas.

Já em Esparta, competia aos Éforos a análise do pedido de reexame em relação às decisões proferidas em feitos considerados importantes, consoante se pode observar das lições de Tucci (1987, p. 11-12).

2.2.3 O duplo grau de jurisdição em Roma

Em Roma, por seu turno, no período arcaico (das suas origens até o Séc. II a.C.), não havia notícia de algo que pudesse se assemelhar com o duplo grau de jurisdição. Isso se deve, possivelmente, ao fato de que, na solução de conflitos, os cidadãos tinham que comparecer perante o pretor e lavrar um compromisso de acatamento a decisão que por ele viesse a ser tomada. Essa concepção se adequa com a mentalidade do povo romano neste instante histórico, que proibia a interferência externa na resolução das contendas. A decisão do processo, desenvolvida em duas fases, uma perante o pretor (*in jure*) e outra perante um árbitro (*apud judicem*), inicialmente escolhido pelas partes e posteriormente público, era irrecorrível.

Ultrapassada essa fase arcaica, na República, passa-se a permitir o questionamento das decisões proferidas pelos magistrados ordinários perante os magistrados extraordinários. O poder dos magistrados, contudo, na matéria penal, era completamente discricionário e restringido pela apelação ao povo (*provocatio ad populum*)³.

Já durante o período da *cognitio extra ordinem*, instituído após a queda da República e sob o Principado, há o efetivo surgimento da apelação recebida com efeito suspensivo, como forma de impugnação das sentenças definitivas, instituído o preparo como condição de admissibilidade recursal (SÁ, 1999, p. 80.).

Nesse sistema, o magistrado-*iudex* não participava do processo enquanto titular de uma atividade jurisdicional, mas como um delegado da autoridade maior. Nesse cenário, aquele que possuía a supremacia política encarregava o exercício jurisdicional aos seus submissos qualificados, retendo para si o poder soberano de julgar, que, por natureza era indelegável. Acontece que o exercício desse poder de julgar somente era efetivado, quando

³ Vale destacar que, neste instante, a apelação era permitida apenas aos patrícios (cidadãos romanos). “As mulheres, os escravos e os estrangeiros não gozavam dessa prerrogativa. Assim, após o processo comicial (processo penal da época), poderia haver ou não a apelação à Assembléia Popular (*comitia centuriata*), que, dentre outras funções, atuava como corte de apelação nos processos referentes à aplicação da pena de morte e ao exílio. Tal apelação tinha efeito suspensivo.

Assim, quando houvesse uma decisão do magistrado desfavorável ao acusado, e este fosse cidadão romano, era cabível o recurso à Assembléia do Povo, que realizava o reexame da decisão.” (LIMA, 2004, p. 27).

necessário, para o reexame de questões outrora já decididas pelos detentores da delegação supra mencionada (PENTEADO, 2006, p. 26).

A doutrina mais abalizada costuma apontar que o início do sistema recursal dentro do Império Romano esta mais intrinsecamente relacionada “a uma inspiração hierárquico-autoritária que à preocupação com a garantia da justiça”⁴ (SÁ, 1999, p. 80), uma vez que a aplicação normativa pelas mãos do Imperador, a qual, de início, era a instância recursal, dava a ele um grande controle sobre toda a sociedade, notadamente tendo em vista a concentração de poder que tinha.

Aponta Sá (1999, p. 81) que eram peculiares duas características do sistema recursal romano: uma nos leva a compreensão de que não era apenas o duplo grau de jurisdição que era garantido com a criação da justiça pública em Roma, mas, igualmente, a pluralidade de instâncias, o que dava ao interessado a possibilidade da apresentação de mais de uma apelação. A segunda característica, o que parece até colidente com a pluralidade de instâncias acima afirmada, é que havia limitações ao direito de recorrer a depender do grau hierárquico do órgão que efetivou o comando jurisdicional.

2.2.4 O duplo grau de jurisdição no direito canônico da Idade Média

Como se sabe, durante a Idade Média, a Igreja Católica exerceu grande influência para além da seara religiosa e ingressando no panorama político. Essa influência dava margem para que ela pudesse buscar a imposição de seus mandamentos em diversos setores da vida social.

Uma parte desse poder exercido pela Igreja Católica pode ser, de algum modo, explicado pelo fato de ter ela criado um Direito próprio, o canônico, o qual, por seu turno, durante muito tempo, na Idade Média, era o único escrito.

Importante salientar que a Igreja reconhecia a existência de dois sistemas jurídicos (religioso e laico). Contudo, a organização existente no direito canônico o tornava prevalente em detrimento de um frágil direito laico/comum.

⁴ É exatamente por isso que afirma Rogério Lauria Tucci: “Tratava-se, aí, na realidade, de uma espécie de instância de graça, cuja decisão devia, a seu turno, restringir-se à confirmação ou à anulação da sentença proferida pelo órgão judicante singular – jamais atenuá-la ou agravá-la, – e em que os julgadores eram livres de votar como melhor lhes acesse, sem nenhuma subordinação a leis ou, mesmo, a qualquer espécie de disciplina” (TUCCI, 1976, p. 136). No mesmo sentido, Lima (2004, p. 32): “Não se vislumbrava naquele período da História a proteção dos Direitos Fundamentais com a concepção de direitos ligados à dignidade do ser humano. Também não se concebiam os Direitos Fundamentais como uma proteção do homem diante do Estado”.

Inicialmente, o direito canônico era aplicado somente aos membros do clero, sendo uma espécie de direito disciplinar. Contudo, o fortalecimento da Igreja fez com que ele passasse a ser aplicado a todos de forma indistinta, em determinadas matérias.

No auge de sua aplicação, afirma Gilissen (1995, p. 140-141) que os Tribunais Eclesiásticos, em determinadas questões, julgavam todas as pessoas, leigos e clérigos; já em matéria penal, julgavam todas as pessoas quando se tratasse de ilícito contra a religião (heresia, apostasia, simonia, sacrilégio, feitiçaria, etc) e no caso de algumas outras infrações que atentassem contra as regras canônicas, como o adultério e a usura, contudo, em relação a estas últimas, havia competência concorrente da jurisdição laica. Já na esfera civil, os Tribunais Eclesiásticos tratavam todas as demandas relativas aos benefícios eclesiásticos (rendimentos atribuídos a um eclesiástico sobre os bens da Igreja para lhe permitir exercer sua missão); ao casamento (já que é considerado sacramento pela Igreja) e a todas as matérias conexas: esponsais, divórcio e separação de pessoas, legitimidade dos filhos, etc; aos testamentos, na hipótese em que estes continham um legado pio a favor de uma instituição eclesiástica; à não-execução de uma promessa feita sob juramento (porque se tratava de falta a uma promessa solene feita a Deus).

Anote-se que, em alguns casos, a jurisdição eclesiástica era ampliada através da prorrogação de competência, uma vez que “[...] muitos particulares por contrato se submetiam espontaneamente aos tribunais eclesiásticos ou a arbitragens, em que se aplicavam regras desenvolvidas no direito canônico” (LOPES, 2011, p. 86).

Nesse sistema, segundo Gilissen (1995, p. 384), o juiz eclesiástico era o bispo e, na hipótese de apresentação de recurso, este era encaminhado do bispo para o arcebispo e, na sequência, deste para o papa que mandava julgar por um Supremo Tribunal, que era denominado “Rota”. Este Tribunal, contudo, perdeu, no século XVI, uma parte das suas atribuições em proveito das Congregações, tendo sido reestabelecido como Supremo Tribunal da Cristandade por Pio X, em 1908.

Lopes (2011, p. 86) aponta que o processo canônico deixou legados para o direito em geral:

Em primeiro lugar (1) é um processo conduzido por profissionais em direito; em segundo lugar (2) reconhecia um sistema de recursos que permitia a uniformização, a concentração e a centralização do poder; em terceiro lugar (3) adquiriu uma perspectiva investigativa (inquisitorial) mais do que acusatória ou adversária (duelística); finalmente (4) impôs a escrita sobre a oralidade, constituiu o sistema cartorial. Este modelo processual liga-se a uma forma de poder político e a ele serve. Vigorará até o século XVIII, como processo do *ius commune* (romano-canônico).

Esse legado canônico tem reflexos no direito até a atualidade e inspirou vários sistemas jurídicos ao redor do mundo.

2.2.5 O duplo grau de jurisdição na Inglaterra da Idade Média e Moderna

A Inglaterra foi o cenário onde se pode observar a maior conquista na seara dos direitos fundamentais, durante a Idade Média: a elaboração, em 1215, da Magna Carta (*Magna Charta Libertatum* ou *Magna Charta Baronorum*), a primeira declaração de direitos após o início da era Cristã.

Há de se atentar que a Magna Carta não era uma declaração universal de direitos, mas uma proteção especial para os nobres e barões contra o despotismo real. Entretanto, tal constatação não lhe retira o valor, já que valores como democracia, conjugados com liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, etc, eram impensáveis no cenário sociopolítico da época.

Após este documento, alguns outros de semelhante importância foram editados na Inglaterra a exemplo da *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e a *Bill of Rights* (1688).

Mesmo com tamanha produção legal na seara dos direitos fundamentais, o duplo grau de jurisdição não foi prestigiado em nenhum deles. Segundo Lima (2004, p. 41-42), isto se deve ao fato de que o acesso ao duplo grau de jurisdição era decorrente, especialmente, da subordinação existente entre as autoridades inferiores em relação às superiores. Desse modo, quando a revisão do julgado era realizada, a referida autora não compreende que o duplo grau de jurisdição era concretamente respeitado, enquanto direito do indivíduo. Ela afirma, ainda, que, naquele momento histórico, as sentenças proferidas não possuíam, na grande maioria dos casos, qualquer tipo de fundamentação, sob o argumento de que o fato de os Tribunais decidirem por delegação dos reis implicava no entendimento de que a decisão da Corte, na realidade, era a do soberano. Contudo, mesmo nesses casos, destaca a autora que, havendo recurso, quem realizava a apreciação em última instância, era o monarca, que realizava seu julgamento de modo discricionário.

2.2.6 O duplo grau de jurisdição na França da Idade Moderna

Se a Inglaterra foi o palco onde foi editada a Magna Carta, com sua importância histórica já mencionada acima, a França deu ao mundo a Declaração de Direitos do Homem e

do Cidadão (1789), que, ao contrário do que acontecia em relação ao diploma inglês, tinha um caráter universal de proteção de Direitos Fundamentais.

Essa Declaração, elaborada como fundamento base da Constituição que veio a ser elaborada em 1791, deu proteção legal a vários direitos fundamentais, com aplicação nos ordenamentos mais modernos do mundo na atualidade, tais como: igualdade, liberdade, legalidade, dignidade, reserva legal, anterioridade da lei penal, presunção de inocência, etc. Apesar disso, tal como ocorrido na Inglaterra, este Diploma normativo não abarcou de forma expressa o Duplo Grau de Jurisdição.

Contudo, a organização judiciária francesa, após a Revolução de 1789, aponta elementos do duplo grau de jurisdição. A legislação vigente nesse período previa, pelo menos, três graus de jurisdição: os tribunais de primeira instância, que são os tribunais inferiores, normalmente numerosos e frequentemente de tipos variados; os tribunais de segunda instância, os recursos, em pequeno número; e, no topo da hierarquia, o Supremo Tribunal ou *Cour de Cassation*, representando o grau máximo e único para todo o país (GILISSEN, 1995, p. 495).

Frise-se, por oportuno, que, mesmo não constando nos principais catálogos de direitos fundamentais, neste momento histórico, tal qual tinha ocorrido desde o fim da Idade Média, o princípio do recurso havia sido admitido na maioria dos Estados, tendo sido amplamente difundido entre os Séculos XVIII e XIX, comportando, no entanto, algumas exceções, como nas decisões oriundas dos tribunais do júri (GILISSEN, 1995, p. 495).

Não é repetitivo acentuar que, na mentalidade da época, não se entendia que o direito de recorrer fosse um direito do cidadão, mas um benefício para ele, no caso de condenação. Assim, o direito ao recurso tinha a função de ser um eficiente meio de controle do Estado em relação aos seus subalternos.

Já a partir da Constituição Francesa de 22 de agosto de 1795, o duplo grau de jurisdição passou a ser previsto, permanecendo como garantia processual até os dias atuais naquele país.

2.2.7 O duplo grau de jurisdição nos Estados Unidos da América da Idade Moderna

No âmbito dos Estados Unidos da América, o primeiro diploma a tratar de direitos fundamentais foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).

Contudo, é após a edição da Constituição Americana em 1787 e, especialmente, das dez primeiras emendas a ela, veiculadas através da chamada *Bill of Rights* em 1791, que

houve o estabelecimento de um importante catálogo de proteção dos direitos fundamentais naquele país⁵.

Apesar de não prever expressamente o duplo grau de jurisdição, tal garantia é observada a partir da análise sistêmica do ordenamento americano, notadamente quando se analisa os direitos fundamentais nela protegidos, entre os quais o devido processo legal, e a própria organização dos tribunais.

Como informa Bernard Schwartz (1966, p. 163), as Cortes federais nos Estados Unidos são organizadas em estrutura piramidal, nos mesmos moldes que são usados em vários sistemas jurídicos na atualidade. Dentro dessa organização, a jurisdição originária é dada a um importante número de tribunais de competência territorial espalhados em todo o país. Da decisão oriunda de qualquer destes, é possível recorrer a um número menor de tribunais de apelação intermediários, cuja jurisdição é também definida territorialmente. No vértice do sistema encontra-se o tribunal central de competência recursal final, mas que somente possui competência em determinados casos.

2.2.8 O duplo grau de jurisdição em Portugal

Após um panorama geral, com verificação da criação do duplo grau de jurisdição nas principais civilizações e Estados, tanto na antiguidade, quanto na Idade Média e Moderna, e como o objetivo básico desse trabalho é exatamente analisar o duplo grau de jurisdição no ambiente brasileiro, salutar é estreitar a análise histórica do referido instituto para a região da Península Ibérica, uma vez que é o direito proveniente dessa região que influencia importante parte do direito pátrio, tudo em razão de nossa origem colonial portuguesa, por isso daremos continuidade ao estudo em tela sob a perspectiva do Direito visigodo, já que esse foi o povo que comandou a região ibérica durante a dominação bárbara.

O primeiro Diploma normativo que trata do direito ao recurso na legislação visigoda é o *Edictum Theodorici*, no qual a apelação é prevista como meio de impugnação da sentença (SÁ, 1999, p. 82). Devemos destacar, neste instante histórico, de acordo com a legislação supra referida, que “o monarca era o supremo juiz do reino, e julgava quer em primeira

⁵ Interessante é a observação de Trindade (2015, p. 31-32): “A Constituição americana, aprovada na Convenção de Filadélfia de 17 de setembro de 1787, no princípio não incorporava uma declaração de direitos fundamentais do indivíduo. Contudo, nove das treze ex-colônias exigiram que isso fosse providenciado, como condição para ratificarem a Constituição e aderirem à federação. A reivindicação foi acatada e deu origem às dez primeiras Emendas à Constituição, aprovadas em 1791. Acrescidas de outras Emendas aprovadas nos séculos XIX e XX, elas configuram o chamado *Bill of Rights* norte-americano.

instância, quer em recurso, umas vezes por si, ouvindo a Aula Régia, outras vezes nomeando alguém de confiança para decidir em seu nome” (CAETANO, 1941, p. 111).

Sá (1999, p. 82), alicerçada nas lições de Orestes Nestor Laspro, ainda aponta que, antes da dominação dos mouros na região, a apelação, na legislação visigoda, tinha como características fundamentais as limitações apresentadas em relação às sentenças que possuíssem como lastro juramento de parte ou algumas condenações por dívidas, às punições aos juízes que tentassem obstar apelações às suas decisões, o efeito suspensivo do recurso, a fixação de sanção ao apelante que não visse reformada a sentença, a aceitação de mais de uma apelação e, por derradeiro, a possibilidade de ser ela ajuizada contra qualquer sentença que contrariasse a lei, ainda que proferida pelo rei⁶.

Na sequencia histórica, a Península Ibérica foi praticamente tomada por completo pelos árabes muçulmanos⁷, tendo os visigodos restantes se refugiado ao norte da região, nas Astúrias, onde criaram o Reino de Leão e iniciaram uma reação para reconquista da área, já através dos neogóticos, sucessores dos visigodos.

Com o passar dos tempos, os neogóticos começaram a reconquistar áreas da Península Ibérica e, a cada retomada, eles criavam condados, que, por seu turno, eram ligados por vassalagem ao Reino de Leão. Dentre os condados criados pelos neogóticos está o Condado Portucalense, que, mais adiante, deu origem ao Reino de Portugal, tornado independente pela proclamação de D. Henrique.

Mesmo nesse período de luta em busca da reconquista dos territórios perdidos, segundo as lições de Caetano (1941, p. 158), o rei nunca deixou de ter concentrado em si o direito de jurisdição. Quando concedia aos senhores o direito de julgar, mantinha para si o poder de julgar determinadas questões, mas sempre com reserva de *summa jurisdictio*, ou

⁶ Vemos aqui uma evolução em relação ao que foi estudado até o presente momento. Ao permitirem a interposição de recurso contra decisão contrária à lei proferida pelo rei, os visigodos, de alguma maneira, aceitavam a falibilidade de seu soberano, o que é bem peculiar quando verificamos o período histórico em que tal situação é acatada. Interessante a lição de Marcelo Caetano: “O rei visigodo devia acatamento às leis: assim estava preceituado no Código Visigótico, livro II, título 1º, cap. 2: *Quod tam regia potestas quam populorum universitas legum reverentie sit subjecta*. Depois, tinha o dever de procurar acima de tudo o bem comum e não o seu proveito pessoal: é doutrina, de inspiração cristã, que da obra de S.¹⁰ Isidoro de Sevilha passou ao *Primus titulus* anteposto em certos textos tardios ao Código Visigótico e formulada na conhecida frase: – *Rex ejus eris si recta facis, se autem non facis non eris*. Finalmente, o Rei não podia esquecer a influência moral e o poderio da nobreza e do clero católico (dêste após a conversão de Recaredo), pelo que a sua vontade tinha de se pautar muitas vezes pelo que os magnates do reino exprimiarn”. (1941, p. 131-132).

⁷ Deixaremos de fazer referência mais aprofundada sobre o direito e o duplo grau de jurisdição durante o período de dominação árabe na Península Ibérica uma vez que seu direito tinha caráter eminentemente “religioso, [sendo] a função de aplicá-lo quase sacerdotal. O Califa era o supremo juiz na qualidade de sucessor do Profeta, e delegava nos seus representantes dos vários graus da hierarquia os poderes de jurisdição. Não se exercitava qualquer função judicial senão em nome do Califa [...]”, o que tem como consequência lógica a inadmissão de qualquer alegação de erro nas decisões proferidas. (CAETANO, 1941, p. 102).

seja, o rei sempre poderia apreciar as causas quando os senhores se abstivessem de fazer justiça ou, ainda, no caso de recurso em relação às decisões tomadas.

Com a independência do Reino de Portugal, nada se modificou em relação à administração da justiça, mantendo-se o rei como supremo magistrado. “A êle recorriam as partes, logo em primeira instância, frequentes vezes. O rei ora julgava diretamente, ora incumbia um ou vários dos membros da sua Cúria de julgar em seu nome, ora se ocupava do caso com tôda a Cúria” (CAETANO, 1941, p. 192).

Quanto as normas aplicadas na região, aponta Sá (1999, p. 83), também com fulcro nos estudos de Orestes Nestor Laspro, que Portugal, ainda enquanto Condado Portucalense, tinha como legislação de regência o Código Visigótico (que previa o direito ao recurso), o direito canônico e outras leis de cunho religioso, nos costumes e nos forais (documentos de regulação feudal). A partir de sua independência, passou a ter como lastro legal as concórdias (acordos entre o rei e o clero), os forais e em leis gerais esparsas.

Neste período pós-independência, a miscelânea legislativa portuguesa, que acabou vigorando por parte da Idade Média, não previa qualquer espécie de direito à revisão dos julgados, mas, como visto, o rei poderia, querendo, realizar a revisão dos julgados, quando assim lhe interessasse.

Essa situação começa a se alterar, no século XI, com a chamada Escola de Bolonha, a qual restaurou os estudos sobre o Direito romano, tendo como base o *Corpus Juris Civilis* e que devolveu a Itália ao *status* de um importante centro intelectual, notadamente do cenário jurídico. Nesse momento é que surgem três grandes escolas do pensamento jurídico a dos glosadores, a dos pós-glosadores e a humanista, conforme cada qual ia comentando as antigas instituições romanas, conforme fossem feitas em busca de um direito que tivesse aplicabilidade útil na solução dos casos concretos ou consoante cultivassem o antigo com desprezo pelas interpretações oriundas dos integrantes das duas primeiras escolas (SÁ, 1999, p. 83).

É exatamente nesse período que, no âmbito do Direito Processual, surge o judicialismo, onde há um rompimento da jurisdição em dois segmentos: o temporal e o espiritual, acabando com a intervenção do direito canônico nas questões nitidamente de Estado.

Na Península Ibérica, contemporânea a essa questão histórica é a edição do chamado *Fuero Real*⁸ (1254), por D. Alfonso X de Castilla, legislação que teve o condão de atualizar o

⁸ Este Diploma normativo também foi conhecido como *Fuero del Libro*, *Fuero de las Leyes* e, em alguns momentos, como *Fuero castellano*.

Fuero Juzgo, datado de 654, e que era aplicado desde 1230 a todos os territórios reconquistados⁹. O *Fuero Real* tem o *status* de ter unificado a legislação espanhola, através da adoção de elementos típicos do direito comum que vinha sendo praticado no restante do espaço europeu.

Aliada a essa legislação, foram editadas também as normas que restaram conhecidas como *Siete Partidas* (1253-1263), igualmente elaboradas durante o reinado de Alfonso X de Castilla¹⁰. Essas normas, apesar de sua redação apontar para um texto mais filosófico do que mesmo jurídico, tinham como fundamento o direito romano justiniano, no direito canônico e feudal e como fontes o *Corpus Juris Civilis*, a obra dos chamados glosadores, textos de direito canônico como os editados por Gregório IX, bem como foros e costumes castelhanos.

Essas normas foram o apogeu da recepção do direito comum na região da Espanha e acabou influenciando, em especial por questões geográficas, o direito em Portugal¹¹.

Interessante destacar que a apelação era prevista nas *Siete Partidas*, que, posteriormente, acabou sendo adotada em Portugal. Contudo, mesmo ausente legislação expressa nesse sentido, como já mencionado acima, o direito português já permitia, a critério do rei, a aceitação da forma recursal para as sentenças definitivas antes dessa adoção.

Importante, ainda, destacar que, nesse período, aproveitando o número de intelectuais portugueses que haviam se formado nas Universidades de Bolonha e de Paris e de outros intelectuais estrangeiros igualmente formados nestas Instituições, além do apoio e do interesse do clero português, também foi criada, por ato de D. Dinis, em 1290, a Universidade Portuguesa, com sede em Lisboa¹², e na qual eram ministrados cursos de Artes, Medicina, Direito Civil (leis) e Direito Canônico (“Decreto” e “Decretais”).

É exatamente nesse momento histórico que são criados em Portugal os chamados Tribunais Superiores, que tinham como seus membros conselheiros da Cúria Régia especializados em direito, chamados “sobrejuízes”, e que tinham a função de julgar as

⁹ Os estudiosos apontam que um dos fatores que levaram D. Alfonso X a editar o chamado *Fuero Real* foi o fato de que cada cidade tinha o seu direito aplicável. Assim, buscava D. Alfonso X a redução da diversidade legislativa caótica existente naquele instante histórico (DOMINGO, 1996, p. 191).

¹⁰ Não se sabe ao certo se D. Alfonso X chegou a promulgar as *Siete Partidas*. Alguns autores acreditam que seu filho Sancho IV, que o sucedeu, suspendeu a vigência da aludida legislação e seus descendentes chegaram a fazer desaparecer o documento de promulgação, em virtude de que as disposições da referida norma colocavam em questão o direito deles a sucessão da coroa. Apesar disso, durante o reinado de D. Alfonso XI as *Siete Partidas* ganharam força legal.

¹¹ “Em Portugal as Partidas fôram desde cedo conhecidas, citadas e até aplicadas, tendo sido urn dos rmais eficazes instrumentos de divulgação do direito justianeu. Em 1341, estavam traduzidas ern português; nas Cortes de 1361 há referências à sua aplicação nos tribunais como leis do reino, e consta ate que o conservador da Universidade julgava por elas as questões entre estudantes. Enfim, títulos inteiros das Ordenações Afonsinas foram traduzidos das Sete Partidas, como já várias vezes tivemos ocasião de notar”. (CAETANO, 1941, p. 263).

¹² A sede da Universidade Portuguesa foi modificada diversas vezes, tendo ficado quase que em um sistema de revezamento entre Lisboa e Coimbra.

questões de competência desta, muito embora da decisão proferida coubesse recurso para a Cúria.

Já no início do século XIV, além dos sobrejuizes, surge uma nova categoria a dos “ouvidores de suplicações” (sic). A estes juizes competia a apreciação dos recursos interpostos em última instância para a Coroa.

Mais adiante, passaram os sobrejuizes a serem os responsáveis pela apreciação dos feitos cíveis, uma parte dos ouvidores a ser responsável pelas apelações criminais e outra parte dos ouvidores a resolverem os feitos da Coroa.

Em um momento não tão distante, estes juizes acabaram formando dois grupos: um grupo que formava a Casa do Cível, competente para a apreciação dos recursos oriundos das decisões de 1ª instância e que se fixava nas cidades ou vilas designadas pelo Rei, posteriormente fixada em Lisboa, e outro grupo que representava, verdadeiramente, o Tribunal da Corte (Casa de Suplicação), que acompanhava o monarca aonde quer que ele estivesse e sucedia, no âmbito judicial, a antiga Cúria, “resolvendo os recursos supremos em matéria criminal, as causas da Coroa e as apelações cíveis interpostas das sentenças da Casa do Cível ou de outros magistrados, assim como os negócios puramente de graça, isto é, petições dirigidas à clemência ou munificência régia” (CAETANO, 1941, p. 245).

As Ordenações Afonsinas não traçaram de forma expressa, inexplicavelmente, o regramento da Casa do Cível, malgrado alguns dispositivos constantes nelas mencionarem a Casa do Cível. O referido diploma acabou tratando, de forma expressa, apenas, do Tribunal da Corte, chamado pelo referido diploma normativo de Casa da Justiça da Corte (para alguns estudiosos também era conhecida como Casa de Suplicação).

Dentro da estrutura da Casa da Justiça da Corte, que possuía duas Secções ou Mesas, existia o Desembargo do Paço, composto, dentre outros, pelos chamados “Desembargadores do Paço”, que possuíam funções especiais para julgar de modo definitivo os recursos de apelação e agravo ajuizados em face das sentenças da Casa do Cível ou de outros magistrados superiores. A estes desembargadores competia também se imiscuir nas decisões dos pedidos de perdão e indulto por crimes cometidos, e na de matérias de graça tais como confirmação de eleições e nomeações de juizes locais, privilégios, legitimações, posse, restituição, etc. (CAETANO, 1941, p. 246).

Com o advento das Ordenações Manoelinas e Filipinas, houve também alteração na estrutura da Justiça em Portugal.

Como visto acima, enquanto a Casa do Cível era sediada em Lisboa, a Casa de Suplicação era um “Tribunal itinerante”, que acompanhava o monarca onde quer que ele

estivesse. Contudo, com o passar dos tempos, os monarcas passaram a reduzir consideravelmente suas visitas ao redor do Reino, passando a maior parte do tempo em Lisboa ou na região sul de Portugal, de modo que a região norte passou a necessitar de um Tribunal de recurso mais acessível, já que a Casa de Suplicação, dada a fixação do Rei em Lisboa, lá ficou também sediada.

Assim, durante o reinado de D. Filipe I, houve o atendimento aos pedidos dos súditos do norte e, definitivamente, foi instalada na cidade do Porto a Casa do Cível, que passou a ser denominada de Casa do Porto.

Aponta Caetano (1941, p. 283) que, com a instalação desta Casa, tanto a do Porto, quanto a de Suplicação, passaram a ter idênticas competências, cada qual em sua área judicial (norte e sul do Reino), malgrado, nas matérias cíveis que excedessem determinado valor, fosse possível o manejo de recurso da Casa do Porto a Casa de Lisboa (Suplicação).

Como visto, existe uma tradição portuguesa em relação ao recurso. Essa situação é motivo de uma interessante observação de Alfredo Buzaid, no que tange a excessiva difusão ocorrida em Portugal das apelações. Afirmou o referido autor que esse excesso “produziu efeitos perniciosos, porque entrou a marcha dos processos, alimentou a chicana e entibiou a confiança dos litigantes numa pronta administração da justiça” (BUZOID, 1956, p. 33).

Na mesma linha de Buzaid, aponta Orestes Nestor de Souza Laspro (1995, p. 62) que “a apelação era incentivada pelo próprio rei, pois era um meio eficaz dele estender seu poder a todo o reino, unificando o direito contra a vontade dos senhores que, natural e paulatinamente, iam cedendo o poder”.

2.2.9 O duplo grau de jurisdição no Brasil

É exatamente no âmbito da vigência das Ordenações Manoelinas e, posteriormente, Filipinas, que ocorre o descobrimento e o início do domínio português no território que hoje é o Brasil.

Como não poderia ser diferente, todas as ideias reinantes em Portugal foram trazidas para as novas colônias, incluindo o Brasil, dentre elas a de centralismo do poder.

No Brasil, no início do império português nestas terras, a estrutura judicial das Capitânicas Hereditárias era tripartida. Existiam os juízos municipais (ordinários ou câmaras), que eram a base do sistema, no ápice estava o Rei, que reservava para si a competência derradeira para apreciar apelações e agravos pelos seus tribunais próprios ou superiores, e, no centro, estavam os capitães-donatários que possuíam poderes delegados pelo Rei para

estabelecer as atividades econômicas, bem como reger a vida civil nas terras recém descobertas. Nessa função de regência da vida civil, os capitães-donatários delegavam a atividade jurisdicional aos ouvidores, os quais a exerciam tanto para o cível, quanto para o criminal, e como instância recursal das câmaras.

Tendo as capitânicas fracassado, Tomé de Sousa, primeiro Governador-Geral do Brasil, em seu regimento, criou a figura do Ouvidor-Geral, pessoa mais importante na estrutura jurisdicional da Colônia e a quem competia apreciar os apelos e agravos das decisões oriundas da “justiça dos donatários”.

Interessante a observação de José Reinaldo de Lima Lopes (2011, p. 243), segundo o qual, foi com o Governo-geral que, de fato, foi duplicada a estrutura judicial [duplo grau de jurisdição], uma vez que resistiam parte dos poderes e competências das Capitânicas e Câmaras ao lado da nova justiça, desempenhada pelo ouvidor-geral. Assim, o ouvidor acatava recursos oriundos de ouvidores de comarca, porém conhecia por ação nova, como jurisdição originária, demandas que dessem a uma distância de dez léguas de sua sede ou estada. Considerando que os ouvidores podiam (e deviam) viajar para exercer seu poder de inspeção, sua jurisdição conflitava não raras vezes com a jurisdição ordinária das câmaras. Deve-se anotar que, das decisões dos ouvidores, cabia recurso à Casa de Suplicação em Lisboa.

Posteriormente, foi criado, a exemplo do que acontecia na metrópole, outro órgão jurisdicional encarregado da função de apreciação de recursos, que foi denominado de Relação da Bahia.

Em 1626, a Relação da Bahia foi dissolvida¹³ e criados três ouvidores-gerais, que davam recurso à Casa de Suplicação em Lisboa: ouvidor-geral do Maranhão (que era um Estado separado do restante do Estado do Brasil entre os anos de 1621 e 1774), ouvidor-geral do Estado do Brasil e o ouvidor-geral da Repartição do Sul.

Em 1751, devido ao desenvolvimento econômico na região sul da Colônia, foi criado o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro, composta por dez desembargadores e chefiada pelo governador da Capitania do Rio de Janeiro. Tinha ela a competência para atuação em primeira instância, em determinados casos, ou mesmo de segundo grau apreciando apelações e agravos.

Mesmo com a independência do Brasil, os ordenamentos portugueses continuaram a ser utilizados até que foi outorgada por D. Pedro I, em 1824, uma Constituição.

¹³ A Relação da Bahia somente veio a ser reestabelecida em 1652, composta por oito desembargadores.

A Lei Maior Imperial, no que toca a organização da Justiça, previu no seu art. 158: “Para julgar as causas em segunda e última instância haverá nas províncias do Império as relações que forem necessárias para commodidade dos Povos”.

Ou seja, como novel Estado independente e tutelado por uma Constituição, o Brasil tinha em sua Lei Maior a garantia dos jurisdicionados ao duplo grau de jurisdição.

Apesar do avanço constitucional, deve-se anotar que o Estado brasileiro permaneceu com as Ordenações Filipinas sendo utilizadas, na seara criminal, até 1830, quando entrou em vigor o Código Criminal do Império.

Em 1832, foi criado o Código do Processo Criminal de primeira instância (Lei de 29 de novembro de 1832). Este diploma normativo, seguindo o parâmetro constitucional, previa um sistema recursal, que estava disciplinado nos arts. 292 a 311.

Contudo, a Lei nº. 4, de 10 de junho de 1835, tratava de forma diversa em relação ao duplo grau de jurisdição, quando o autor do ilícito penal fosse um escravo¹⁴. Seu conteúdo é classificado pelos estudiosos como nitidamente racista, já que excluía de sua incidência quaisquer pessoa que não fosse negra, mesmo que cometesse ilícito semelhante ao do escravo, ferindo frontalmente as disposições constitucionais. Rezava essa Lei:

Art. 1º Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave ofensa física a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e ás suas mulheres, que com eles viverem.

Se o ferimento, ou ofensa física forem leves, a pena será de açoites a proporção das circunstâncias mais ou menos agravantes.

Art. 2º Acontecendo algum dos delitos mencionados no art. 1º, o de insurreição, e qualquer outro cometido por pessoas escravas, em que caiba a pena de morte, haverá reunião extraordinária do Júri do Termo (caso não esteja em exercício) convocada pelo Juiz de Direito, a quem tais acontecimentos serão imediatamente comunicados.

[...]

Art. 4º Em tais delitos a imposição da pena de morte será vencida por dois terços do número de votos; e para as outras pela maioria; e a sentença, se for condenatória, **se executará sem recurso algum**¹⁵. (redação atualizada para a ortografia atual e com grifos)

¹⁴ Devemos atentar que, neste instante histórico, o escravo era considerado coisa, um objeto a inteira e total disposição do seu senhor.

¹⁵ Art. 1º Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave offensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e ás suas mulheres, que com elles viverem.

Se o ferimento, ou offensa physica forem leves, a pena será de açoites a proporção das circunstancias mais ou menos aggravantes.

Art. 2º Acontecendo algum dos delictos mencionados no art. 1º, o de insurreição, e qualquer outro commettido por pessoas escravas, em que caiba a pena de morte, haverá reunião extraordinaria do Jury do Termo (caso não

Esse cenário, em relação ao duplo grau de jurisdição, vigorou até a Proclamação da República.

Com a queda da monarquia no país, surgiu a necessidade da elaboração de um novo texto constitucional, o qual acabou sendo promulgado em 1891 e originando o que foi chamado de Estados Unidos do Brasil.

Nessa nova organização, o Brasil passou a ser uma República Federativa Presidencialista, composta por Estados-Membros, em um total de vinte, mais o Distrito Federal.

Cada um desses Estados tinha autonomia e, por determinação constitucional, prerrogativa de elaborar suas próprias Constituições, tendo como parâmetro os princípios constitucionais da União.

Isso, no entanto, não retirava a força do poder político central, já que a União manteve para si a competência legislativa para elaborar normas de direito civil e penal, permitindo, contudo, que, na seara processual, os Estados pudessem legislar, tanto sobre a organização judiciária quanto em relação aos próprios procedimentos.

Analisando os Códigos Processuais dos Estados, Orestes Laspro (1995, p. 77-78) apontou que: “No tocante a matéria recursal, [...] voltados a garantia do duplo grau de jurisdição temos a apelação, o agravo, a carta testemunhável, todos interpostos contra a decisão do juiz de primeiro grau e dirigidos ao juízo superior”.

É na vigência desta Constituição que é criado o Supremo Tribunal Federal, com competência para, além de suas atribuições originárias, apreciar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, e rever os processos, findos, nos termos do seu art. 81. Ela também determinava a competência do Supremo para reapreciar, igualmente em grau de recurso, as sentenças das justiças dos Estados, em última instância, quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela ou quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

esteja em exercício) convocada pelo Juiz de Direito, a quem taes acontecimentos serão imediatamente comunicados.

[...]

Art. 4º Em taes delictos a imposição da pena de morte será vencida por dous terços do numero de votos; e para as outras pela maioria; e a sentença, se fôr condemnatoria, **se executará sem recurso algum.**

Na sequência, foi promulgada em 1934, a terceira Constituição brasileira. Ela é reconhecida pelo fato de ter sido a mais democrática de todas as já existentes até então. Havia um extenso rol de direitos e garantias individuais, dentre elas o voto feminino, o voto secreto, o mandado de segurança e um amplo acervo de direitos trabalhistas.

Apesar disso, a Constituição de 1934, assim como sua antecessora, não previu expressamente o duplo grau de jurisdição. Contudo, da análise de seus dispositivos, em especial os relativos a organização do Poder Judiciário e os princípios insertos no seu bojo, podemos afirmar a existência daquela garantia de modo implícito.

Após o golpe do Estado Novo, perpetrado por Vargas, foi outorgada por ele, em 1937, uma Constituição, a qual, diferentemente de sua antecessora, foi marcada pelo autoritarismo exacerbado. Esta Constituição, na contramão dos avanços na seara dos direitos e mais alinhada aos regimes totalitários europeus (nazismo e fascismo)¹⁶, previa uma série de poderes, quase que ilimitados ao presidente da República, numa verdadeira preeminência do Poder Executivo.

Com tudo isso, ao menos formalmente, a organização do Poder Judiciário na aludida Constituição permitia o reexame das decisões. Ocorre que, faticamente, não havia o respeito aos direitos fundamentais e a separação dos poderes, já que estava institucionalizada no país uma ditadura.

Terminada a Segunda Guerra Mundial e com o fim da ditadura de Vargas, em 1946, é promulgada a quinta Constituição Brasileira.

Esta Constituição teve o mérito de restaurar os ganhos na seara dos direitos fundamentais que haviam sido conquistadas na Constituição de 1934 e esvaziadas na Constituição de 1937.

Ela possuía um importante rol de direitos e garantias individuais, porém, tal qual ocorreu com as antecessoras (excetuando-se a Imperial), não previu expressamente a garantia do duplo grau de jurisdição.

Apesar disso, do mesmo modo que se entendia nas demais Constituições republicanas, a garantia do duplo grau de jurisdição se encontrava inserta no bojo constitucional de modo implícito, podendo ser aduzida a partir dos dispositivos que tratavam da organização do Poder Judiciário, dos direitos fundamentais e do próprio Código de Processo Penal.

¹⁶ Curiosamente, quando da eclosão da Segunda Guerra Mundial, o Brasil acabou, por interesse, declarando apoio aos Aliados e declarou guerra às ditaduras nazi-fascistas na Europa, inclusive enviando tropas para combater em campos da Itália.

Como que numa gangorra, a sexta Constituição do Brasil foi outorgada em 1967, reeditando o cenário autoritário da Constituição de 1937, que a influenciou sobremaneira.

Era uma Constituição, até certo ponto contraditória, pois, ao mesmo tempo em que prescrevia, por força da Emenda Constitucional nº. 1/69¹⁷, um importante rol de direitos e garantias fundamentais (art. 153), tinha um elemento aniquilador desse rol no artigo imediatamente seguinte (art. 154), que limitava o exercício daqueles direitos.

Para aniquilar de vez os direitos fundamentais que ainda pudessem teimar em resistir, veio o Ato Institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968, que limitou ainda mais os direitos dos cidadãos, se é que isso ainda era possível, e rompeu com a independência dos poderes do Estado.

Diante de tamanha restrição de direitos fundamentais, despiciendo é mencionar a ausência de previsão expressa da garantia do duplo grau de jurisdição, malgrado preverem, no papel, o direito à ampla defesa.

Por fim, deixaremos para tratar da Constituição de 1988 no capítulo seguinte, no qual trataremos da análise do duplo grau de jurisdição no direito comparado contemporâneo.

¹⁷ Para vários importantes juristas, a Emenda Constitucional nº. 1/69, dado o seu forte conteúdo, foi, na verdade, uma nova Constituição, porém veiculada com o *nomen iuris* de Emenda.

3 OS FUNDAMENTOS FÁTICOS-JURÍDICOS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

3.1 Os Fundamentos do Duplo Grau de Jurisdição

Aponta a doutrina majoritária quatro fundamentos favoráveis básicos do duplo grau de jurisdição.

Primeiramente, a insatisfação do vencido com a decisão proferida contra si.

Em segundo lugar, a possibilidade de que a decisão proferida tenha sido realizada com injustiça, tudo ocasionado pela falibilidade humana.

Na sequência, destaca o fato de que, psicologicamente, os magistrados das instâncias inferiores ficam obrigados a bem fundamentar suas decisões, a fim de evitar que as mesmas venha a ser posteriormente modificadas pelos tribunais superiores hierarquicamente.

A seguir, anota a doutrina que o duplo grau de jurisdição também tem uma justificativa de ordem política, pois, dentro dos Estados Democráticos de Direito, deve haver espaço para o controle dos atos estatais.

Por fim, frisa que o duplo grau de jurisdição é uma garantia fundamental, que faz parte do ordenamento jurídico dos Estados, como no caso brasileiro.

Doutra banda, existe parcela da doutrina que se posiciona contra a aplicação do aludido princípio/garantia. Afirmam estes que existe possibilidade de erro e injustiça tanto das decisões oriundas dos juízos de primeiro grau ou de grau superior; que, na hipótese de manutenção da decisão proferida em primeiro grau, o recurso terá sido inútil e ofensivo ao princípio da economia processual e, ainda, que a decisão que reforma sentença proferida pelo juízo de primeiro grau é sempre nociva, na medida em que escancara as divergências de interpretação do direito, gera incerteza nas relações jurídicas e um sentimento de desprestígio do Poder Judiciário (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 76).

Analisemos pois cada uma dessas justificativas ao duplo grau de jurisdição e suas respectivas críticas.

3.1.1 A insatisfação do vencido

A insatisfação do vencido é um elemento de ordem antropológica-histórica, já que nasce com o próprio homem, “[...] quando, vitimado pela injustiça, buscou nova oportunidade de valoração de suas razões, para a reversão da decisão original desfavorável” (GUEDES apud SANTOS, 2012, p. 60-61), bem como um elemento psicológico, “contido na renovação

da oportunidade de sucesso da pretensão, pois a simples possibilidade de novo julgamento apazigua o vencido” (GUEDES apud SANTOS, 2012, p. 61).

Ainda tratando da insatisfação do vencido, arremata Mendonça Lima, ao concluir que: “[...] em essência, a ideia de recurso se acha arraigada no espírito humano, como uma tendência inata e irresistível, como uma decorrência logicado próprio sentimento de salvaguarda a um direito já ameaçado ou violado em uma decisão” (LIMA apud SANTOS, 2012, p. 61).

No mesmo sentido, destaca Godinho (2009, p. 273), que a ânsia de recorrer de uma decisão que gera prejuízo subjetivo é nata a condição humana e possui referências históricas imemoriais, com relatos, inclusive, no Antigo Testamento, como já visto neste trabalho, podendo-se dizer que este desejo humano de revisão de decisões judiciais faz parte da cultura jurídica universal, em maior ou menor escala.

De todo modo, há de se anotar que o recurso julgado, muitas vezes, auxilia na adequada compreensão por parte do vencido, acerca do impacto ocasionado pela decisão não favorável, permitindo uma verdadeira pacificação do imbróglio levado ao Judiciário.

A parcela da doutrina que não aceita esse fundamento, destaca que esta justificativa não é suficiente para alicerçar todo um sistema recursal ou mesmo para contraditar suas críticas, já que “[...] não se edifica o direito como cura de quaisquer insatisfações humanas, mas, apenas, aquelas legítimas” (SANTOS, 2012, p. 61) ou mesmo pelo fato de que com a reanálise da questão e o acolhimento da pretensão aduzida pelo primitivo vencido se por um lado satisfazem o natural anseio deste em reverter o resultado negativo, acaba por transformar o anterior vencedor em derrotado, apenas invertendo o polo da insatisfação; correndo, ainda, o risco de uma decisão justa ser posteriormente reformada de modo indevido (PENTEADO, 2006, p. 36).

3.1.2 A possibilidade de erro judiciário

Os defensores do fundamento da falibilidade humana na fixação do duplo grau de jurisdição afirmam que, sem qualquer dúvida, o ser humano é limitado e sujeito a falhas – erros e corrupções –, as quais, na atividade jurisdicional, podem causar severos prejuízos às partes litigantes.

Exatamente por isso, afirma Moacyr Amaral Santos (1985, p. 103) que os julgadores são seres humanos e, por isso, suscetíveis à toda espécie de erros, dada a sua falibilidade. Este fato, então, é motivo suficiente para que todos os ordenamentos processuais, no intuito de

garantir a mais perfeita justiça, prescreverem a possibilidade de reanálise e reforma de suas decisões por outros julgadores, ou mesmo pelos próprios juízes que as elaboraram.

Na mesma linha é a lição de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 886), ao tratar do tema: “[Recursos] Tem seu fundamento na contingência humana, na falibilidade da inteligência, da razão e da memória do homem. Destina-se, pois, a sanar os defeitos graves ou substanciais da decisão, a injustiça da decisão, a interpretação e aplicação errônea da lei ou da norma jurídica”.

Obviamente que o afastamento integral da falibilidade humana é uma tarefa utópica, pois aquela pode ter como origem um número considerável de situações diversas. Por exemplo, o erro pode estar alicerçado em mera desatenção, apreciação perfunctória do caso em exame, desatualização do julgador, falta de conhecimento acerca da matéria, além de, não podemos excluir essa possibilidade, vontades escusas.

Santos (2012, p. 62) afirma, na esteira de Affonso Fraga, que os juízes, caso fossem isentos ao erro e inatingíveis ao interesse particular, ao partidarismo, à pressão dos governantes e às seduções da amizade e do poder, não profeririam decisões recorríveis, pois, traduzindo, de modo concreto, os eternos ideais de justiça, seriam capazes de convencer às partes litigantes acerca de sua legitimidade e, assim, da obrigatoriedade do cumprimento das decisões como normas sem mancha na ordem moral e jurídica.

Vale salientar o posicionamento de Carnelutti (1959, p. 227), segundo o qual a função do recurso é a de submeter a lide ou o negócio jurídico a um novo exame que ofereça maiores garantias que o primeiro, já que se serve da experiência deste, que realiza uma tarefa superior. O essencial é que se trata de uma análise reiterada, uma reapreciação de tudo que foi feito em um primeiro momento e é essa reiteração que permite evitar os erros e selar as lacunas que, eventualmente, tenham ocorrido no exame primeiro.

A crítica normalmente apresentada a esse fundamento é que, sendo os revisores igualmente humanos, a falibilidade continuará possível e de um modo factível. Não há, pois, garantias de que eventuais erros serão corrigidos e que a justiça será efetivamente alcançada.

3.1.3 A melhor fundamentação por parte dos juízes de primeira instância

Para Frederico Marques (1963, p. 5), o reexame da decisão tem uma função catalítica e preventiva, fazendo com que o juiz de primeira instância tenha um maior rigor e atenção na execução de sua atividade jurisdicional, ou seja, há uma pressão positiva exercida em relação ao julgador de primeiro grau.

Marques (1963, p. 5) ainda aponta a lição de Morato, segundo a qual o cuidado de não ver atestada de modo inequívoco a ignorância ou a negligência acende no julgador a vontade de acertar, forçando os de primeiro grau, a proferirem decisões com uma maior circunspeção e estudo, o que torna a justiça mais segura e mantém mais uniforme as interpretações, permitindo alicerces mais sólidos para a construção da jurisprudência.

Os que criticam esse posicionamento afirmam que tanto a falibilidade quanto a ignorância podem também existir nos juízos hierarquicamente superiores e que a remessa do processo a esses tribunais não afasta a possibilidade de erro ou mesmo corrupção. Chegam os críticos ao ponto de dizer que, se os julgadores dos órgãos superiores são tão bem mais preparados ou isentos de falhas, técnicas ou pessoais, que o processo se inicie logo perante essas cortes. Isso certamente ocasionaria menos burocracia e daria maior celeridade aos feitos.

3.1.4 O duplo grau de jurisdição como elemento de controle estatal

O duplo grau de jurisdição como elemento de controle estatal, talvez, seja um dos seus fundamentos mais importantes e é apontado por importantes doutrinadores como o pilar para a existência de todo o sistema recursal.

É importante destacar a lição da doutrina (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 76-77), segundo a qual o maior fundamento da garantia do duplo grau de jurisdição é de natureza política, uma vez que nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. Esse controle se tornaria ainda maior em relação ao Poder Judiciário, no qual seus membros não são sufragados pelo povo, detendo, portanto, segundo eles, uma menor representatividade. Assim, seria um imperativo o exercício de um controle interno acerca da legalidade e da justiça das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Trata-se, portanto, de um cuidado existente nos ordenamentos para impedir que o julgador possa, no exercício de sua atividade jurisdicional, venha a exorbitar seus limites e incorra em abuso de poder.

A única crítica a esse fundamento, a qual, com a devida vênia, não entendemos com força suficiente, é mencionada por Penteado (2006, p. 37) e afirma que um sistema processual, seja cível ou criminal, que não preveja a possibilidade do reexame das decisões pode ocasionar tanto arbítrio quanto um sistema que preveja a possibilidade do reexame de todas as questões por ambas as partes.

Mesmo respeitando esse posicionamento, entendemos que ele é equivocado, pois parte de premissas absolutas como vários órgãos revisores e ausência de limites. Ora, se sabe que não é isso que prega a doutrina que defende o duplo grau de jurisdição.

Assim, dada a força desse argumento em análise, não identificamos em nossa pesquisa qualquer outro tipo de crítica válida e que tivesse lastro suficiente para ser mencionada neste trabalho.

3.1.5 O duplo grau de jurisdição como garantia fundamental

No que tange a esse último fundamento, iremos pedir vênias ao leitor para que possamos aprofundá-lo, inclusive em relação às críticas, em um capítulo próprio mais adiante.

Contudo, podemos adiantar que este fundamento tem como lastro o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição, apesar de não posto expressamente no texto constitucional brasileiro de 1988, tem previsão expressa em tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, bem como é compreendido por vários autores como decorrência lógica dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, da igualdade, bem como da organização dos tribunais brasileiros, nos precisos termos da Lei Maior. Isso sem falar dos Códigos de Processo Penal e Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho e demais leis que tratam da organização judiciária, que também seriam base para este princípio.

2.2 O Duplo Grau de Jurisdição

Diante do que já foi estudado, já podemos ter elementos suficientes para chegar a um conceito de duplo grau de jurisdição.

Se observarmos o fenômeno por um plano eminentemente abstrato, podemos dizer que o duplo grau de jurisdição ocorreria sempre quando um conflito de interesses solucionado por um julgador pudesse ser integralmente apreciado por outro, de modo sucessivo, em que prevalecesse a segunda decisão. Tal conceito, no entanto, não ganhou espaço importante tanto no direito positivo quanto na doutrina. Os exemplos mencionados pela doutrina para afastar esse conceito são a possibilidade de autolimitação do acesso ao grau recursal e a impossibilidade de reforma *in pejus*, na seara criminal (PENTEADO, 2006, p. 38).

Numa perspectiva lógica, por seu turno, o duplo grau de jurisdição se materializaria quando houvesse uma total renovação do juízo realizado por um juiz por outro juiz diverso, de modo a que se fosse realizado um duplo juízo. Ao segundo julgador deveria pois ser

concedido o mesmo ‘material’ que havia sido permitido ao primeiro, tão somente se acrescentando como dado à nova ponderação a decisão primitiva. Em outras palavras, o juiz do recurso era chamado a verificar e, eventualmente, a reformar a decisão anterior, tendo como alicerce os mesmos elementos processuais de que o primeiro se havia servido (MATTA apud PENTEADO, 2006, p. 349).

De toda sorte, aponta Penteado (2006, p. 39) que duas linhas principais direcionam o duplo grau de jurisdição: a) uma segunda decisão deve ter prevalência sobre a primeira e uma certa estabilidade, excluindo a possibilidade de uma terceira decisão com a mesma função de que se trata; e b) a possibilidade concreta de o vencido conseguir a modificação do julgamento, encaminhando ao juízo revisor os mesmos elementos que foram apresentados para a realização da decisão inicial.

Arremata o mesmo autor (PENTEADO, 2006, p. 41) que “duplo grau de jurisdição é a garantia outorgada ao vencido de obter uma nova decisão, por órgão jurisdicional superior e dentro do mesmo processo, que substitui a primitiva resolução recorrida”.

Importa salientar que o Duplo Grau de Jurisdição apreciado neste trabalho se relaciona com o direito dos litigantes de obterem uma única revisão das sentenças definitivas proferidas em feitos processuais de seu interesse, não tendo, portanto, qualquer relação com recursos oriundo de decisões interlocutórias realizadas dentro de um processo, ou mesmo, no sistema brasileiro, de recursos como o Especial e o Extraordinário, já que estes se prestam, por sua natureza, manter a hegemonia das leis federais e dos tratados e o primado da Constituição Federal, respectivamente.

Assim, o Duplo Grau de Jurisdição, aqui apreciado, abrange, tão somente, as Apelações, consoante são denominados os recursos manejados, na seara criminal, em face da sentença penal.

Neste cenário, a garantia analisada não tem por objeto a perpetuação de demandas, por meio de sucessivas provocações ao Poder Judiciário, em seus mais diversos níveis hierárquicos, mas somente uma segunda manifestação do fato jurídico realizado nos autos através da sentença.

Feitas essas considerações, passaremos no próximo Capítulo a verificar como o duplo grau de jurisdição, em especial na matéria criminal, tem sido tratado no mundo contemporâneo, tanto no Brasil como no mundo.

4 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO EM MATÉRIA CRIMINAL E SEU TRATAMENTO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO E NO BRASIL

4.1 O Tratamento do Duplo Grau de Jurisdição no Mundo Contemporâneo e no Brasil

O duplo grau de jurisdição vem sendo tratado de diversas maneiras ao redor do mundo na atualidade.

Na seara internacional, alguns são os diplomas normativos em vigor que prescrevem o duplo grau de jurisdição, este entendido como o direito do sujeito condenado em processo criminal a uma revisão do seu julgado.

No âmbito interno de vários países, o duplo grau de jurisdição tem sido reconhecido como de natureza constitucional, seja de forma expressa e direta ou, ainda, tendo como fonte primária tratados internacionais incorporados ao ordenamento com essa força. Nesses países, a garantia do duplo grau de jurisdição é deveras respeitada, ao menos em tese, não podendo sofrer restrições, sob pena de violação à própria Constituição.

Outros países, no entanto, o tratam apenas como garantia infraconstitucional e que pode ser perfeitamente restringida por ato legislativo, sem qualquer ofensa à Constituição.

Neste capítulo, verificaremos como o duplo grau de jurisdição tem sido tratado ao redor do mundo, comparando com o tratamento dado ao mesmo, classicamente, aqui no Brasil.

4.1.1 O duplo grau de jurisdição e os Tratados Internacionais

Alguns são os Tratados Internacionais que prescrevem o direito ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal.

O primeiro diploma internacional que podemos destacar esse direito é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – PIDCP, e que, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH e com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, todos editados pela ONU, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e prescreve, em seu Artigo 14, item 5, o direito ao duplo grau de jurisdição, nos seguintes termos: “5. Toda pessoa

declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”.

Em nosso sentir, não há dúvidas de que esse dispositivo garante a todos os indivíduos de cujas nações aderiram ao referido Pacto o direito ao duplo grau de jurisdição, obviamente obedecidas as prescrições legais de cada Estado.

Ocorre que o PIDCP não é o único diploma internacional que prescreve o direito ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal. Diplomas regionais como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, editada originariamente em 04 de novembro de 1950, e a Convenção Americana de Direitos de Direitos Humanos, editada em 22 de novembro de 1969, igualmente prescrevem esse direito.

No âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o direito ao duplo grau de jurisdição somente veio a ser inserido após o Protocolo nº. 7, editado em 22 de novembro de 1984.

Reza o Protocolo, em seu Artigo 2º:

Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal

1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei.

2. Este direito pode ser objecto de excepções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição. (CONSELHO DA EUROPA, 2002, p. 46).

Como se pode notar, a Convenção Europeia é repleta de excepções ao gozo do direito ao duplo grau de jurisdição.

Inicialmente, a própria Convenção reduz a incidência do duplo grau de jurisdição ao submeter seu exercício e os fundamentos deste à lei nacional, ou seja, pode a lei interna do país aderente a este Protocolo reduzir de algum modo a eficácia prática do instrumento em estudo.

Outra limitação esta constante no item 2, do Artigo em comento, pois prevê a possibilidade do duplo grau de jurisdição ser excepcionado em relação a infracções menores, que serão definidas particularmente por cada um dos países signatários em suas respectivas jurisdições, bem como nas hipóteses em que o condenado tenha sido julgado originariamente

na mais alta Corte da respectiva jurisdição ou condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.

Como se vê, a Convenção Europeia é bastante restritiva em relação ao gozo do direito ao duplo grau de jurisdição. Os motivos de tais restrições serão explorados mais adiante neste trabalho.

No âmbito do sistema africano, temos a Carta Africana de Direitos Humanos e que prescreve o direito ao duplo grau de jurisdição, sem qualquer tipo de restrição relevante.

Assim prevê o mencionado diploma normativo:

Artigo 7º

1. Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende:

1. o direito de recorrer aos tribunais nacionais competentes contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor; [...]. (COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS, 1981, p. 2-3).

Como se pode perceber, a Carta Africana não faz qualquer restrição importante, apenas indica que a matéria a ser impugnada deve ter violado direitos fundamentais, reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor.

Devemos destacar que a redação do texto, em uma interpretação gramatical, aponta para a aplicação da garantia do duplo grau de jurisdição em todas as causas (cíveis e criminais) e em qualquer circunstância, obviamente quando violado direito fundamental.

Além desses diplomas internacionais já referidos, temos também, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Esta Convenção, igualmente em caminho diverso do trilhado pela Europeia, prescreveu o duplo grau de jurisdição em sua redação originária, bem como não fez qualquer tipo de restrição ao seu conteúdo e aplicação.

Essa verificação pode ser visualizada a partir da leitura do Artigo 8º, item 2, alínea “h”, *in verbis*:

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

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

[...]

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Neste diploma, como já mencionado, não se vislumbra qualquer tipo de restrição à sua incidência.

Tal constatação terá relevante importância no desenvolvimento deste trabalho como se poderá observar mais adiante.

4.1.2 O duplo grau de jurisdição e o direito interno dos Estados

No âmbito interno dos Estados, temos, como já mencionado, em relação ao duplo grau de jurisdição, duas correntes: uma que eleva a aludida garantia a um *status* constitucional e outra que o compreende como uma garantia infraconstitucional, que pode ser tranquilamente restringida e até mesmo abolida sem qualquer dificuldade.

Sá (1999, p. 103), afirma que a garantia do duplo grau de jurisdição não está presente de modo claro e expresso nas Constituições da maior parte dos países de tradição democrática ou daqueles grandemente desenvolvidos, porém é encontrado com frequência nas de países recentemente criados e que, principalmente, vieram de períodos longos de opressão.

A partir da análise de vários ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, podemos identificar que o duplo grau de jurisdição tem sido entendido conforme abaixo.

De forma expressa, o duplo grau de jurisdição está previsto como garantia constitucional na Rússia¹⁸, Chechênia¹⁹, Estônia²⁰, Macedônia²¹, Polônia²², Eslovênia²³,

¹⁸ Art. 50, 3, da Constituição Russa. (3. *Каждый осужденный за преступление имеет право на пересмотр приговора вышестоящим судом в порядке, установленном федеральным законом, а также право просить о помиловании или смягчении наказания*).

¹⁹ Art. 93, da Constituição Chechena (Article 93 - *The citizens have the right to appeal in the judicial order of the decision and action of bodies of local self-government and their officials*).

²⁰ § 24, da Constituição Estoniana (§ 24. *[...] Everyone has the right of appeal to a higher court against the judgment in his or her case pursuant to procedure provided by law*).

²¹ Art. 15, da Constituição Macedônia (Article 15 - *The right to appeal against individual legal acts issued in a first instance proceedings by a court, administrative body, organization or other institution carrying out public mandates is guaranteed*).

²² Arts. 78 e 79, da Constituição Polonesa (Article 78 - *Each party shall have the right to appeal against judgments and decisions made at first stage. Exceptions to this principle and the procedure for such appeals shall be specified by statute*).

Article 79 – *In accordance with principles specified by statute, everyone whose constitutional freedoms or rights have been infringed, shall have the right to appeal to the Constitutional Tribunal for its judgment on the conformity to the Constitution of a statute or another normative act upon which basis a court or organ of public administration has made a final decision on his freedoms or rights or on his obligations specified in the Constitution*).

²³ Art. 25, da Constituição Eslovena (Article 25 (Right to Legal Remedies) – *Everyone shall be guaranteed the right to appeal or to any other legal remedy against the decisions of courts and other state authorities, local community authorities, and bearers of public authority by which his rights, duties, or legal interests are determined*).

Angola²⁴ Croácia²⁵, Bielorrússia²⁶, Ira²⁷, Austrália²⁸, Nova Zelândia²⁹, Finlândia³⁰, Estado do Vaticano³¹ e Dinamarca³².

Bassiouni (1993, p. 287) afirma, ainda, após analisar várias Constituições ao redor do mundo, que outras contem garantias equivalentes ao Duplo Grau de Jurisdição, quais sejam: Antigua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Botsuana, Dominica, Fiji, Gâmbia, Groenlândia, Guatemala, Guiana, Honduras, Hungria, Índia, Itália, Jamaica, Libéria, Liechtenstein, Malauí, Maldivas, Malta, Maurício, México, Mianmar, Namíbia, Nauru, Nepal, Nicarágua, Nigéria, Papua Nova Guiné, Portugal, São Cristóvão e Névis, Serra Leoa, Ilhas

²⁴ Art. 41, da Constituição Angolana (Artigo 41º - Qualquer cidadão condenado, tem o direito de interpor recurso ordinário ou extraordinário no tribunal competente da decisão contra si proferida em matéria penal nos termos da lei).

²⁵ Art. 18, da Constituição Croata (*Article 18 – The right to appeal against individual legal decisions made in first-instance proceedings by courts or other authorized bodies shall be guaranteed*).

²⁶ Art. 115, da Lei Fundamental Bielorrussa (*Статья 115. [...] Стороны и лица, участвующие в процессе, имеют право на обжалование решений, приговоров и других судебных постановлений*).

²⁷ Art. 34, da Constituição Iraniana (Artigo 34º - O direito de recorrer à justiça é um direito inalienável de todos. Quem quer que seja pode recorrer aos tribunais competentes para submeter um caso a julgamento. Todo o indivíduo tem direito a ter acesso a esses tribunais. Não se pode proibir ninguém de recorrer ao tribunal correspondente).

²⁸ Art. 73, da Constituição Australiana (*73. Appellate jurisdiction of High Court – The High Court shall have jurisdiction, with such exceptions and subject to such regulations as the Parliament prescribes, to hear and determine appeals from all judgments, decrees, orders, and sentences: (i) of any Justice or Justices exercising the original jurisdiction of the High Court; (ii) of any other federal court, or court exercising federal jurisdiction; or of the Supreme Court of any State, or of any other court of any State from which at the establishment of the Commonwealth an appeal lies to the Queen in Council; (iii) of the Inter-State Commission, but as to questions of law only; and the judgment of the High Court in all such cases shall be final and conclusive. But no exception or regulation prescribed by the Parliament shall prevent the High Court from hearing and determining any appeal from the Supreme Court of a State in any matter in which at the establishment of the Commonwealth an appeal lies from such Supreme Court to the Queen in Council. Until the Parliament otherwise provides, the conditions of and restrictions on appeals to the Queen in Council from the Supreme Courts of the several States shall be applicable to appeals from them to the High Court*).

²⁹ Art. 123, do Human Rights Act neozelandês de 1993 (*123. Appeals to High Court - (1) Where any party is dissatisfied with any interim order made by the Chairperson under section 95, that party may appeal to the High Court against the whole or part of that order [...]*). Vale destacar, ainda, que a Nova Zelândia não possui uma Constituição codificada, porém o *Human Rights Act* tem, para a doutrina, força de natureza constitucional por elencar direitos fundamentais dos cidadãos daquele Estado.

³⁰ Seção 21, da Constituição Finlandesa (*Section 21 - Protection under the law – Everyone has the right to have his or her case dealt with appropriately and without undue delay by a legally competent court of law or other authority, as well as to have a decision pertaining to his or her rights or obligations reviewed by a court of law or other independent organ for the administration of justice*).

³¹ Cân. 1721, § 1º do Código de Direito Canônico (Cân. 1721 – § 1. O réu pode interpor apelação, mesmo se a sentença o deixou ir em paz porque a pena era facultativa, ou porque o juiz fez uso do poder referido nos cân. 1344 e 1345). Há apenas uma exceção a essa regra que é quando se tratar de sentença ou decreto do Romano Pontífice (Cân. 333, § 3º). No caso de julgamento originário nos Tribunais Superiores, é previsto um procedimento pelo qual é possível o reexame da matéria por membros mais antigos do Tribunal e que não tenham funcionado no primeiro julgamento. É como afirma Jacques Penteadado: “Em face da colegialidade desses tribunais de instância máxima, pode ser previsto que turmas ou órgãos especiais julguem a causa, mas haja previsão de recurso para o plenário”. (PENTEADO, 2006, p. 104.).

³² Seção 71, (4), da Constituição Dinamarquesa (*Section 71 [Personal Liberty] [...] (4) The finding given by the judge may at once be separately appealed against by the person concerned to a higher court of justice*).

Salomão, Espanha, Sri Lanka, Sudão, Suriname, Suíça, Tonga, Trinidad e Tobago, Tuvalu, Uganda, Zâmbia e Zimbábue^{33, 34}.

Isso nos dá uma dimensão da importância do duplo grau de jurisdição no âmbito do direito interno dos Estados, pois, se levarmos em consideração o estudo de Bassiouni (1993) acima mencionado, dentre os atuais 193 (cento e noventa e três) membros oficiais da ONU, mais de 30% (trinta por cento) deles já preveem o duplo grau de jurisdição como garantia expressa em suas Constituições ou possuem garantias equivalentes a ele em seus diplomas normativos internos.

Importa, ainda, destacar que segundo Marshall (2011, p. 27-28), o duplo grau de jurisdição é reconhecido como garantia constitucional, como parte do direito a um julgamento justo, na África do Sul, afirmando que a Corte Constitucional daquele país tem considerado o conteúdo desse direito. Esta Corte tem afirmado que a essência do instituto é a previsão de uma oportunidade de ter o indivíduo uma condenação ou sentença revisada, a fim de minimizar o risco de condenações errôneas e a consequente falha judicial.

Anote-se, ainda, que além desses países, temos aqueles que prescrevem as normas de direitos humanos como normas materialmente constitucionais, a exemplo da Argentina e Portugal.

Feito esse panorama amplo do duplo grau de jurisdição nos Estados, passaremos a verificar o seu tratamento no âmbito de alguns países específicos e que possuem maior relevância para o estudo de direito comparado no Brasil.

Iniciemos em Portugal.

Na Constituição lusitana não há uma alusão específica a um direito fundamental ao recurso, porém este costuma ser extraído pela doutrina a partir das regras que disciplinam o funcionamento dos Tribunais.

É exatamente por isso que anota Jorge Miranda (1993, p. 243) a existência de um direito genérico de “recorrer dos actos jurisdicionais, cujo preciso conteúdo pode ser traçado pelo legislador ordinário, com maior ou menor amplitude”.

Apesar disso, anota o professor português, que “ao legislador ordinário estará vedado, exclusivamente, abolir o sistema de recursos *in toto* ou afectá-lo substancialmente” (MIRANDA, 1993, p. 243).

³³ Sobre a Itália, Portugal e Espanha, iremos fazer uma abordagem mais profunda adiante.

³⁴ Dentre os Estados acima apontados, em número de 60 (sessenta), apenas um deles não é membro da Organização das Nações Unidas (Groenlândia).

Na mesma linha, segue a lição de Canotilho (2003, p. 667), para quem o duplo grau de jurisdição é obrigatório em matéria penal, como uma exigência constitucional intocável da garantia dos indivíduos, sendo discutível, apenas, na seara cível e administrativa.

Ainda na Península Ibérica podemos verificar que, na Constituição espanhola, há uma evidente globalização dos direitos fundamentais, materializada pelo que dispõe o art. 10, n. 2, a qual determina que as normas atinentes aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas por ela reconhecidas serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os tratados e acordos internacionais sobre essas matérias ratificados pelo Estado espanhol³⁵.

Apesar de tal direcionamento da sua Carta Magna, a Corte Constitucional da Espanha não tem entendido como obrigatória a previsão normativa de um direito ao reexame de todas as decisões, exceto no âmbito penal³⁶.

Vale destacar que, de acordo com a globalização dos direitos fundamentais reconhecida constitucionalmente na Espanha, as decisões do Tribunal Constitucional espanhol, no que tange ao direito ao recurso na esfera penal, nada mais são do que a aplicação dos tratados internacionais e, em especial, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Político, já abordado especificamente neste trabalho.

Por isso, importa mencionar a lição de Tereza Armenta Deu (2001, p. 62), segundo a qual a interpretação constitucional deve se coadunar com o conteúdo dos pactos internacionais, o que implica no entendimento da existência de um direito a tutela judicial efetiva em dupla instância na seara criminal, havendo, portanto, um dever do legislador em prever algum tipo de recurso.

Na França, sua Constituição reforça o conteúdo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual é expressamente prevista, juntamente com a existência de “poderes separados”, a garantia da defesa dos direitos como elemento essencial para se considerar existente um texto constitucional em um determinado Estado (art. 16).

É exatamente essa previsão da garantia de direitos que é tida como base para a reanálise das decisões, segundo Valérie Dervieix (apud PENTEADO, 2006, p. 80).

³⁵ *Artículo 10 – Derechos de la persona [...] 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

³⁶ Jacques de Camargo Penteado afirma que: “No âmbito criminal, a jurisprudência desse Tribunal Constitucional entende satisfatória a possibilidade de acesso ao duplo grau de jurisdição, ainda que esse ingresso não incida sobre todos os pontos da decisão impugnada, como ocorre com a cassação”. Argumenta, porém, segundo a lição de Teresa Armenta Deu, que “*El derecho al recurso penal, pues, no equivale al derecho a una segunda instancia.*” (PENTEADO, Jacques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal: Garantismo e efetividade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 77.).

Mesmo neste cenário favorável à compreensão do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional, o sistema francês dá maior enfoque a efetividade do que mesmo ao garantismo, típico dos Estados que adotam a previsão de um direito ao recurso. Penteadó (2006, p. 81) chega a afirmar que, apesar de admitir as tratativas realizadas no âmbito internacional, não há uma amplitude no direito ao recurso, omitindo, algumas vezes, o questionamento sobre matéria de fato que seja de interesse da defesa, reduzindo o recurso à cassação, a qual, pelas suas características específicas, versará apenas sobre questões de direito.

Em suma, o sistema francês, no que tange a um efetivo direito ao recurso, está longe de se coadunar com o sistema internacional de proteção de direitos, malgrado sua Constituição ter como fundamento uma Declaração de Direitos que inspira vários desses Diplomas internacionais e que, não raras vezes, acaba formalmente invocando em seu ordenamento interno³⁷.

O sistema utilizado na Alemanha, por seu turno, prevê uma série de instrumentos, com base essencialmente na legislação infraconstitucional processual, para que os interessados possam modificar uma decisão que entendam ser ilegal ou prejudicial.

Esses instrumentos são divididos em ordinários (reclamação, apelação, cassação e a oposição contra a ordem penal) e extraordinários (revisão, a reposição ao estado anterior, a queixa constitucional e a queixa “convencional”, oriunda da Convenção Europeia para proteção de direitos humanos).

Deve-se anotar que o sistema alemão proíbe a reforma das decisões na seara penal *in pejus*, ou seja, reforça o garantismo em prol do cidadão.

Apesar disso, não há no ordenamento jurídico interno alemão a previsão de um direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Contudo, o sistema germânico permite a todos o direito de recorrer ao Tribunal Constitucional para questionar um julgamento em relação aos dispositivos inseridos na *Grundgesetz*.

Do mesmo modo, na Itália, a Constituição não traz de forma expressa o direito ao recurso no capítulo atinente aos direitos e deveres do cidadão, porém, avançando em relação ao modelo germânico, reconhece vários direitos fundamentais e adere ao já mencionado fenômeno da globalização dos direitos humanos, sendo signatária da Convenção Europeia e

³⁷ Apesar disso, segundo Penteadó (2006, p. 81), há autores franceses, a exemplo de Roger Perrot que entendem que o acesso ao duplo grau de jurisdição é uma garantia fundamental para se reduzir os efeitos negativos da falibilidade humana.

do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, os quais prescrevem, como já visto, o direito do acusado na seara penal de impugnar a decisão prejudicial a um tribunal superior.

Importa salientar que, apesar de o direito ao duplo grau de jurisdição não constar no capítulo mencionado acima, chama a nossa atenção o contido no art. 111, da Constituição Italiana, a qual prevê que, sempre, poderá o interessado recorrer ao Supremo Tribunal, contra as sentenças e contra as medidas relativas à liberdade pessoal pronunciado por tribunais ordinários e especiais³⁸.

Tal previsão, em nossa ótica, é suficiente para compreender o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional na Itália, ainda que ao menos nessa situação acima referida.

No Reino Unido, o seu sistema garante o direito ao recurso.

Se observarmos a legislação britânica, foi editada pelo Parlamento, consolidando o entendimento das divisões criminais da Corte de Apelação e da Casa dos Lordes, em 1968, o *Criminal Appeal Act*.

Este Diploma normativo prescreve como direito do condenado ou indiciado a possibilidade de recurso à Corte de Apelação³⁹.

Anote-se que, considerando que inexistente no Reino Unido uma Constituição efetivamente escrita e consolidada e tendo em vista a existência do Ato legislativo supra mencionado, ousamos dizer que o duplo grau de jurisdição é reconhecido no Reino e essa garantia tem força equivalente a uma norma de natureza constitucional dos países que adotam uma Constituição escrita.

Contudo, apesar dessa previsão do direito ao recurso, a legislação britânica dá grande importância à efetividade do processo, onde se pode observar, por exemplo, a exigência de um exame prévio de admissibilidade recursal, visando eliminar as pretensões protelatórias e permitir que as Cortes se ocupem de analisar os casos mais importantes.

Nos Estados Unidos da América, o direito ao recurso não é previsto constitucionalmente, bem como não é compreendido, em regra, como sendo parte do devido processo legal.

Entretanto, o sistema processual norte-americano prevê a possibilidade do recurso, porém apenas como um direito do acusado.

³⁸ Art. 111, da Constituição Italiana (*Art. 111.[18] [...] Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. [...]*).

³⁹ *PART I – APPEAL TO COURT OF APPEAL IN CRIMINAL CASES - Appeal against conviction on indictment 1.-(1) A person convicted of an offence on indictment may Right of appeal to the Court of Appeal against his conviction. [...]*.

Apesar dessas considerações, Marshall (2011, p. 32) adverte que, durante o Século XX, o duplo grau de jurisdição se fortaleceu tanto na jurisdição estadual, quanto federal norte-americana, chegando ao ponto de a Suprema Corte observar que cada Estado deveria ter algum meio de impugnação para as condenações na seara criminal.

Nesse cenário, o Caso *Griffin v. Illinois* foi um paradigma.

Segundo a legislação do Estado Americano do Illinois, qualquer pessoa condenada em processo criminal tinha o direito de recorrer, porém deveria providenciar a transcrição completa do julgamento.

A Suprema Corte, então, ao ser levada a analisar tal exigência, entendeu ser a mesma inconstitucional. Afirmou que, malgrado a ausência da previsão do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional, no caso do Estado do Illinois, a revisão do julgado, quando requerida, fazia parte do sistema legal de julgamento para verificação da inocência ou culpa do acusado naquela jurisdição, estando, pois, sujeita à proteção das cláusulas constitucionais do devido processo legal e da proteção isonômica.

Após esse julgamento, outros reforçaram a importância do direito ao recurso, como os casos *Douglas v. California* e *Halbert v. Michigan*.

Há de se anotar, ainda, que, no âmbito estadual, vários Estados norte-americanos preveem o direito ao duplo grau de jurisdição a exemplo do já mencionado Estado de Illinois, bem como os Estados de Washington, que foi o primeiro a dar *status* constitucional a garantia, e Louisiana, conforme afirma Lobsenz (1985, p. 403).

Entretanto, apesar de todo esse avanço na proteção ao duplo grau de jurisdição, compete salientar que o sistema norte-americano tem vários mecanismos de desestímulo ao recurso. Por exemplo, “a imensa maioria dos processos criminais é decidida sem julgamento, principalmente por impronúncia, durante o exame preliminar ou por declaração de culpabilidade durante a discussão” (FARNSWORTH, 1963, p. 142).

Dentre os países que adotam um sistema aberto para a inclusão de direitos fundamentais na seara interna com força de norma constitucional, temos um exemplo muito próximo do Brasil, que é a Argentina.

Especificamente em relação ao duplo grau de jurisdição, a Constituição portenha não prevê expressamente o direito ao recurso.

Contudo, no mesmo Diploma superior, a partir da Reforma Constitucional realizada em 1994, há a previsão de integração da sua legislação aos pactos internacionais de direitos humanos os quais acabou aderindo. Nesse viés, destacam-se os já estudados Pacto

Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica, que expressamente preveem o direito ao duplo grau de jurisdição.

Desse modo, de forma indireta, o texto constitucional argentino é complementado pelos diplomas internacionais acima mencionados e resta por garantir aos condenados o direito de revisão de suas sentenças por um tribunal superior.

4.1.3 O duplo grau de jurisdição e o direito brasileiro

No âmbito interno do direito brasileiro, intensas tem sido as discussões acerca da natureza jurídica do duplo grau de jurisdição.

Para uma banda da doutrina pátria, o duplo grau de jurisdição não seria uma garantia constitucional.

Os estudiosos adeptos dessa corrente destacam que o referido princípio não estaria edificado à categoria dos princípios constitucionais, pois, se assim entendesse o legislador constituinte, tê-lo-ia inserido de forma expressa.

Dentre os principais defensores desta linha estão Luiz Guilherme Marinoni (2015), Oreste Nestor de Souza Laspro (1995), Alexandre de Moraes (2013), Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha (2008).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2002, p. 209), o duplo grau de jurisdição, compreendido enquanto direito à revisão da decisão proferida pelo julgador que teve primeiro contato com a causa, não é garantido constitucionalmente, nem mesmo pode ser classificado como um princípio fundamental de justiça.

Acrescenta o mesmo autor, em outra obra (MARINONI, 2015, p. 356), que a Constituição de 1988 não garante o direito de recorrer, impedindo o legislador ordinário de fixar um procedimento que não conceda às partes a possibilidade de recorrer contra a decisão proferida. Pelo contrário, a Constituição garante aos litigantes, “apenas”, o contraditório, a ampla defesa e os recursos a ela inerentes. Destaca Marinoni que, se o constituinte quisesse garantir o direito ao recurso em todo e qualquer caso teria previsto o direito ao contraditório, a ampla defesa e aos recursos. Arremata dizendo que se a constituição garante os recursos inerentes ao contraditório e ampla defesa, reconhece, doutra banda, a possibilidade de recursos não inerentes ao contraditório e ampla defesa, os quais estariam alijados da proteção constitucional.

Já Oreste Nestor de Souza Laspro (1995, p. 159) vai mais além e destaca que o simples fato de a Constituição Federal prever a possibilidade de interposição de recursos “[...]”

não significa que todas as decisões possam ser impugnadas por meio deles”, pois o referido princípio estaria regulado apenas pela legislação ordinária.

Para o constitucionalista Alexandre de Moraes (2007, p. 74-75), o fato de a Constituição prever expressamente sobre os juízes e Tribunais, além da existência de alguns recursos (ordinários constitucionais, especial, extraordinário), não tem como condão se extrair a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição.

Nesse mesmo sentido está também o entendimento de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha (2008, p. 28), os quais, vislumbrando o duplo grau apenas como princípio e não como uma garantia absoluta prevista constitucionalmente, afirmam que é perfeitamente possível a existência de exceções ao referido princípio, permitindo que a legislação ordinária infraconstitucional possa restringir ou até mesmo eliminar recursos em situações específicas.

Apesar desses posicionamentos fortes em desfavor do duplo grau de jurisdição enquanto garantia constitucional, para uma parte igualmente importante da doutrina, o duplo grau de jurisdição teria esse perfil, destacando-se dentre os defensores dessa teoria processualistas e constitucionalistas do quilate de Nelson Nery Junior, José Joaquim Calmon de Passos, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e Ingo Sarlet.

De acordo com Nelson Nery Júnior, o perfil constitucional do duplo grau de jurisdição é oriundo do fato deste princípio ser derivado do princípio constitucional do *due process of law*. Anote-se que o importante processualista vai além e afirma categoricamente, o que importará decisivamente nesse estudo, que “é lícito concluir que o duplo grau de jurisdição, como garantia constitucional absoluta, existe no âmbito do direito processual penal, mas não no do direito processual civil ou do trabalho” (NERY JÚNIOR, p. 283).

Na mesma linha trilhada por Nery Júnior, afirmam Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 140) que, malgrado não estar expresso na Constituição, o princípio do duplo grau de jurisdição é de natureza constitucional por estar intimamente ligado à moderna concepção de Estado de Direito.

No mesmo posicionamento, porém com argumentos ainda mais interessantes aparece Calmon de Passos (2000, p. 69-70), que coloca o princípio em foco, como uma cláusula, ou melhor, como “subespécie” do gênero, referido por ele de “devido processo constitucional jurisdicional”.

Leciona Passos (2000, p. 69-70), que a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição gera um efeito, qual seja: o controle das decisões, agindo desta maneira como uma forma de correção da ilegalidade praticada pelo autor da decisão impugnada e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer.

Ainda entre os processualistas, afirma Nelson Luiz Pinto (2001, p. 80), assim como Nelson Nery Júnior e outros, que o princípio do duplo grau de jurisdição é derivado dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, não podendo, dessa forma, serem extraídos do indivíduo, sob pena de violação à garantia constitucional. Arremata o mencionado autor afirmando que o duplo grau de jurisdição é uma das facetas do direito constitucional de ação e de defesa.

Por derradeiro, dentre os adeptos da natureza constitucional do duplo grau de jurisdição, temos a lição de Ingo Sarlet, para quem esta característica do duplo grau de jurisdição pode ser observada a partir da interpretação sistemática do texto constitucional. Para Sarlet, esse direito fundamental material foi incorporado ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro, dentre outras razões, por força do que dispõe o § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, com a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, que, como já visto neste trabalho, prevê expressamente, no art. 8º, “h”, “o direito de recorrer da sentença para Tribunal Superior” (SARLET, 1996, p. 7-25).

3.1.4 O duplo grau de jurisdição e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal

3.1.4.1 O posicionamento, no Brasil, do Supremo Tribunal Federal

Seguindo a linha de vários processualistas e constitucionalistas acima já mencionados, o Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de que inexistiria a obrigatoriedade da observância do duplo grau de jurisdição, por não ser este uma garantia constitucionalmente assegurada aos litigantes.

Antes mesmo de certa mudança no entendimento acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais seja parte a República Federativa do Brasil⁴⁰, vários foram os julgados da Suprema Corte brasileira em que o Duplo Grau de Jurisdição foi mencionado e entendido como fora do catálogo de garantias processuais constitucionais. Vejam-se alguns deles:

⁴⁰ Desde o final de 2008, com o julgamento dos HC 87.585-TO e RE 466.343-SP, realizado especificamente no dia 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal passou a compreender os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio como sendo de hierarquia supralegal, passando a condição de hierarquia constitucional apenas aqueles incorporados na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José⁴¹.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279-STF. PREQUESTIONAMENTO. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. I. - O exame da controvérsia, em recurso extraordinário, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório trazido aos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 279-STF. II. - Ausência de prequestionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário. III. - A alegação de ofensa ao inciso LIV do art. 5º, CF, não é pertinente. O inciso LIV do art. 5º, CF, mencionado, diz respeito ao devido processo legal em termos substantivos e não processuais. Pelo exposto nas razões de recurso, quer a recorrente referir-se ao devido processo legal em termos processuais, CF, art. 5º, LV. Todavia, se ofensa tivesse havido, no caso, à Constituição, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E, conforme é sabido, ofensa indireta à Constituição não autoriza a admissão do recurso extraordinário. IV. - Não há, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. Prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais. V. - Compete ao Tribunal de Justiça, por força do disposto no art. 96, III, da CF/88, o julgamento de promotores de justiça, inclusive nos crimes dolosos contra a vida. VI. - Agravo não provido⁴².

EMENTA: - Depósito para recorrer administrativamente. - Em casos análogos ao presente, relativos à exigência do depósito da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo, esta Corte, por seu Plenário, ao julgar a ADI 1.049 e o RE 210.246, decidiu que é constitucional a exigência desse depósito, não ocorrendo ofensa ao disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Carta Magna, porquanto não há, em nosso

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 601832 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-06 PP-01129 RSJADV jun., 2009, p. 34-38.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 513044 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 08-04-2005 PP-00031 EMENT VOL-02186-08 PP-01496.

ordenamento jurídico, a garantia ao duplo grau de jurisdição. Por isso mesmo, também o Plenário deste Tribunal, ao indeferir a liminar requerida nas ADIMCs 1.922 e 1.976, se valeu desse entendimento para negar a relevância da fundamentação da inconstitucionalidade, com base nesses dois incisos constitucionais acima referidos, da exigência, para recorrer administrativamente, do depósito do valor correspondente a trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão recorrida. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. - Por outro lado, inexistente ofensa ao artigo 5º, XXXV, "a", da Constituição, porquanto, no caso, não há pagamento de taxa, mas a exigência de depósito de parcela do valor da exação. Recurso extraordinário conhecido e provido⁴³.

Após o julgamento dos HC 87.585-TO e RE 466.343-SP, ocorrido em 03 de dezembro de 2008, e da fixação da premissa da supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, o caso mais famoso, em que a tese foi ventilada, foi exatamente o recém-julgado processo conhecido como "Mensalão" (Ação Penal Originária 470-DF).

Na oportunidade, diversos acusados sustentaram a impossibilidade do julgamento dos seus casos virem a ser realizados no âmbito do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em razão de que tal conduta impossibilitaria a apresentação de recursos em caso de condenação e que tal proceder violaria Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pela República Federativa do Brasil.

Apesar de tal insurgência, o Plenário do Supremo Tribunal Federal direcionou-se no sentido da improcedência de tais argumentos.

Nesse julgamento, através da leitura de seu extenso acórdão⁴⁴, é possível verificar algumas menções por parte dos defensores dos acusados sobre a questão do duplo grau de jurisdição, as quais fazemos questão de transcrevê-las e comentá-las, *in verbis*:

[...] Então o Ministro Marco Aurélio tem toda razão quando diz: o artigo 102, número I, letras "b" e "c", é direito estrito"; ele só pode ser entendido estritamente. E ele só pode ser estendido - e estendido e prolongado para aqueles que não tenham essa prerrogativa de foro - por legislação constitucional. Afinal de contas, nós estamos, à medida em que se faz a extensão pela legislação subalterna do processo penal, nós estamos infringindo uma lei supralegal, ou constitucional - como diz o Ministro Gilmar Mendes -, que é o Pacto de San José que foi incorporado à nossa legislação e que garante expressamente o princípio do "juiz natural" e o princípio, notadamente, do "duplo grau de jurisdição", a que todos os cidadãos têm direito; a não ser aqueles que o artigo 102 expressamente exclui⁴⁵. [...].

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 356287, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 19/11/2002, DJ 07-02-2003 PP-00047 EMENT VOL-02097-07 PP-01334.

⁴⁴ O Acórdão da Ação Penal Originária 470-DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, possui 8.405 páginas.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. APO 470-MG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Plenário, julgado em 17/12/2012, DJ 22-04-2013, p. 48/49.

Na primeira manifestação sobre o duplo grau de jurisdição, consta a observação supra, realizada pelo Advogado Márcio Thomaz Bastos, defensor de alguns acusados não detentores de foro privilegiado, apontando que, aquele seria um princípio a que qualquer cidadão teria direito, excetuando-se aqueles detentores do foro privilegiado e mencionados no art. 102, da Constituição Federal.

Neste sentido, direcionou-se, com certa ampliação Ricardo Lewandowski, Ministro-Revisor da referida Ação Penal:

Ademais, como se sabe, a nossa Constituição preconiza, em seu art. 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos “*não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

Por esse motivo, há muito venho me manifestando no sentido de que o direito ao duplo grau de jurisdição tem assento constitucional, como, por exemplo, no julgamento do HC 88.420/PR, de minha relatoria, em que consignei:

“Neste HC (...) busca-se o reconhecimento de outro direito, qual seja, o de interpor o réu, condenado em primeiro grau, recurso de apelação, independentemente de seu recolhimento ao cárcere.

(...)

Tem-se, no caso, o confronto de dois preceitos legais. De um lado, a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressamente prevista no art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao nosso ordenamento jurídico por força do art. 5º, § 2º, da Carta Magna, e, de outro, a exigência de recolher-se o réu condenado à prisão para que sua apelação seja processada, nos termos da regra estabelecida no art. 594 do Código de Processo Penal.

(...)

Bem sopesada a questão, tenho para mim que o direito ao duplo grau de jurisdição tem estatura constitucional, ainda que a Carta Magna a ele não faça menção direta, como o fez a Constituição de 1824. Isso porque entendo que o direito ao due process of law, abrigado no 5º, LIV, da Lei Maior, contempla a possibilidade de revisão, por tribunal superior, de sentença proferida por juízo monocrático.

Nesse sentido, compartilho da lição de Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual ‘um sistema de juízo único fere o devido processo legal, que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático’⁴⁶.

Vê-se, a partir deste excerto que o Ministro Lewandowski vai além do que vinha sendo pregado pelo defensor acima mencionado e não opôs qualquer cláusula restritiva ao direito ao duplo grau de jurisdição invocado pelos acusados.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. APO 470-MG, Questão de Ordem: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Plenário, julgado em 17/12/2012, DJ 22-04-2013, p. 87/88.

Apesar disso, a parte final de seu voto restou por demonstrar o acatamento *in totum* da tese levantada pelo defensor, consoante se pode verificar:

Preocupa-me, por fim, o fato de que, se este Supremo Tribunal persistir no julgamento único e final de réus sem prerrogativa de foro, ele estará, segundo penso, negando vigência ao mencionado art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, que lhes garante, sem qualquer restrição, o direito de recorrer, no caso de eventual condenação, a uma instância superior, insistência essa que poderá ensejar eventual reclamação perante a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Diante de todo o exposto, resolvo a questão de ordem para assentar que o desmembramento deste feito se mostra de rigor com relação aos réus sem prerrogativa de foro, devendo permanecer sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal apenas aqueles que detêm tal *status* processual por força da própria Constituição, quando mais não seja por uma questão de isonomia de tratamento em face dos acusados referidos no mencionado Inq 2.280/MG, os quais se encontram em idêntica situação daqueles outros⁴⁷.

Apesar das insurgências por parte dos acusados, o Supremo Tribunal Federal apontou em sentido contrário a tese do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional, deixando clara sua opção por entender que as determinações convencionais não teriam o lastro de alcançar às pessoas mencionadas no art. 102, da Constituição Federal, e, portanto, detentoras de foro privilegiado de julgamento perante a Corte Máxima deste país.

Apesar dessa decisão, coincidentemente, no ano de 2014, houve uma singela alteração no Regimento Interno da do Supremo Tribunal Federal, retirando da competência do Plenário da Corte o conhecimento e o julgamento de Ações Penais Originárias, redirecionando-as para suas Turmas.

É o que se pode notar da nova redação do art. 9º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Art. 9º Compete às Turmas: [...] j) nos crimes comuns, os Deputados e Senadores, ressalvada a competência do Plenário, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta; [...]”⁴⁸.

Trata-se, ao que parece, de uma orientação do Pretório Excelso no sentido de garantir de uma forma mais abrangente e clara o direito ao recurso, a fim de que participem dessa “revisão” julgadores que não participaram da primeira parte da análise processual e, portanto, desprovidos de pré-julgamentos acerca da matéria em discussão.

Obviamente que tal saída ainda não é suficiente para alcançar a amplitude da garantia do duplo grau de jurisdição, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto

⁴⁷ BRASIL. op. cit. p. 92.

⁴⁸ Redação dada pela Emenda Regimental nº. 49/2014.

de São José da Costa Rica), porém é um passo decisivo para que aquela venha a ser efetivada em maior grau no ordenamento pátrio.

3.1.4.2 O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Inicialmente, urge salientar que o duplo grau de jurisdição, segundo a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) é um direito exclusivo da defesa, da pessoa, do indivíduo, não sendo aplicável ao Estado ou aos seus representantes, consoante se pode observar a partir do que consta no Informe 17/94, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A jurisprudência da mencionada Corte aponta que o direito convencional estatuído no art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, deve ser um meio apto a ofertar ao acusado uma nova oportunidade para a defesa, incluindo a discussão dos fatos, provas e o direito aplicado. É esta a conclusão que se pode extrair do Informe 17/94 e da sentença proferida no Caso Castillo Petruzzi e outros⁴⁹.

Esse reexame deve propiciar a legalidade e a razoabilidade da decisão proferida, bem como autorizar a reapreciação dos fatos, consoante se pode obter entendimento a partir do julgamento do Caso Juan Carlos Abella⁵⁰. Veja-se trecho do referido julgado:

[...] 252. *Un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal*⁵¹. *El debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa. [...]*

La Comisión considera que este recurso, establecido en favor del inculpado, le permite proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la

⁴⁹ CIDH. **Caso Castillo Petruzzi e outros**. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 30 de Maio de 1999. Serie C N. 206.

⁵⁰ CIDH. **Caso Juan Carlos Abella**. Informe nº. 55/97.

⁵¹ *La Comisión se ha pronunciado en varios casos de Costa Rica respecto al derecho protegido en el artículo 8.2.h, que estaba limitado en dicho país por disposiciones del Código de Procedimientos Penales, que exceptuaban la posibilidad de revisión por tribunal superior las condenas penales menores a ciertos montos de prisión, inhabilitación, internación de seguridad o multa. La Comisión declaró la existencia de la violación al artículo 8.2.h en dichos casos, y recomendó al Estado mencionado que hiciera plenamente efectiva la garantía judicial mencionada, lo que fue cumplido mediante la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que reconoció la preeminencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre dicho Código, y declaró en consecuencia la inconstitucionalidad de dichas limitaciones. Informe No. 24/92, OEA/Ser.L/V/II.82, Doc. 20, 2 octubre de 1992, párr. 30.*

cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de garantía, y de la aplicación correcta de la ley penal.

Importante salientar, ademais, que a exigência convencional de direcionamento do feito a um “juiz ou tribunal superior” não necessariamente induz o encaminhamento a um juízo hierarquicamente superior. A jurisprudência tem apontado que é suficiente que a matéria seja levada a um juiz ou tribunal distinto e que possua as atribuições legais para reexaminar os fatos, provas e direito da decisão guerreada, conforme se pode compreender a partir do que consta no Informe 50/2000, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É de se destacar que, como já frisado anteriormente, ao contrário do que ocorre no Sistema Europeu de Direitos Humanos, o art. 8, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, não prevê qualquer exceção quanto à aplicabilidade do duplo grau de jurisdição.

É exatamente o que se pode extrair de trecho da decisão no Caso Juan Carlos Abella, *in verbis*: “*Es importante destacar que la Convención Americana, a diferencia de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, consagra ampliamente el derecho de apelación”⁵² (com grifos).*

A propósito é interessante a lição de Luís Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 150-151), segundo os quais as duas exceções ao direito ao duplo grau de jurisdição reconhecidas no sistema europeu: a) na hipótese de condenação imposta em razão de recurso contra sentença absolutória; b) na hipótese de condenação imposta pelo tribunal máximo do país⁵³.

Seguem Luís Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 150-151) afirmando que sistemática do direito e da jurisprudência interamericana é diversa, pois, ao contrário do que ocorre no sistema europeu, o sistema interamericano tem afirmado que a observação do respeito ao duplo grau de jurisdição é totalmente indispensável, mesmo que se trate de condenação pelo órgão máximo do país. Ou seja, não existem ressalvas no sistema interamericano em relação ao duplo grau de jurisdição, diferentemente do que ocorre no sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos – repita-se.

⁵² *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también consagra de manera amplia el mismo derecho en su artículo 14.5: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. La reserva formulada por algunos países europeos a esta disposición fue posteriormente expresada en el Protocolo Facultativo No. 7 a la Convención Europea sobre Derechos Humanos. Es interesante destacar que Argentina no ha formulado reserva alguna en este punto, por lo cual ha aceptado la vigencia del derecho de apelación en su sentido más amplio, como lo consagra la Convención Americana y el Pacto.*

⁵³ Cf. JUGO, Gabriela. *El Derecho de recurrir la sentencia penal condenatoria... Los derechos humanos en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 249 e ss. (especialmente p. 290).

Como mencionado por eles, a jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos tem se direcionado no sentido de que a vedação ao acesso ao duplo grau de jurisdicción viola, inclusive, outras normas inseridas no Pacto acima mencionado.

Para ratificação desse entendimento, importante destacar parte da Sentença proferida pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, no que toca à violação do duplo grau de jurisdicción, ou seja, do direito de recorrer da decisão condenatória, no Caso Barreto Leiva contra Venezuela⁵⁴, *verbis*:

[...] 88. *La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable*⁵⁵.

89. *La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.*

90. *Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo*⁵⁶.

El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.

91. *En razón de lo expuesto, el Tribunal declara que Venezuela violó el derecho del señor Barreto Leiva reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, en relación con el artículo 1.1 y 2 de la misma, puesto que la condena provino de un tribunal que conoció el caso en única instancia y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, de la posibilidad de impugnar el fallo. Cabe observar, por otra parte, que el señor Barreto Leiva habría podido impugnar la sentencia condenatoria emitida por el juzgador que habría conocido su causa si no hubiera operado la conexidad que acumuló el enjuiciamiento de varias personas en manos de un mismo tribunal. Em este caso la aplicación de la regla de conexidad, admisible en sí misma, trajo consigo la inadmisibile consecuencia de privar al sentenciado del recurso al que alude el artículo 8.2.h de la Convención. (com grifos).*

⁵⁴ Corte IDH. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 17 de Novembro de 2009. Serie C N. 206.

⁵⁵ Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 158.

⁵⁶ Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, supra nota 48, párr. 161.

Há de se salientar que, neste processo, a Corte trouxe duas novidades em relação à interpretação da aplicação do direito ao duplo grau de jurisdição: a primeira é no sentido da amplitude do direito ao duplo grau de jurisdição, compreendido como direito de ter a sentença contra si proferida reanalisada, de maneira ampla e efetiva; a segunda é que tal direito é aplicável a todos os réus em processo penal, inclusive aqueles que vierem a ser julgados pela Corte Suprema do Estado, por força do foro especial por prerrogativa de função ou ainda conexão com aqueles que possuem tal prerrogativa.

Ainda no caso em exame, a Corte determinou que a Venezuela promovesse, através de seu Poder Judiciário, não somente a revisão do *decisum*, mas também procedesse com a análise do recurso em prazo razoável (que foi fixado em um ano).

Por fim, determinou, com base no princípio de direito internacional *pacta sunt servanda*, que a Venezuela providenciasse, ainda, a adequação do seu direito interno, de modo a garantir, a todos os acusados em processos criminais, o direito ao duplo grau de jurisdição, ainda que o julgamento venha a ocorrer no mais alto Tribunal da hierarquia judiciária do Estado.

Trata-se, pois, de decisão importante em relação a fixação de um entendimento dominante no âmbito da jurisprudência internacional nas Américas acerca da aplicação e do alcance da garantia do duplo grau de jurisdição.

Cumpre-nos salientar, com relação aos julgamentos criminais realizados nas mais altas Cortes de Justiça dos Estados o contido no Informe 50/2000, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o qual afirma que o direito ao duplo grau de jurisdição não significa obrigatoriamente que deva o feito ser apreciado por um juiz ou órgão de hierarquia superior na estrutura do Poder Judiciário, bastaria, somente, que se tratasse de um juiz ou Tribunal distinto e que tivesse a faculdade de reanalisar os fatos, as provas e o direito objeto da sentença guerreada.

Foi exatamente neste sentido o julgamento do *Caso Castillo Petruzzi e outros*⁵⁷, cujo trecho da Sentença segue abaixo, *in verbis*:

161. La Corte advierte que, según declaró anteriormente (supra 134), los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural establecida por el artículo 8.1 de la Convención. El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de

⁵⁷ CIDH. **Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru**. Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999.

grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. En el caso que nos ocupa, el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece. 162. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.h de la Convención.

Ainda tratando dos desdobramentos do direito ao duplo grau de jurisdição, na esfera da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, temos o *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, no qual a Corte decidiu que, malgrado ser direito do Estado regular o seu sistema recursal, este não pode ser elaborado de forma tal a impedir ou reduzir a eficácia do direito de recorrer da decisão judicial. Vale transcrever parte do referido julgado: “[...] *la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos [...]*”⁵⁸.

Finalmente, talvez sendo esta a parte mais polêmica da questão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reconhecido a necessidade de que os Estados Partes realizem alterações na sua legislação interna, no sentido de coadunar as disposições locais às regras internacionais de direitos humanos, em especial nos casos em que se realiza a chamada conexão de feitos, já que alguns acusados que, em tese, seriam julgados por Órgãos inferiores e, portanto, teriam direito à revisão de eventuais sentenças condenatórias, são levados a julgamento por Órgão que não permite a aludida revisão.

A partir dessa conclusão, abre-se uma nova discussão acerca do alcance das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação àquelas proferidas pelos órgãos judiciários locais, observando-se o princípio da soberania nacional.

⁵⁸ CIDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Serie C No. 107.

Neste ponto, importante destacar o posicionamento de Néstor Pedro Sagués, (2009, p. 1), o qual sustenta que, o Estado deve cumprir a Convenção e não pode invocar a sua Constituição para descumprir os tratados internacionais de direitos humanos, o que, na prática, os coloca, aparentemente, acima da Constituição.

É exatamente neste sentido a lição de George Sarmento (2016, p. 14), segundo o qual os direitos fundamentais supraestatais são pressupostos de validade das normas de direito interno, até mesmo das normas constitucionais. Isso ocorre pelo fato dessas normas estarem inseridas em ordem jurídica superior, impondo limites tanto ao poder estatal quanto ao poder constituinte, que são compelidos a inseri-los na Constituição e os dotando das amplas garantias necessárias à sua efetivação. Assim, nenhuma norma do sistema jurídico interno pode ser apreciada ou aplicada de modo contraditório à Constituição ou as Declarações de Direitos.

Na prática, ainda segundo Sarmento (2016, p. 15), a submissão existente entre os Estados soberanos e a ordem supraestatal implica na ideia de que os direitos gerados por esta são apenas declarados por aqueles e não criados pelo legislador local, como se poderia supor. Em outras palavras, com a constitucionalização dos direitos humanos veiculados nos diplomas internacionais, os Estados declaram, de modo tácito, sua subordinação ao direito internacional, mesmo sem que haja tal reconhecimento de modo expresso.

Vale ressaltar que, no caso conhecido como “*La última tentación de Cristo*”⁵⁹, a Corte Interamericana de Direitos Humanos chegou a ordenar ao Chile a alteração de sua Constituição.

Outro caso importante, foi o julgamento, através da mesma Corte, do Caso Gelman v. Uruguai⁶⁰, no qual, afetando a autodeterminação do povo de Estado Parte, negou-se a validade da lei de anistia (lei de caducidade) uruguaia, mesmo que legitimada, mediante a via da participação direta (plebiscito), em duas ocasiões.

Desse modo, traçadas as linhas mestras de como o direito ao duplo grau de jurisdição tem sido tratado no mundo contemporâneo, passaremos a interessante tarefa de identificar o duplo grau de jurisdição como direito constitucional fundamental dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁹ CIDH. **Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de febrero de 2001. CIDH, Caso La última tentación de Cristo v. Chile, sentença de 05.02.2001.

⁶⁰ CIDH. **Caso Gelman vs. Uruguai**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2009. Serie C N. 221.

5 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO ENQUANTO DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

5.1 As Relações do Direito Internacional com o Direito Interno dos Estados: Monismo e Dualismo

Iniciaremos nossa análise do duplo grau de jurisdição enquanto direito constitucional fundamental no Brasil, observando como se dão as relações do Direito Internacional com o Direito Interno dos Estados.

Importante salientar que essa observação é de grande importância, já que, a depender do caminho trilhado pelo estudioso, as possibilidades finais podem ser díspares.

É exatamente esse o problema a ser dirimido, pois, no caso de eventuais conflitos entre as disposições do direito interno com o que prescrevem as normas internacionais, o juiz deverá definir qual norma terá sua interpretação favorecida e, a depender da linha a que esteja afiliado o intérprete, a solução poderá ser divergente.

Sobre esse tema, é possível verificar na doutrina mais abalizada a existência de duas teorias clássicas, a monista e a dualista, além de teorias conciliatórias.

5.1.1 Dualismo

A teoria dualista, termo oriundo das lições de Alfred Von Verdross⁶¹, é uma derivação do voluntarismo foi adotada e desenvolvida, inicialmente, em 1899, por Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e, posteriormente, em 1905, pelo jurista italiano Dionizio Anzilotti.

Em regra, para os defensores da teoria dualista, de acordo com as lições de Rezek (2007, p. 4), “o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional”.

Mello (2002, p. 109) afirma que Triepel, na obra “*Volkerrecht und Landesrecht*”, parte da concepção de que o Direito Internacional e o Direito Interno são “noções diferentes” e, por isso, podem ser tangentes, porém não secantes, ou seja, independentes, sem qualquer área em

⁶¹ Segundo Celso Duviol de Albuquerque Mello (2002, p. 110), algum tempo depois, Verdross acabou reconhecendo a deficiência deste termo, uma vez que não existe apenas um Direito interno, sendo, portanto, mais correto denominá-la pluralista.

comum. Para o autor alemão, tal oposição seria resultante de três diferenças que existem nas duas ordens jurídicas.

Continua Mello (2002, p. 109-110), destacando quais seriam essas diferenças na ótica de Triepel, e afirmando que a primeira diferença seria de relações sociais, uma vez que na seara internacional o Estado é o único sujeito de direito, enquanto que na seara interna além do Estado aparece igualmente o homem como sujeito de direito.

A segunda diferença que Mello (2002, p. 109-110) aponta como sendo oriunda das lições de Triepel é em relação as fontes das duas ordens jurídicas. Para Triepel, o direito interno é fruto da vontade de um Estado, enquanto o direito internacional pressupõe a vontade coletiva de mais de um Estado, manifestando-se, expressamente, através dos Tratados e, tacitamente, no costume internacional.

A última diferença apontada seria em relação à estrutura das duas ordens jurídicas: a interna estaria lastreada em um sistema de subordinação e a internacional na coordenação.

A concepção de Triepel direciona a chamada “teoria da incorporação”, para a qual uma norma de direito internacional somente pode ser aplicada no direito interno de um determinado Estado, após sua “transformação” em direito interno, através de sua incorporação ao sistema jurídico desse, tudo isso em razão da completa independência entre os dois sistemas (internacional e interno).

Mello (2002, p. 110) anota, outrossim, que, diante da teoria defendida por Triepel, não haveria espaço para antinomias entre os ordenamentos internacionais e pátrios, já que, de acordo com o professor alemão, o tratado “não é um meio em si de criação do direito interno”, mas “um convite ao Estado para um ato particular de vontade do Estado, distinto de sua participação no desenvolvimento jurídico internacional”.

O português Jorge Bacelar Gouveia (2010, p. 409), por seu turno, destaca que os argumentos apresentados pelos dualistas para defender suas ideias estão alicerçadas em três aspectos essenciais:

a) diferença das fontes: enquanto no âmbito interno se destaca a lei, enquanto “acto jurídico-público de feição unilateral”, na seara internacional, ganha cada vez mais destaque o tratado, que tem “raiz contratual e não unilateral”;

b) diferença dos sujeitos: enquanto no âmbito interno as normas são aplicáveis a uma ampla gama de “entidades jurídicas, públicas ou privadas, singulares ou colectivas”, no campo internacional, o conjunto dos sujeitos é restrito a um grupo eminentemente institucional, “composta por entidades de Direito Público”;

c) diferença dos mecanismos garantísticos: se no âmbito interno, há um funcionamento eficaz dos mecanismos de coerção, que se iniciam nos tribunais e alcançam outros setores do Estado como as forças policiais e, inclusive, as forças armadas, quando cabível, na esfera internacional, “a estrutura jurisdicional, ainda que existente, é bastante frágil”, inexistindo fortes mecanismos de aplicação das suas respectivas sanções.

No Brasil, o dualismo foi defendido, como aponta a doutrina, em especial, por Amílcar de Castro (2001, p. 249), que afirmou que a ordem internacional se diferencia das estatais uma vez que suas normas se distinguem como inconfundíveis pelos indivíduos a que elas se dirigem, pelo modo de formação, pelo seu objeto e pelas maneiras como sua observância é assegurada, além de que a convivência entre os Estados estruturada em subordinação a um governo, não existindo jurisdição internacional, e sem ela o direito das gentes somente pode ser compreendido como único, ímpar, diverso do estatal.

Essa teoria é objeto de duras censuras por parte da doutrina. A maioria dos críticos afirma, por exemplo, que a tese defendida pelos dualistas demonstra sua fragilidade em vários aspectos como ressalta Mello (2002, p. 110-111), já que: 1) o homem também é sujeito internacional, pois possui direitos e deveres concedidos diretamente pela ordem internacional; 2) o direito não é oriundo da vontade nem de um Estado, nem de vários, sendo o voluntarismo insuficiente para explicar a obrigatoriedade do costume internacional; 3) seguindo as lições de Kelsen, coordenar é subordinar a uma terceira ordem; desse modo, a diferença entre as duas ordens não seria de natureza, mas de estrutura, ou seja, mera diferença de graus; 4) o direito internacional costumeiro é aplicado pelos Tribunais internos sem que haja a necessidade de transformação ou incorporação para internalização do comando; 5) em relação a parte da doutrina que afirma que o direito internacional se dirige tão somente ao Estado e não ao seu direito interno, importante salientar a opinião de Rolando Quadri que afirma ser impossível dissociar o Estado do seu ordenamento; 6) é possível acrescentar, ainda, as lições de P. Paone, segundo a qual o dualismo no direito internacional está sempre ligado a sua concepção como sistema privatístico.

Anota, ainda, Mazzuoli (2011, p. 80), que o dualismo é corolário dogmático-apológico da teoria da absoluta soberania do Estado. Ou seja, o direito não é originado da exclusiva vontade do Estado, mas é anterior a este. O que o Estado faz, na realidade, é apenas reconhecer a sua obrigatoriedade, através das normas jurídicas, tanto na esfera interna quanto na internacional. Assim, quando o Estado reconhece essa obrigatoriedade é por que, além de consagrar o entendimento de que o direito é uno, também reconhece que, através de um princípio geral que é anterior a ele, foi-lhe dado o poder de criar normas jurídicas de aplicação

cogente. Desse modo, se esse princípio, na seara internacional, está consubstanciado na norma *pacta sunt servanda*, que é anterior ao Estado, não se pode afastar o entendimento de que é do sistema internacional que surge a obrigatoriedade do direito interno.

O dualismo, no entanto, é uma corrente do direito internacional que a cada dia que passa perde mais seus adeptos, tendo, na atualidade, uma maior importância histórica do que jurídica propriamente dita.

5.1.2 Monismo

A teoria monista, por seu turno, considera a existência de somente uma ordem jurídica, ou seja, “em princípio o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado quer se apresente nas relações internacionais” (CASELLA; ACCIOLY; SILVA, 2012, p. 209), bem como, segundo Mazzuoli (2011, p. 81-82), “a norma do direito das gentes (o tratado ratificado ou até mesmo um costume) continua sendo norma *internacional*, que será então aplicada internamente não sendo norma internacional transformada, em Direito interno”.

Essa teoria é subdividida em duas vertentes: internacionalista e nacionalista.

Uma, alicerçada nas lições de Hans Kelsen, pressupõe a prevalência do direito internacional sobre o interno (internacionalista). A outra, com base no hegelianismo ou mesmo no voluntarismo estadual, defende a prevalência do direito interno (nacionalista).

Para a corrente monista nacionalista, ou seja, com prevalência do direito interno, possuindo o Estado uma soberania absoluta, não estaria sujeito a qualquer tipo de sistema jurídico que não tenha emanado da sua própria vontade.

Neste cenário, o Direito Internacional buscaria sua obrigatoriedade no próprio direito interno, podendo ser reduzido, na prática, a um “direito estatal externo”. Em suma, para os adeptos dessa vertente, o Direito Internacional é um direito interno que os Estados aplicam em suas relações internacionais.

Segundo afirma Jorge Bacelar Gouveia (2010, p. 412), a doutrina do monismo nacionalista teve seu início e desenvolvimento no século XVIII, através de autores como Johann Jacob Moser e Georg Friedrich von Martens, mas somente um século depois ganhou uma roupagem eminentemente jurídica, através dos estudos de Friedrich Hegel.

Por seu turno, aponta Mello (2002, p. 111) que esta orientação, na sequência, foi seguida por Wenzel, pelos irmãos Zorn, Decencière-Ferrandièrre, Verdross (inicialmente). Além destes, alguns autores soviéticos, como Korovin, juristas de índole nazista e, mais recentemente, Georges Burdeau seguiram tal pensamento.

Esta vertente da corrente monista é igualmente passível de críticas, sendo a principal e a mais importante é que ela nega a autonomia e a independência do Direito Internacional, reduzindo-o a um mero direito estatal.

Destaca Mello (2002, p. 111) que se a validade dos tratados internacionais estivesse ligada às normas constitucionais que fixam o seu modo de conclusão, no modelo proposto por Welzel, qualquer modificação na ordem constitucional por um processo revolucionário ocasionaria a caducidade de todos os tratados encerrados na vigência do regime pretérito. Mas, isso não ocorre, uma vez que, em nome da continuidade e permanência do Estado, ele ainda é compelido a dar cumprimento aos tratados firmados no regime anterior.

Já a vertente monista internacionalista, ou seja, de prevalência do direito internacional, teve seu início na chamada Escola de Viena (Kelsen, Verdross, Kunz, etc).

Kelsen, ao elaborar sua Teoria Pura do Direito, deu forma a sua célebre pirâmide normativa, segundo a qual uma norma busca fundamento de validade em uma norma hierarquicamente superior, até alcançar o vértice dessa pirâmide, que seria a norma fundamental hipotética, a norma base (“Grundnorm”). Esta norma, por seu turno, por se tratar de uma hipótese, poderia ser livremente escolhida por cada jurista. Esta fase foi denominada de “livre escolha”.

Passado algum tempo e por influência de Verdross, Kelsen abandonou sua posição de neutralidade e passou a afirmar que a norma hipotética fundamental (“Grundnorm”) seria uma norma de Direito Internacional: a costumeira norma *pacta sunt servanda*.

Para o autor austríaco, ainda, o monismo seria mera consequência gnoseológica da teoria pura do direito, visto que a construção dualista – ou mesmo pluralista (caso levarmos em consideração a pluralidade das ordens jurídicas estaduais – seria insustentável, mesmo que de acordo com uma perspectiva lógica, na medida em que tanto as normas do direito internacional quanto a das ordens jurídicas estaduais devem ser compreendidas como normas simultaneamente válidas, e válidas de igual modo como normas jurídicas (KELSEN, 2009, p. 364).

Mais a frente, a escola realista francesa, capitaneada por Duguit e Politis, referendou o posicionamento de Kelsen e defendeu a primazia do Direito Internacional.

Há de se anotar, segundo Mello (2002, p. 112), que Kelsen, no princípio, não admitia a possibilidade de conflito entre as ordens internacional e local, já que seria impensável a antinomia entre uma norma inferior e outra superior que era daquela sua fonte e fundamento.

Essa maneira de pensar de Kelsen foi novamente abrandada pela influência de Verdross, passando o jurista austríaco a admitir a possibilidade de conflito entre as duas

ordens, dando origem ao que ficou conhecido como “monismo moderado”, substituindo o chamado “monismo radical” inicialmente proposto pelo aludido mestre.

Jorge Bacelar Gouveia (2010, p. 412) resume, então, o monismo com prevalência do direito internacional, mais adequado aos nossos tempos, como sendo dividido em duas grandes vertentes: a primeira radical, que implica a total e irrestrita prevalência do Direito Internacional sobre o Direito interno; já a outra, de cunho mais moderado, que admite a prevalência até determinada medida, reconhecendo a possibilidade de, em algumas situações, o Direito interno prevalecer ou, no mínimo, o Direito Internacional não interferir, o que, segundo o autor português solucionaria diversos problemas entre as relações do Direito Internacional com o Constitucional.

Importa salientar, por oportuno, que, entre nós, um importante adepto do monismo, com prevalência do Direito Internacional, foi Pontes de Miranda. O grande jurista alagoano apresentava o Direito Internacional como um círculo maior que abrange os Estados (círculos menores) e estes, por conseguinte, encontram-se submetidos ao Direito Internacional (MIRANDA, 1967, p. 96).

Ainda segundo o professor alagoano, o Direito das Gentes coloriria a periferia do Estado, enquanto o Direito interno coloriria o interior do Estado e constituiria o ordenamento jurídico da conduta humana, ligado a cada Estado; em síntese, Pontes de Miranda compreendia o Estado como periferia envolvida pelo Direito das Gentes (MIRANDA, 1967, p. 44). Neste norte, a comunidade estatal, para ele, fazia parte da comunidade supra-estatal e a existência daquela só teria sentido dentro da comunidade supra-estatal. É o que se pode extrair da seguinte lição:

A comunidade supra-estatal não se identifica com a comunidade dos Estados. A realidade mostra que é superficial e errada a identificação. Não só os Estados são elementos da comunidade supra-estatal. A comunidade dos Estados não tem outro sentido que o de parte da comunhão supra-estatal. A aparição de um Estado é, para a ordem jurídica supra-estatal e interestatal, como o nascimento do indivíduo para a ordem jurídica interna ou interestatal (MIRANDA, 1967, p. 64-65).

Importante destacar, pois de enorme valia para o nosso estudo, que, de acordo com Pontes de Miranda (1967, p. 90-91), a ordem jurídica estatal não seria absoluta nem suprema; se existe soberania, concebida no sentido de poder supremo, este se encontraria na comunidade supraestatal. Já a soberania dos Estados estaria reduzida ao poder de organizar a ordem jurídica e de atuar no vácuo deixado pelo Direito supraestatal.

Arremata o mestre alagoano: “Só o Direito das Gentes pode primar; para que o Direito interno pudesse primar, seria preciso que a legislação de um Estado, ou de alguns Estados, abrogasse ou pudesse ab-rogar regras de Direito das Gentes” (MIRANDA, 1967, p. 208-209).

Feitas essas considerações, importa frisar a observação de Mello (2002, p. 112), no que tange ao pseudo problema oriundo de um eventual conflito entre o Direito Interno e o Internacional.

Afirma o autor supra referido que, nesse caso, não haveria quebra da unidade do sistema jurídico, do mesmo modo que não há quebra da unidade do direito estatal quando existe um conflito entre a lei e a Constituição. O que importa é a predominância do direito internacional, que pode ser demonstrada em duas hipóteses: a) quando uma lei contrária ao direito internacional concede ao Estado “prejudicado” o direito de dar início a um processo de responsabilização internacional ou b) quando uma norma internacional colidente à lei interna não concede ao Estado “prejudicado” o direito idêntico ao da situação anterior.

Do mesmo modo que acontece com as teorias já estudadas, o monismo kelseniano (internacionalista) não está alheio às críticas. A principal delas é que esta teoria não se coaduna com a História, que nos ensina que o Direito Internacional é posterior ao Estado. Os monistas, no entanto, rebatem a esta crítica, afirmando que sua teoria é “lógica” e não “histórica”.

Buscando uma linha mais neutra, ao invés de conceituar e criticar as correntes, Francisco Rezek (2005, p. 5), preferiu o caminho da valorização dos méritos de cada uma delas:

[...] Os dualistas, com efeito, enfatizam a diversidade das fontes de produção das normas jurídicas, lembrando sempre os limites de validade de todo direito nacional, e observando que a norma do direito das gentes não opera no interior de qualquer Estado senão quando este, por tê-la aceito, promove sua introdução no plano doméstico. Os monistas kelsenianos voltam-se para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única, e denunciam, desde logo, à luz da realidade, o erro da ideia de que o Estado tenha podido outrora, ou possa hoje, sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença ao conjunto de princípios e normas que compõem a generalidade do direito das gentes. Os monistas da linha nacionalista dão relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, desse modo, ao culto da constituição, afirmando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras. Se é certo que pouquíssimos autores, fora do contexto soviético, comprometeram-se doutrinariamente com o monismo nacionalista, não menos certo é que essa ideia norteia as convicções judiciárias em inúmeros países do ocidente — incluídos o Brasil e os Estados Unidos da América —, quando os tribunais enfrentam o

problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno.

Acreditamos, no entanto, que, no atual estágio de desenvolvimento do direito, em especial do direito internacional, não há mais espaço para a compreensão que leve ao entendimento de que as normas oriundas do direito internacional não se comunicam com as normas do direito interno e vice-versa. É a teoria monista, seja em qual vertente que for a que melhor explica os fenômenos vivenciados no dia-a-dia prático da ciência jurídica.

5.1.3 Teorias conciliatórias

No entanto, é exatamente neste cenário de busca por vantagens de cada uma das teorias (monista e dualista) que surgem as correntes que as buscam conciliar.

O principal grupo, formado essencialmente por doutrinadores espanhóis (Antonio de Luna, Adolfo Miaja de La Muela, Mariano Aguilar Navarro e Antonio Truyol y Serra), defendem a existência de duas ordens jurídicas distintas, porém coordenadas sob um direito natural. “É em última análise a consagração do primado do direito natural” (MELLO, 2002, p. 113).

Mais adiante, o mesmo autor (MELLO, 2002, p. 113) ainda apontam as teorias apresentadas por Erich Kaufman, o qual trata da “ideia de direito”, a qual, por ser idêntica nas duas ordens jurídicas, seria o elemento de unidade entre elas, acrescentando, ainda, que “existem princípios que pertenceriam a uma ordem superior, que estão unidos à ideia de direito, que se impõem onde o direito seja aplicado”. Outros, ainda, segundo o referido jurista brasileiro, buscam fundamentar a unidade do Direito “falando em um sentimento jurídico (Drost), o que é uma noção vaga e imprecisa”.

Destaca, por fim, Mello (2002, p. 114), outros teóricos de linhas conciliatórias como Gustav Adolf Walz, que propôs um “pluralismo com subordinação parcial” (o Direito Internacional é direcionado aos Estados ou entes análogos, não influenciando diretamente o Direito Interno, vez que se tratariam de “duas espécies de Direito Internacional”) e Mironov, que pregava que o Direito Internacional e o Direito Interno possuem o mesmo valor, existindo entre eles “um elo indivisível”.

Apesar de todo esse esforço, essas teorias conciliatórias, no final das contas, apontam para a primazia do Direito Internacional, quando afirmam que haverá responsabilidade internacional quando um Estado e seu direito interno violam a ordem jurídica internacional.

Atualmente, podemos verificar, a partir das lições do jurista alemão Klaus Stern que, apesar de as teorias conciliatórias não terem tido impacto de grande relevância, o que observamos é que as doutrinas hoje são moderadas.

Teríamos, então, três métodos principais de inserção do Direito Internacional no Direito Interno: a) teoria da transformação, em que o Direito Internacional necessita ser convertido em norma interna, tal como ocorre no sistema norte-americano; b) teoria da execução, que exige um ato intraestatal e a norma de Direito Internacional não é transformada, permanecendo com a sua natureza primitiva; c) teoria da incorporação ou da adaptação que confere validade instantânea ao Direito Internacional no âmbito interno, havendo, por parte do Estado, apenas um ato de natureza declaratória (MELLO, 2002, p. 115).

Como se vê, malgrado a coexistência prática de teorias aparentemente antagônicas, é fato que a jurisprudência internacional tem se orientado em relação à prevalência do Direito Internacional.

Conclui Mello (2002, p. 115) o assunto, mais uma vez destacando que as normas internacionais, na maior parte das vezes, são direcionadas aos Estados, enquanto pessoas internacionais; desse modo, a totalidade do ordenamento jurídico estatal deve buscar se coadunar com o direito internacional. Seria impossível coexistirem duas ordens jurídicas contraditórias e válidas. Isso seria negar a unidade do Direito e mais ainda uma ordem jurídica é na totalidade das vezes superior aos sujeitos de direito o que, segundo Michel Virally, “negar sua superioridade significa negar sua existência”. Desse modo, pontifica Mello que um Estado pode incorrer em responsabilidade internacional mesmo quando a violação é cometida pela própria Constituição.

Já tratamos de situações nesse sentido neste trabalho, como na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso conhecido como “La última tentación de Cristo” – Olmedo Bustos e outros v. Chile – e Gelman v. Uruguai.

5.1.4 Os modelos de incorporação do Direito Internacional no direito interno

Malgrado o pensamento já apresentado acima, seguimos a lição de Jorge Bacelar Gouveia (2010, p. 415), segundo a qual existem dois principais modelos de incorporação do direito internacional ao Direito interno: o da transformação (com maior aplicação dentro da teoria dualista) e o da recepção (com maior aplicação dentro da teoria monista).

Para o professor português, o modelo da transformação implica que o direito internacional, ao chegar diante do Direito nacional/pátrio/estadual, deve mudar de natureza, “ficando as respectivas orientações do mesmo modo a valer no Direito Interno, mas a título de fonte interna, e não já a título de fonte internacional” (GOUVEIA, 2010, p. 415).

Segue o renomado autor afirmando que, já no modelo de recepção, ao contrário do que ocorre no de transformação, o Direito Internacional pode fazer parte do Direito interno com a manutenção de suas qualidades originais, inexistindo qualquer necessidade de realização de operação no seu título de validade (GOUVEIA, 2010, p. 415). A recepção, então, englobaria as modalidades mencionadas acima por Mello (2002, p. 115): teoria da execução e teoria da incorporação.

O modelo da recepção pode ainda se desdobrar em duas outras modalidades: a) recepção automática: esta ocorre naqueles Estados em que não há dependência de qualquer ato para que haja a integração do Direito Internacional ao Direito interno e, conseqüentemente, sua vigência; b) recepção condicionada: esta, por seu turno, ocorre quando a integração depende de um ato que condiciona a sua vigência, sem, contudo, modificar sua natureza.

Jorge Bacelar Gouveia (2010, p. 417) ainda aponta a uma distinção, que tem sido feita na doutrina, quanto a intensidade das matérias que são objeto da recepção. Afirma ele que se pode falar em recepção material, caso se trate de um conteúdo específico, ou formal, se for da fonte abstratamente considerada.

Anota, por fim, o mesmo autor a possibilidade de adoção, por um estado, dos dois sistemas (recepção e transformação), gerando um sistema misto (GOUVEIA, 2010, p. 418).

5.1.5 A aplicação dos modelos de incorporação do Direito Internacional no direito interno no direito comparado

A partir da análise das principais constituições ao redor do mundo, Jorge Bacelar Gouveia pode traçar um perfil de como se comportam alguns estados no que tange ao modelo de incorporação das normas de Direito Internacional frente ao Direito interno.

Iniciando pelo direito britânico e ultrapassando as dificuldades típicas de um sistema costumeiro, sem um texto formalmente constitucional, afirma o professor português que há uma primeira necessidade de se distinguir as soluções no Direito Internacional Costumeiro e no Convencional.

Segundo ele, no Costumeiro, é adotado o sistema de recepção automática, seguindo o brocardo “*International Law is part of the Law of the Land*”; já no Convencional, haveria a aplicação do modelo da transformação, já que é necessária a participação do parlamento, qual “produz um acto legislativo” (GOUVEIA, 2010, p. 419).

Seguindo praticamente a mesma linha britânica, nos Estados Unidos da América, no que tange ao Direito Internacional Costumeiro, aplica-se a já mencionada regra do “*International Law is part of the Law of the Land*” (GOUVEIA, 2010, p. 420). No Convencional, por sua banda, adota-se o modelo de recepção condicionada ao abono senatorial (GABSCH, 2010, p. 124).

Continuando a análise, no ordenamento italiano existem dois modelos adotados e uma certa confusão em relação a inserção do Direito Internacional no âmbito interno. Jorge Bacelar Gouveia (2010, p. 420) suspeita que isso ocorre em razão da influência dos pensamentos dualistas na dogmática do direito público da península itálica.

A parte introdutória da Constituição Italiana aponta para um internacionalismo, até mesmo ao ponto de uma incorporação automática do Direito Internacional na seara interna. É o que podemos extrair da dicção constitucional que afirma que a “A ordem jurídica italiana conforma-se com as regras do direito internacional geralmente reconhecidas”⁶².

Já no que tange ao Direito Internacional Convencional, vários dispositivos constitucionais italianos (a exemplo dos arts. 11 e 87, 8º §⁶³) apontam para um modelo de recepção condicionada das normas internacionais.

Quando analisamos o ordenamento alemão é possível verificar uma precisão não verificada no italiano, por exemplo.

A Lei Fundamental de Bonn de 1949 prevê a adoção do modelo de recepção automática, no caso das normas gerais de Direito Internacional Público (Direito Internacional Costumeiro), e a transformação, no caso do Direito Internacional Convencional, uma vez que,

⁶² Art. 10 - O ordenamento jurídico italiano se conforma às normas de direito internacional geralmente reconhecidas [...]. (Art. 10 - *L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.* [...].) (ITÁLIA, 2015).

⁶³ Art. 11 - A Itália repudia a guerra com instrumento de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolução das controvérsias internacionais; consente, em condições de paridade com os outros Estados, nas limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações; promove e favorece as organizações internacionais que visam essa finalidade; [...] Art. 87 - [...] Credenciar e receber os representantes diplomáticos, e ratificar tratados internacionais que têm, quando necessário, e foi autorizado pelas Casas Legislativas. (Art. 11 - *L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo;* [...] Art. 87 - [...] *Accredita e riceve i rappresentanti diplomatici, ratifica i trattati internazionali, previa, quando occorra, l'autorizzazione delle Camere.* [...]) (ITÁLIA, 2015).

por força do art. 59, § 2º, primeira parte, daquele Diploma Normativo, deverá a norma internacional ser apreciada e aprovada pelos órgãos competentes segundo a legislação federal, sob a forma de uma lei federal.

O direito francês, por sua vez, adota cláusulas constitucionais que apontam para um modelo de recepção automática das normas do Direito Internacional Público (normas de natureza costumeira). Já as normas convencionais, em regra, ingressam no ordenamento através do modelo de recepção condicionada, por força do que dispõe, por exemplo, o art. 53, 1º e 2º §, da Constituição Francesa⁶⁴.

Na Espanha, não há uma opção clara quanto ao modelo adotado em relação ao Direito Internacional Geral (costumes internacionais), apesar de a doutrina indicar que “este sector jurídico-internacional integra o Direito Interno” (GOUVEIA, 2010, p. 423-424), o que direciona ao modelo de recepção automática. Já em relação às normas internacionais de natureza convencional, há um entendimento, a partir dos dispositivos inseridos na Constituição espanhola, de que o modelo adotado é o da recepção condicionada.

Dentro do ordenamento português, o cenário é o mesmo da Espanha, porém com maior clareza em relação ao Direito Internacional Geral e em relação ao Direito Internacional da União Europeia, os quais são recepcionados automaticamente. Já o Direito Internacional Convencional, em Portugal, tem sua inserção no sistema jurídico a partir do modelo de recepção condicionada (GOUVEIA, 2010, p. 433-434; 436; 438).

No Brasil, entendemos que a Constituição Federal, tanto no que tange ao Direito Internacional Costumeiro, quanto em relação às normas veiculadoras de direitos humanos fundamentais ou mesmo o Direito Internacional Convencional, aponta para uma recepção condicionada. Porém, como se observará adiante, com desdobramentos diversos em relação a hierarquia, a depender do tipo de norma internacional (seja comum ou especial – de direitos humanos).

5.2 As relações de hierarquia entre o Direito Internacional e o Direito interno nos textos constitucionais

⁶⁴ Os tratados de paz, os tratados de comércio, os tratados ou acordos relativos à organização internacional, os que comprometem as finanças do Estado, os que alteram disposições de natureza legislativa, os que são relativos ao estado das pessoas, os que comportam cessão, troca ou adição de território somente podem ser ratificados ou aprovados em virtude de uma lei. São efetivados somente após terem sido ratificados ou aprovados. (*ARTICLE 53. Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés. [...]*) (FRANÇA, 2015, p. 18).

A partir da análise das Constituições Modernas, como já vimos acima e podemos verificar outros exemplos a seguir, vários são os Estados cujas Constituições detêm regras específicas acerca das relações hierárquicas existentes entre o Direito Internacional Público e o Direito interno.

Algumas legislações prescrevem a existência de cláusulas de recepção integral das regras do Direito Internacional pelo Direito interno, porém sem dar qualquer tipo de primazia ou vantagem de uma ou outra.

Outras legislações, por seu turno, igualmente possuindo cláusulas de recepção total das regras do Direito Internacional Público ao seu Direito local, tem, ainda, regras no sentido de conceder privilégio aquelas oriundas do Direito Internacional.

Por fim, há ainda aquelas legislações que nada prescrevem acerca das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

De toda sorte, adverte Piovesan (2013, p. 73) que

“A relação entre Direito Internacional e Direito Interno no passado era fundamentalmente um interessante problema teórico, que instigava os estudiosos do direito em debates puramente doutrinários; essa relação, hoje, transformou-se em um importante problema prático, primeiramente em face da crescente adoção de tratados, cujo escopo é não mais a relação entre Estados, mas a relação entre Estados e seus próprios cidadãos. (...) A eficácia desses tratados depende essencialmente da incorporação de suas previsões no ordenamento jurídico interno” (Virginia Leary, *International Labour Conventions and National Law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 1).

É exatamente em razão dessa advertência que passamos a discutir como o Direito Internacional tem sido incorporado nos ordenamentos jurídicos na atualidade.

5.2.1 Cláusulas de adoção das regras do Direito Internacional pelo direito interno sem qualquer disposição de vantagem ou primazia

A partir das Constituições analisadas e citadas pela doutrina mais abalizada (MAZZUOLI, 2011, p. 93), como exemplo de Lei Maior que adota a cláusula de adoção global das regras do Direito Internacional pelo Direito interno, sem qualquer disposição de vantagem ou primazia, poderíamos citar a Constituição Austríaca de 1920, a qual, em seu art.

9º, prescreve: “As normas geralmente reconhecidas do direito internacional são consideradas parte integrante da lei federal”⁶⁵.

A análise deste dispositivo da Constituição Austríaca aponta para a compreensão de que, naquele Estado, além de ao direito internacional ser atribuída a qualidade de parte integrante da lei federal é concedido aquele a mesma hierarquia das demais normas infraconstitucionais, sem qualquer espécie de primazia, podendo, segundo a lição de Mazzuoli (2011, p. 93), serem aplicadas na interpretação dessas a regra hermêutica *lex posterior derogat lex priori*.

Seguindo o mesmo sentido da legislação austríaca, temos a Constituição da Estônia, a qual preconiza em seu § 3º: “Os princípios e regras de direito internacional reconhecidos genericamente são uma parte inseparável do sistema legal estoniano”⁶⁶.

Do mesmo modo que ocorre com a legislação austríaca acima referida, no caso de antinomia entre o direito internacionalmente reconhecido e o direito interno da Estônia, deverá ser utilizada a regra hermenêutica da lei posterior derogar a anterior com ela conflitante.

Outro país que segue essa mesma fórmula é a Espanha. O art. 96, nº. 1, da Constituição Espanhola de 1978, determina que os tratados internacionais, validamente celebrados, assim que publicados oficialmente, fazem parte do ordenamento interno⁶⁷.

Apesar desta regra geral, de paridade entre a legislação internacional e a nacional, na Espanha, e, conseqüentemente, de utilização da regra hermenêutica de resolução de conflitos adotada na Áustria e na Estônia, já referida acima; no que tange aos tratados internacionais de defesa dos direitos humanos, como outrora mencionado no Capítulo II deste trabalho, o art. 10, nº. 2, prescreve que “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados

⁶⁵ Artigo 9 (1) As regras geralmente reconhecidas do direito internacional são consideradas como parte integrante da lei federal. (*Artikel 9. (1) Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechtes gelten als Bestandteile des Bundesrechtes*) (AUSTRIA, 2015, p. 9).

⁶⁶ § 3. A autoridade do Estado apenas será exercida em conformidade com a Constituição e as leis. Princípios e normas do Direito Internacional e universalmente reconhecidos são parte integrante do sistema jurídico da Estônia (§ 3º *Rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud põhimõtted ja normid on Eesti õigussüsteemi lahutamatu osa*) (ESTÔNIA, 2015).

⁶⁷ Artigo 96 – 1. Os tratados internacionais validamente celebrados, uma vez oficialmente publicados na Espanha, tornar-se-ão parte do direito interno. As suas disposições só podem ser revogadas, alteradas ou suspensas na forma prevista nos próprios ou em conformidade com as regras gerais do direito internacional. (*Artículo 96 - 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. [...]*) (ESPANHA, 2015, p. 22).

pela Espanha”, ou seja, no caso das normas veiculadoras de regramentos de defesa do ser humano, deverão ser privilegiadas essas regras, numa clara adesão ao princípio *pro homine*.

Em igual sentido, iremos verificar a Constituição Portuguesa de 1976⁶⁸ e a Constituição Peruana de 1993⁶⁹, as quais prescrevem a integração entre a legislação internacional e o seu direito interno, sem, entretanto, dar a uma ou outra qualquer prevalência.

Importa salientar, da forma como visto no Capítulo anterior, que, no caso das normas internacionais de direitos humanos, a Constituição portuguesa dá prevalência a estas em detrimento do direito interno, por força do que prescreve literalmente o seu art. 8.º, n.º 1: “Artigo 16.º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais) 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” (PORTUGAL, 2015, p. 5).

Tratando exatamente do tema, afirma José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 39) que os direitos fundamentais internacionais integram o direito português por serem considerados princípios de direito internacional geral (art. 8.º, n.º 1, da Constituição) ou por serem parte de convenções internacionais regularmente ratificadas e publicadas (art. 8.º, n.º 2). Em ambas as situações, eles são elencados pelo sistema jurídico português com a natureza de direitos fundamentais constitucionais (art. 16.º, n.º 1). Assim, para a doutrina lusitana, estes dispositivos fixam um sistema de recepção total do direito internacional geral e convencional, de uma maneira tal que as normas internacionais entram em vigor de modo automático na seara interna sem que, com isso, percam a sua característica internacional, ou seja, sem necessidade de se transformarem em normas de direito interno.

Devemos destacar que a adesão à recepção automática das normas internacionais veiculadoras de direitos fundamentais, como a que acontece em Portugal, recebeu elogios e sugestão de aplicação no Brasil por parte de alguns estudiosos do tema, a exemplo de George Sarmento (1997, p. 241).

5.2.2 Cláusulas de adoção das regras do Direito Internacional pelo direito interno com primazia daquele

⁶⁸ Artigo 8.º (Direito internacional) 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. [...]. (PORTUGAL, 2015, p. 3).

⁶⁹ Artigo 55 – Os tratados celebrados pelo Estado e em vigor formam parte do direito nacional (*Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*) (PERU, 2015, p. 14).

Vários outros Estados, por seu turno, tem atribuído hierarquia normativa superior aos tratados internacionais em geral em detrimento às leis internas em suas respectivas Constituições.

Dentre os Estados que tem trilhado esse caminho, podemos citar a Alemanha, que, em sua Carta Constitucional (*Grundgesetz*), no art. 25, prevê: “As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta para os habitantes do território federal”⁷⁰.

No mesmo sentido está o art. 55, da Constituição Francesa de 1958, a qual prescreve: “Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados possuem, desde a sua publicação, uma autoridade superior à das leis, sob reserva, para cada acordo ou tratado, da sua aplicação pela outra parte”⁷¹.

Apesar da disposição expressa, destaca Mazzouli (2011, p. 95) que a Corte Constitucional francesa apenas passou a admitir a prevalência do direito internacional sobre o direito interno, em caso de conflito, cerca de três décadas após a publicação da Lei Maior da França (1958), além do poder dos tribunais nacionais em refutar aplicação à legislação posterior conflitante.

Ainda nesse mesmo sentido está a recente Constituição Russa, a qual prescreve, em seu art. 15, nº. 4, que:

Os princípios reconhecidos publicamente, as normas do direito internacional e os tratados internacionais da Federação da Rússia fazem parte do seu sistema jurídico. Se um tratado internacional da Federação da Rússia estipula regras diferentes das estipuladas por lei, são utilizadas as regras do tratado internacional⁷².

⁷⁰ Art. 25 As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal (*Art 25 Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes*) (ALEMANHA, 2015, p. 8).

⁷¹ ARTIGO 55. Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior à das leis, sujeito, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte (*ARTICLE 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*) (FRANÇA, 2015, p. 19).

⁷² *Статья 15 [...] 4. Общеизвестные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора* (FEDERAÇÃO RUSSA, 2015).

Podemos ainda encontrar disposições semelhantes nas Constituições de Honduras de 1982⁷³; da Bielorrússia de 2004⁷⁴; da Bulgária de 1991⁷⁵; da Costa Rica de 1949, com a reforma de 1968⁷⁶; da Itália de 1948⁷⁷; da Grécia de 1975⁷⁸; de Andorra de 1993⁷⁹, do Paraguai de 1992⁸⁰; do Equador de 2008⁸¹; de El Salvador de 2012⁸², da Guatemala de 1985⁸³ e, inclusive, a dos Estados Unidos da América de 1787⁸⁴.

⁷³ Artigo 18 – Em caso de conflito entre o tratado ou convenção e a Lei prevalecerá o primeiro (*Artículo 18 En caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley prevalecerá el primero*). (HONDURAS, 2015).

⁷⁴ Art. 8º – A República da Bielorrússia reconhecerá a prioridade dos princípios de direito internacional universalmente adquiridos e assegurará que sua legislação se conformará; [...] A conclusão de acordos internacionais que contrariem a Constituição não será admitida (*Статья 8. Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства. [...] Не допускается заключение международных договоров, которые противоречат Конституции*). (BIELORRÚSSIA, 2015).

⁷⁵ Art. 5. [...] 4. Quaisquer instrumentos que tenham sido ratificados pelo procedimento estabelecido constitucionalmente, promulgados ou postos em vigor pela República da Bulgária, serão considerados parte da legislação doméstica do país. Em caso contrário, eles substituirão toda a legislação doméstica que estipula de outra maneira (*Чл. 5. [...] (4) Международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България, са част от вътрешното право на страната. Те имат предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат*). (BULGÁRIA, 2015).

⁷⁶ Art. 7. Os tratados públicos, os acordos internacionais e as concordatas, devidamente aprovados pela Assembleia Legislativa, terão desde a sua promulgação ou desde o dia que eles designem, autoridade superior à das leis. Os tratados públicos e os acordos internacionais referentes à integridade territorial ou à organização política do país, necessitarão de aprovação da Assembleia Legislativa, por votação não inferior às três quartas partes da totalidade de seus membros, e à de dois terços dos membros de uma Assembleia Constituinte, convocada para esse efeito. (*Artículo 7 - Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto*). (COSTA RICA, 2015).

⁷⁷ Art. 10 - O ordenamento jurídico italiano se conforma às normas de direito internacional geralmente reconhecidas [...] (*Art. 10 – L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*). (ITÁLIA, 2015).

⁷⁸ Artigo 28 – 1. As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação por regulamento e tornada em vigor de acordo com suas respectivas condições, devem ser parte integral da legislação doméstica grega e devem prevalecer sobre qualquer disposição contrária das leis [...] (*Άρθρο 28 1. Οι γενικά παραδεγμένοι κανόνες του διεθνούς δικαίου, καθώς και οι διεθνείς συμβάσεις, από την επικύρωσή τους με νόμο και τη θέση τους σε ισχύ σύμφωνα με τους όρους καθεμιάς, αποτελούν αναπόσπαστο μέρος του εσωτερικού ελληνικού δικαίου και υπερισχύουν από κάθε άλλη αντίθετη διάταξη νόμου. Η εφαρμογή των κανόνων του διεθνούς δικαίου και των διεθνών συμβάσεων στους αλλοδαπούς τελεί πάντοτε υπό τον όρο της αμοιβαιότητας*). (GRÉCIA, 2015, p. 41).

⁷⁹ Artigo 3. [...] 3. Andorra incorpora em seu ordenamento -os princípios de direito internacional público universalmente reconhecidos. 4. Os tratados e acordos internacionais se integram no ordenamento jurídico a partir de sua publicação no Boletim Oficial do Principado de Andorra, e não podem ser modificados ou derogados pelas leis (*Article 3 – [...] 3. Andorra incorpora al seu ordenament els principis de dret internacional públic universalment reconeguts. 4. Els tractats i acords internacionals s'integren en l'ordenament jurídic a partir de la seva publicació en el Butlletí Oficial del Principat d'Andorra, i no poden ésser modificats o derogats per les lleis*). (ANDORRA, 2015, p. 12).

⁸⁰ Artigo 137 Da Supremacia da Constituição – A Lei Suprema da República é a Constituição. Esta, os tratados, convênios e acordos internacionais aprovados e ratificados, as leis editadas pelo Congresso e outras disposições jurídicas de hierarquia inferior, sancionadas em consequência, integram o direito positivo nacional, na ordem de preferência anunciada. (*Artículo 137 De la supremacía de la Constitución – La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes*

Importa salientar, ainda, que nenhuma Constituição, neste aspecto de superioridade da legislação internacional, foi tão ousada quanto a holandesa de 2008⁸⁵, a qual prescreveu a suspensão da eficácia de normas internas quando colidentes com a legislação internacional ratificada pelo país ou com decisões de organizações internacionais.

5.2.3 Constituições omissas quanto à adoção das regras do Direito Internacional pelo direito interno

Apesar de, como visto, a esmagadora maioria das principais Constituições do mundo moderno tratar especificamente acerca dos critérios para adoção das regras do Direito Internacional pelo Direito interno, ainda existem estados que elaboraram suas Cartas Políticas sem uma regra clara sobre a matéria ou mesmo foram silentes em relação a esta, seja pelo fato de não possuírem uma escrita (a exemplo do Reino Unido e Israel) ou mesmo por ter sido simplesmente silente.

dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado). (PARAGUAI, 2015, p. 50).

⁸¹ Art. 425 – A ordem hierárquica de aplicação das normas será a seguinte: a Constituição, os tratados e convênios internacionais, as leis orgânicas, as leis ordinárias, as normas regionais e as ordenações distritais, os decretos e regulamentos, as ordenações, os acordos e as resoluções e os demais atos e decisões dos poderes públicos (*Art. 425 – El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos*). (EQUADOR, 2015, p. 186).

⁸² Art. 144. – Os tratados internacionais celebrados por El Salvador com outros estados ou com organismos internacionais, constituem leis da República ao entrar em vigências, conforma as disposições do mesmo tratado e desta Constituição. A lei não poderá modificar ou derogar o acordado em um tratado vigente para El Salvador. Em caso de conflito entre o tratado e a lei, prevalecerá o tratado (*Art. 144. – Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado*). (EL SALVADOR, 2015, p. 31).

⁸³ Art. 46 – Preeminência do Direito Internacional. Fica estabelecido o princípio geral de que em matéria de direitos humanos, os tratados e convenções aceitos e ratificados pela Guatemala, têm prevalência sobre o direito interno. (*Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno*). (GUATEMALA, 2015, p. 9).

⁸⁴ Artigo VI [...] Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos ditadas em virtude dela e todos os tratados celebrados ou que se celebrarem sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do País, e os juízes em cada Estado serão sujeitos a ela; ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados (*Article VI [...] This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding*). (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015).

⁸⁵ Artigo 95 – As disposições legais em vigor no Reino deixarão de se aplicar quando colidirem com disposições de tratados obrigatórias para todas as pessoas ou com decisões de organizações internacionais (*Article 95 – Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by international institutions that are binding on all persons*). (HOLANDA, 2015, p. 23).

Dentre as Constituições silentes da atualidade, podemos mencionar a brasileira de 1988. Compulsando a mesma, não é possível identificar qualquer cláusula de reconhecimento ou aceitação das normas de Direito Internacional pelo Direito interno, tal como ocorre nas Constituições anteriormente mencionadas como da Alemanha, França, Espanha, Portugal, etc.

Contudo, é notável que tal constatação não será válida quanto ao tratamento de normas internacionais de direitos humanos. Estas, por força dos dispositivos constantes nos § 2º e 3º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, podem ingressar no ordenamento jurídico nacional na qualidade de norma constitucional material, no caso do § 2º, ou formal (além de material), na hipótese do § 3º.

Ocorre que, para os fins deste trabalho, são exatamente estas normas que nos interessam (normas internacionais de direitos humanos), razão pela qual nos debruçaremos mais detidamente na explicação deste ingresso qualificado, especificamente no ordenamento brasileiro.

5.3 As relações hierárquicas entre as normas internacionais de direitos humanos e o direito interno no Brasil

Como já noticiado, o sistema constitucional brasileiro não adotou, expressamente, qualquer regramento acerca das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno. Contudo, a Carta Federal de 1988 trouxe, no que tange aos direitos humanos, veiculados por normas internacionais, um tratamento específico e privilegiado.

Esse tratamento redundava na possibilidade de que as normas internacionais de direitos humanos possam ingressar no ordenamento jurídico nacional brasileiro sob status constitucional, seja exclusivamente material ou ainda material e formal.

5.3.1 A abertura do catálogo de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: significado e alcance do conceito material de direitos fundamentais

Se observarmos a regra contida no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, verificaremos que esta trilha o mesmo caminho do tradicional direito constitucional brasileiro republicano, desde a Constituição de 1891, com pequenas alterações, em especial “muito mais

no que diz com a expressão literal do texto do que com a sua efetiva *ratio* e seu *telos*⁸⁶ (SARLET, 1996, p. 8).

Esta regra, como nos ensina Sarlet (1996, p. 8), é inspirada nas disposições constantes na IX Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América⁸⁷, a qual, por seu turno, acabou influenciando outras ordens constitucionais pelo mundo, a exemplo da portuguesa de 1911.

A Emenda norte-americana inaugura o entendimento de que, além do conceito formal de Constituição (e, conseqüentemente, de direitos fundamentais), existe um material. Ou seja, existem direitos que, por seu conteúdo substancial, mesmo não constando expressamente do catálogo constitucional, pertencem ao corpo fundamental da Lei Maior de um Estado⁸⁸.

No caso do Brasil, é possível analisar que o rol constante do art 5º, da Constituição Federal de 1988, apesar de extenso e muitas vezes prolixo⁸⁹, não possui cunho taxativo.

É exatamente o que ocorre, observando o direito comparado, por exemplo, na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 16, n.º 1).

Destaca Sarlet (1996, p. 8) que, malgrado a inexistência de cláusula expressa no mesmo sentido na Lei Fundamental de Bonn de 1949, esta regra tem tido aceitação também na doutrina e jurisprudência alemãs, “onde se aponta para a função similar do art. 2º (direito geral de personalidade), que permitiria alguns desenvolvimentos”.

Ainda o mestre brasileiro destaca que a doutrina nacional, ao tratar da matéria, apenas cita a regra, menciona sua função hermenêutica e consagra em nosso país a teoria dos direitos fundamentais implícitos ou decorrentes. Assim, é pacífico o entendimento doutrinário que a regra constante no art. 5º, § 2º, da Carta Cidadã de 1988, implica a impossibilidade de se adotar o princípio hermenêutico tradicional do *inclusio unius alterius est exclusius*, mas

⁸⁶ Esta tradição foi iniciada a partir da Constituição de 1891 (art. 78) e repetida, sem exceções, nas Constituições seguintes, inclusive na Constituição vigente. Assim, estava presente a regra em comento nas Constituições de 1934 (art. 114), 1937 (art. 123), 1946 (art. 144), 1967 (art. 150, § 35) e na Emenda nº 1 de 1969 (art. 153, § 36).

⁸⁷ IX Emenda (1791) – A enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada para negar ou coibir outros direitos do povo. (*Amendment IX (1791) The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*). (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015).

⁸⁸ Se observarmos na doutrina estrangeira, notadamente a portuguesa, que tem grande influência no direito brasileiro, esse catálogo de normas de natureza constitucional, que porém não está formalmente posto, possui várias denominações. Jorge Bacelar Gouveia (1995, p. 40) os denomina de “direitos fundamentais atípicos”; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (1993, p. 115-116) os chama de direitos fundamentais sem expresse “assento constitucional”; José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 75) os classifica como “direitos extraconstitucionais” e Jorge Miranda (2000, p. 7-12) denomina de “direitos fundamentais em sentido material” e não “em sentido formal”.

⁸⁹ Veja-se, por exemplo, as várias repetições acerca da igualdade constante no art. 5º, da Constituição Federal (“todos são iguais”, “sem distinção de qualquer natureza”, “homens e mulheres são iguais”, etc). Talvez, o número de repetições do termo seria drasticamente reduzida se aplicada a seguinte regra básica: “todos os seres humanos são iguais”.

aquele que aponte que, na Constituição, também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implicitamente e indiretamente pode ser deduzido, doutrina esta que se encontra perfeitamente sedimentada em toda a história do constitucionalismo republicano, mas que, nem por isso (e talvez por isso mesmo), não carece de outros desenvolvimentos (SARLET, 1996, p. 8).

Um dos primeiros estudiosos a tratar da possibilidade de existirem direitos constitucionais fundamentais fora do catálogo expresso e tratando exatamente de parte importante do cerne deste trabalho (o duplo grau de jurisdição) foi exatamente o Professor Ingo Wolfgang Sarlet, em artigo intitulado “Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais”, sendo seguido por outros na sequência. Dentre eles, recentemente, com destaque, podemos mencionar Valério Mazzuoli de Oliveira, em artigo denominado, “O direito ao duplo grau de jurisdição como elemento da proteção dos direitos humanos”, o qual, coincidentemente ao que pregou Ingo Sarlet uma década antes, apontou o duplo grau de jurisdição como, utilizando a nomenclatura dada pelo Prof. Jorge Bacelar Gouveia (1995, p. 40), norma constitucional atípica.

Passando à esfera jurisdicional no Brasil, podemos destacar, por oportuno, a decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7/DF, com a relatoria do então Ministro Sydney Sanches, na qual se discutiu a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93 e da Lei Complementar nº 77/93 no que diz com a criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira).

Nesta demanda, várias questões foram discutidas, porém, uma delas nos chama maior atenção dada a quebra paradigmática realizada.

No julgamento, foi reconhecido, de forma expressa, que o princípio da anterioridade, positivado no art. 150, inciso III, alínea “b”, da Carta Cidadã de 1988, é lastreado nas disposições do art. 5º, § 2º, do mesmo Diploma Maior, real direito e garantia fundamental do cidadão.

Esse processo, na ótica dos constitucionalistas, consagrou, definitivamente e sem margens para dúvidas, o princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais da nossa Constituição.

Vejam, pois, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio Mello nesse julgado:

[...] **não temos, como garantias constitucionais, apenas o rol do artigo 5º da Lei Básica de 1988.** Em outros artigos da Carta encontramos, também, princípios e garantias do cidadão, nesse embate diário que trava com o Estado, e o objetivo maior da Constituição é justamente proporcionar uma certa igualação das forças envolvidas - as do Estado e as de cada cidadão considerado de *per se* [...] Veja V. Ex.^a. que **o Diploma Maior admite os direitos implícitos, os direitos que decorrem de preceitos nela contidos e que, portanto, não estão expressos** [...]. (STF, ADIn 939-7 - DF, Min. Marco Aurélio Mello. p. 259). (com grifos).

Percebe-se, então, que, no âmbito desse reconhecimento, está inserida a ideia da diferença entre os direitos formais e materialmente fundamentais/constitucionais (distinção de grande relevância para este trabalho), apontando que o ordenamento jurídico brasileiro seguiu as linhas mestras traçadas pela Constituição Portuguesa de 1976 e trouxe para si um vasto campo de valores e princípios, “que, por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do constituinte, mas que também encontra respaldo na ideia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo” (SARLET, 1996, p. 9).

Adverte, ainda, Sarlet (1996, p. 9) que, mesmo se utilizando a via do direito natural, não se pode negar que a elaboração de um conceito material de direitos fundamentais, bem como de Constituição, deve passar, necessariamente, pela consideração da ordem de valores dominantes (no sentido de livremente aceita pela maioria), além das circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma certa ordem constitucional.

Há de se ressaltar, outrossim, que, malgrado a novidade no âmbito jurisprudencial, a distinção entre direitos fundamentais no sentido formal e material não era objeto de maiores divergências no cenário doutrinário luso-brasileiro, como se pode observar, por exemplo, na obra já referida do Professor Jorge Bacelar Gouveia.

Arrematando, em síntese, a distinção entre direitos fundamentais formais e materiais, define Sarlet (1996, p. 9) que os direitos fundamentais, na sua perspectiva formal, são posições jurídicas da pessoa, em seu aspecto individual, coletivo ou social, que, por força da vontade legislativa constitucional, foram elevadas ao rol de direitos fundamentais (*lato sensu*); já os direitos fundamentais em sentido material seriam aqueles que, inobstante estarem formalmente fora do catálogo próprio da Constituição, dado o seu conteúdo e importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.

Assim, do mesmo modo mencionado acima pelo Ministro Marco Aurélio Mello e com sustentáculo no que prescreve o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, podemos concluir a existência de duas espécies de normas, no âmbito dos direitos fundamentais: a) normas formal e materialmente fundamentais; b) normas apenas materialmente fundamentais (sem assento

no texto constitucional, caso utilizemos a expressão de Gomes Canotilho e Vital Moreira, outrora mencionada), devendo, ainda, ser citada a parcela da respeitável doutrina a qual defende a existência de uma terceira espécie dessas normas, a dos direitos apenas formalmente fundamentais.

Sobre essa distinção e seus efeitos, vale destacar, por oportuno, a lição de conclusão do Professor Ingo Sarlet (1996, p. 9), segundo o qual a doutrina ainda não está pacífica no que tange ao espaço assumido pelos direitos materialmente constitucionais, incluindo aqueles que não se encontram no rol formalmente próprio, quando comparamos com os que estão expressamente previstos no catálogo, em especial em relação a equiparação no que toca ao seu regime jurídico.

Outro ponto crucial trazido por Sarlet (1996, p. 9) é a dificuldade conceitual de se definir quais direitos que se encontram fora do catálogo expresso da Constituição que podem ser elevados à condição de normas materialmente fundamentais, já que a construção de um critério lógico de localização de direitos fundamentais fora do catálogo, bem como os limites em relação a essa atividade, acabam se revelando uma matéria difícil e repleta de grande subjetividade.

Por fim, um outro ponto relevante que torna a atividade de identificação dos direitos materialmente constitucionais difícil é o fato de que as fontes desses direitos, elencados fora do catálogo, tanto podem ter base em outras partes do texto constitucional ou mesmo serem oriundas de outros textos legais locais ou internacionais (SARLET, 1996, p. 9).

Apesar dessas “dificuldades” apontadas pelo professor gaúcho, trilhamos o caminho que defende a existência desse catálogo aberto, notadamente para a recepção material constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, o que tem desdobramentos importantes para a conclusão deste trabalho.

5.3.2 Existem direitos materialmente fundamentais individuais e sociais?

Apesar de não ser este o cerne de nosso trabalho, temos, na defesa do argumento acerca da existência de normas materialmente fundamentais fora do catálogo expresso da Constituição, que enfrentar essa discussão.

Analisando textualmente a previsão constante no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, não temos dúvida quanto à aplicação de sua regra básica a todos os direitos, tanto individuais, quanto sociais, haja vista a ausência de qualquer tipo de exceção expressa àquela.

Há de se anotar, igualmente, que, apesar de estarem localizados em um capítulo próprio no bojo da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais estão elencados no título referente aos direitos e garantias fundamentais.

Urge frisar, por oportuno, na esteira da lição de Sarlet (1996, p. 10), que no plano internacional há uma pacificação quanto ao entendimento que coloca ambos os grupos mencionados (direitos individuais e sociais) como abrangidos pelo “manto da fundamentalidade”.

Importa ressaltar que a estrutura organizacional do Estado Brasileiro é alicerçada na própria Constituição que expressamente o qualificou como Estado Social e Democrático de Direito, consoante lição precisa do mestre Paulo Bonavides (2004, p. 370-373). Esta qualificação acaba impondo uma interpretação que eleve a consideração da natureza fundamental dos direitos sociais.

5.3.3 Na busca de um conceito material de direitos fundamentais

Pode-se, em uma primeira vista, questionar o motivo de se buscar um conceito material de direitos fundamentais. Contudo, a análise dos mais diversos sistemas constitucionais ao redor do mundo nos impõe essa importante tarefa. Por isso, nos ensina Canotilho (2003, p. 379-380):

Prima facie, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16.71.º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (JORGE MIRANDA). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe «norma com *fattispecie* aberta» (BALDASSARE) que, juntamente com uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.

Considerando, então, a importância do tema, podemos observar, na doutrina mais abalizada, a existência de interessantes teses acerca da classificação dos direitos elencados nas

Constituições. Contudo, visando um melhor aproveitamento para nosso estudo, concentraremos nossa atenção aos estudos direcionados à Constituição Brasileira de 1988.

Para Piovesan (2013, p. 75-76), os direitos fundamentais, no âmbito da nossa Constituição, estão arrançados em três grupos diversos, sendo o primeiro o dos direitos efetivamente expressos na Constituição, elencados no art. 5º, do Texto Maior; um segundo grupo constituído dos direitos expressos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte; e, por derradeiro, um terceiro grupo, como sendo o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

Dentre estes, para a finalidade de nossa pesquisa, terá maior relevância à análise dos relacionados no segundo grupo.

Importa deixar claro que tanto os direitos expressos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, quanto os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ensejam o entendimento da existência de normas de conteúdo constitucional fora do catálogo constitucional expresso.

Contudo, ao contrário do que ocorre com os chamados direitos implícitos, cuja tangibilidade é bastante complexa, com uma listagem normativa vaga e imprecisa, quando tratamos dos direitos expressos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, temos um rol extremamente fechado, sem margem para discussões. Ou existe o tratado internacional ou não; ou o Brasil é signatário ou não é.

Anote-se que, apesar de ser uma via tormentosa e ousada, a Constituição Brasileira de 1988, ao contrário do que ocorreu com a Portuguesa de 1976, abriu margem para a existência de normas de natureza constitucional oriundas da via interpretativa (“decorrente do regime e dos princípios” – art. 5º, § 2º, da CF), o que falar, então, daquelas que expressamente constam em um texto escrito e acatado pelo Estado Brasileiro na forma de um tratado? Obviamente que estes devem ser reconhecidos como parte da Constituição.

É precisa a lição de Piovesan (2013, p. 76), quando afirma que eventual crítica quanto a imprecisão, o subjetivismo e a elasticidade que poderia ter os chamados direitos implícitos não ocorre em relação aos direitos expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, já que estes fixam um universo claro e preciso. Não é necessário grande esforço para identificar o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos no Brasil, bastando verificar quais foram ratificados pelo país.

Essa questão da abertura material dos direitos fundamentais constitucionais, inclusive, segundo afirma Sarlet (1996, p. 12), chegou a ser tratada por dois dos principais juristas da história do nosso país: Ruy Barbosa e Pontes de Miranda.

A amplitude do rol de direitos fundamentais é patente haja vista a dificuldade óbvia de se apontar e proteger a totalidade dos direitos, valendo aqui a transcrição de interessante lição de Carlos Maximiliano, citada por Sarlet (1996, p. 12), segundo a qual é impossível especificar todos os direitos e mencionar todas as liberdades. É a junção da norma, dos ensinamentos doutrinários e a jurisprudência que faz surgir a completude da obra. Desse modo, não é constitucional somente o que está expressamente previsto na Lei Maior, mas também aquilo que se obtém a partir do sistema por ele fixado, assim como o conjunto das franquias dos sujeitos e dos povos consagrados universalmente.

Ainda Sarlet (1996, p. 12) menciona Paulino Jacques, segundo o qual, o constituinte, ao fazer referência textual aos termos “regime” e “princípios”, quis permitir o reconhecimento e a garantia de outros direitos que os reclames sociais e dos tempos quisesse exigir. Seria, pois, uma cláusula de consagração dos princípios de equidade e de construção jurisprudencial, típicos do sistema anglo-americano, e que acabam penetrando em nosso sistema jurídico. Por fim, arremata que a expressão “regime” é ampla e avança ao ponto de se considerar a forma de associação política e os “princípios” da Constituição como geradores de direitos.

O que se pode observar a partir dessas leituras é que o sistema constitucional brasileiro tem uma característica singular, que a diferencia de outros sistemas, pois, como está se podendo ver, o modelo brasileiro consagrou, no art. 5º, § 2º, da Lei Maior, uma extensa amplitude conceitual aberta de direitos materialmente constitucionais, permitindo a assimilação de normas materialmente fundamentais não-escritas (aqui compreendidas na acepção de “não-expressamente positivadas”), além de normas fundamentais inseridas em outras localidades do texto constitucional (fora do rol do art. 5º) e nos tratados internacionais.

Essa assimilação é, doutra banda, de grande importância para permitir a fixação de determinados critérios que possam ser utilizados como parâmetros na tarefa de identificação desses direitos.

Veja-se que o aludido dispositivo reza que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ora, se realizarmos uma interpretação gramatical dessa norma, em especial no que tange a sua primeira parte, não teremos grandes avanços, porém, quando realizamos a interpretação

teleológica do mesmo, notadamente dos termos abertos “regime e princípios”, a situação se modifica, podendo ensejar importantes variáveis.

Contudo, ainda que nos acomodemos e realizemos a análise apenas dentro de um aspecto literal de interpretação normativa, já podemos concluir que:

a) os direitos compreendidos como materialmente constitucionais e que se encontrem fora do catálogo devem necessariamente decorrer do regime e dos princípios contemplados pela Carta;

b) ou devem ser oriundos dos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Seguindo esta linha interpretativa, é possível se identificar dois importantes questionamentos que devem ser analisados para a caracterização dos direitos materialmente fundamentais: a) esses critérios são ou não alternativos, uma vez que a Carta Maior faz uso da conjunção “ou”; e b) qual o real conteúdo das expressões “regime” e “princípios”.

Para a solução desses questionamentos, com importante clareza, trazemos a lição de Sarlet (1996, p. 13), segundo o qual é razoável entender que o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal abarca as disposições inseridas no Título I, artigos 1º a 4º (Dos Princípios Fundamentais), nos quais estão sedimentados os contornos basilares do Estado Democrático e Social de Direito que individualizam a República Federativa do Brasil.

Há de se anotar que, nesse título, mais que o regime da social-democracia consagrado pela nossa Carta, estão fixados os fundamentos, os objetivos e os princípios fundamentais que conduzem o Estado brasileiro, tanto na esfera interna quanto na seara internacional.

Assim, prossegue Sarlet (1996, p. 13), somente nesta compreensão é que as expressões “regime” e “princípios” podem ser colocadas de um modo lógico e objetivo no contexto de um conceito material, sob pena de chegarmos ao extremo de gerar novos direitos fundamentais tomando como base qualquer outra disposição contida na Carta da República, especialmente a partir das várias normas de cunho programático, o que acabaria gerando uma ampliação possivelmente inútil e certamente ainda indesejável, do catálogo.

Anota Sarlet (1996, p. 13) que mesmo a nossa Constituição não conhecendo regra similar à que está contida no artigo 17 da Constituição portuguesa, que trata dos “direitos análogos”⁹⁰, o art. 5º, § 2º, da nossa Constituição poderia ser interpretado de modo tal que os direitos materialmente fundamentais somente poderiam ser compreendidos como aqueles que

⁹⁰ Os Direitos Fundamentais “análogos”, mencionados no art. 17 da Constituição Portuguesa de 1976, referem-se tão somente aos Direitos, Liberdades e Garantias do Título II e não aos Direitos Sociais (Título III). Somente para o primeiro grupo (direitos análogos), aplica-se o regime específico e mais rigoroso dos Direitos, Liberdades e Garantias, como, por exemplo, o fato de constituírem limites materiais à revisão constitucional. Neste sentido, para efeitos de uma visão sintética e panorâmica sobre o assunto, J. Casalta Nabais, *BMJ*, n. 400, p. 21 e segs. Também J. Miranda, *RDP*, n. 82, p. 17 e segs.

se achem latentes (implícitos) nos preceitos definidores de direitos e garantias da Constituição, do mesmo modo que aqueles com registro em outras partes do texto constitucional e que correspondam às exigências principiológicas dos artigos 1º a 4º da nossa Carta, ou seja ao “regime” e “princípios” por ela adotados, bem como conservarem a devida relação com os direitos fundamentais constantes do catálogo, aos quais podem ser equiparados.

Apesar dessa situação peculiar em relação aos direitos implícitos, como já mencionado acima e na linha defendida por Piovesan em citação supra, Sarlet (1996, p. 13) entende que a situação é diferente em relação aos direitos fundamentais consagrados em tratados internacionais firmados pelo Brasil, pois, ao que aparenta a interpretação gramatical do texto constitucional, não foram abrangidos por esta restrição (“decorrentes do regime e dos princípios... ou dos tratados internacionais...”).

Mesmo inexistindo aparente restrição, destaca Sarlet (1996, p. 13) que os direitos de natureza internacional, malgrado não serem especificamente direitos implícitos ou decorrentes, não podem conflitar com as normas constitucionais em geral, bem como com os princípios fundamentais dos artigos 1º a 4º ou com os direitos fundamentais do catálogo. É uma relação diversa da outra categoria (direitos decorrentes do regime e princípios), mas que, igualmente, não pode ser negligenciada.

É possível, ainda, questionar acerca da existência de normas fundamentais constitucionais com nascedouro infraconstitucional. Nesse sentido, devemos ter um pouco de calma e cautela, uma vez que, ao contrário do que prescreve a Constituição Portuguesa de 1976, em seu art. 16⁹¹, a Constituição Brasileira, no dispositivo em estudo, em nenhum instante faz uso da expressão “lei”.

Desse modo, impensável é a compreensão de que normas infraconstitucionais possam, de uma hora para outra, serem erigidas a categoria constitucional, pois, o que se sabe tradicionalmente é que aquelas tem a precípua função de tornarem as normas fundamentais previstas na Constituição aplicáveis, seja através da concretização, densificação ou mesmo da regulamentação destas.

Feitas essas considerações, imperiosa é a materialização de um conceito claro de direitos fundamentais.

Para essa tarefa, considerando a inexpressiva produção nacional pura sobre o tema, faremos uso das lições de José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 79-80), que, malgrado estar

⁹¹ Art. 16, 1. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes **das leis** e das regras aplicáveis de direito internacional (PORTUGAL, 2015). (com grifos).

direcionado à análise do sistema português, pode perfeitamente ser trazido à nossa realidade, haja vista se tratarem de modelos semelhantes.

Afirma o professor português que o elemento nuclear da matéria dos direitos fundamentais é composto “por posições jurídicas subjetivas consideradas fundamentais e atribuídas a todos os indivíduos ou a categorias abertas de indivíduos” (ANDRADE, 2012, p. 79), sendo chamado de “radical subjetivo” e carácter preponderante na estrutura dos direitos fundamentais.

O segundo elemento apresentado pelo mestre lusitano é a função protetiva e garantidora de certos bens jurídicos dos indivíduos ou de suas “posições ou relações na sociedade que sejam considerados essenciais ou primários”, arrematando sua lição ao afirmar que “os preceitos que não atribuam posições jurídicas subjetivas só pertencem a matérias dos direitos fundamentais se contiverem normas que se destinem diretamente e por via principal a garantir essas posições jurídicas” (ANDRADE, 2012, p. 79).

Por fim, atesta o autor que os direitos fundamentais tem uma meta específica que é a explicitação de uma ideia de homem, que juridicamente é manifestada na Constituição Portuguesa [assim como ocorre na Brasileira], através do princípio da dignidade da pessoa humana (ANDRADE, 2012, p. 80).

É, exatamente, para ele, a compreensão conjunta desses elementos que definem a matéria dos direitos fundamentais, permitindo uma adequada conceituação material dos direitos fundamentais.

Essa conceituação material dos direitos fundamentais proposta por José Carlos Vieira de Andrade, no entanto, não passou ilesa a críticas⁹², o que, contudo, não lhe retira a qualidade, devendo ser ponto de partida para as análises, podendo ser complementada e adaptada às peculiaridades de cada sistema nacional.

⁹² Esses critérios são objeto de crítica por parte de Canotilho. Segundo o referido mestre português, esses critérios não são constitucionalmente adequados já que a própria Constituição Portuguesa [devemos lembrar que tanto o crítico quanto o criticado se referem a legislação constitucional lusitana] “inclui, *expressis verbis*, na categoria de direitos, liberdades e garantias, direitos de pessoas colectivas, designadamente direitos de organizações políticas e sociais (arte. 40.º, 54.º, 56.º e 57.º)”, bem como, se por um lado, “qualifica, expressamente, como direitos, liberdades e garantias, direitos positivos a acções ou prestações do Estado (exs.: art. 40.º, relativo ao direito de antena, e art. 35.º referente ao direito à informática). Por outro lado, os destinatários dos direitos, liberdades e garantias não são apenas os poderes públicos, mas também as entidades privadas (exs.: art. 36.73, referente aos direitos dos cônjuges; art. 53.º, relativamente aos direitos dos trabalhadores; art. 57.º, relacionado com o direito de greve). Finalmente, em terceiro lugar, mesmo quando uma das dimensões materiais é a inexistência de agressão ou coacção por parte do Estado, isso não significa que eles não se configurem, igualmente, como direitos à prestação estadual das condições de exercício de liberdade (exs.: o direito à vida, consagrado no art. 24.71, significa não apenas direito a não ser morto, mas também direito a viver, no sentido do direito a dispor de condições de subsistência mínimas)”. (CANOTILHO, 1999, p. 523-524).

Em suma, esses critérios apontados por José Carlos Vieira de Andrade, inobstante as críticas e a sua necessidade de aperfeiçoamento, levando em consideração às especificidades de cada um dos sistemas constitucionais aos quais forem levados em conta, servem, como afirma Sarlet (1996, p. 15), “como instrumental auxiliar, como bússola sugerindo um caminho mais seguro, do que como normas absolutas de interpretação. Se puderem facilitar o trabalho no caso concreto, certamente já terão justificado sua existência”.

5.3.4 Direitos materialmente fundamentais: exemplos

É bastante óbvio, por força do que já expusemos, que a identificação de direitos materialmente fundamentais no ordenamento nacional, sejam formalmente constitucionais ou não, pode ser, de algum modo, sujeito a análises subjetivas, notadamente quando se verifica uma falta de exemplificações concretas na doutrina pátria.

Apesar dessa carga de subjetividade, igualmente na linha já demarcada no último tópico, é necessário que separemos dois grandes grupos de direitos materialmente fundamentais: aqueles que se encontram dentro do bojo constitucional e aqueles que se encontram fora dos limites da Constituição formal, ou seja, nos tratados e convenções internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faça parte.

5.3.4.1 Direitos materialmente fundamentais alheios ao rol próprio, mas com *status* constitucional formal

Como já nos referimos anteriormente, existem direitos materialmente fundamentais que se encontram espalhados em capítulos localizados fora do rol próprio da Constituição Federal.

Obviamente que, nessa situação, os riscos de uma classificação constitucional equivocada são reduzidos em grande medida, uma vez que os direitos serão sempre de natureza constitucional, podendo haver falha apenas no que toca a identificação do mesmo em relação à fundamentalidade.

Sarlet (1996, p. 15) afirma que, no caso brasileiro, é muito difícil a exemplificação de direitos materialmente constitucionais fora do catálogo, mas com status formalmente constitucionais, uma vez que os poucos exemplos destes são encontrados em obras anteriores à atual Constituição e que nesta acabaram sendo incorporados ao catálogo típico.

O professor gaúcho, então, após uma análise mais minuciosa do texto constitucional, arrisca apontar alguns exemplos de direitos materialmente fundamentais que se encontram espalhados em outros espaços da Lei Maior. Desse modo, afirma ele que o direito de acesso isonômico aos cargos públicos (art. 37, inciso I), igualmente mencionado pela doutrina germânica; os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (art. 37, incisos VI e VII); a legitimação ativa para a iniciativa legislativa popular (art. 61, § 2º), que pode ser considerada como direito de participação política; as restrições constitucionais ao poder de tributar (art. 150, incisos I a VI); o direito à livre expressão do pensamento, criação, e informação (art. 220); o direito ao planejamento familiar (art. 226, § 7º); a proteção da entidade familiar (art. 226, § 3º) como espécie de garantia de instituto; e o direito dos filhos a tratamento isonômico e não-discriminatório (art. 227, § 6º) são, indubitavelmente, normas formalmente constitucionais aptas de se individualizarem como posições subjetivas e inalteráveis do indivíduo (isolada ou coletivamente), e que, ainda, revelam clara inquietação com a defesa da dignidade humana e da liberdade, fundando-se, desse modo, em direitos materialmente fundamentais ou aptos de serem compreendidos nesta categoria. (SARLET, 1996, p. 15-16).

No âmbito dos direitos sociais, aponta o mesmo autor que seriam exemplos de direitos fundamentais, especialmente na parte relativa à ordem social, tais como o direito à utilização gratuita dos transportes públicos coletivos para pessoas com mais de 65 anos de idade (art. 230, § 2º), o direito à proteção do meio ambiente (art. 225), o direito à assistência social (art. 203), o qual, mesmo sendo uma norma classificada como não auto-aplicável, já foi devidamente materializada pelo legislador ordinário. Além destes, podem ser consideradas algumas normas de natureza tipicamente programática, em especial os arts. 196 (direito à saúde), 205 (educação), 208, inciso I (ensino fundamental obrigatório e gratuito), 215 (garantia do exercício dos direitos culturais), 217 (fomento do desporto), entre outros. (SARLET, 1996, p. 16).

Devemos anotar, outrossim, que, com o advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004 e com a inclusão no texto constitucional do § 3º, ao seu art. 5º, foi aberta a possibilidade da concessão de natureza constitucional formal a direitos humanos que se encontram fora, inclusive, do catálogo formal da Constituição e veiculados através de tratados internacionais, desde que obedecidas determinadas formalidades⁹³.

⁹³ Art. 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Neste cenário, até o presente momento, só podemos apresentar como exemplos de direitos materialmente fundamentais, mas fora do catálogo típico constitucional, os oriundos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

Inobstante a ocorrência de tal situação, Piovesan (2013, p. 83) destaca que esta novel previsão constitucional em nada altera o entendimento anterior existente em relação ao alcance do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, pois é possível verificar que os tratados de proteção dos direitos humanos que foram ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, superando, inclusive, o quórum dos três quintos dos membros em cada Casa, contudo, deixaram de ser aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, pelo fato de que o procedimento de dois turnos não era previsto.

Prossegue Piovesan (2013, p. 83-84) que atentaria a razoabilidade defender que os tratados de direitos humanos outrora ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais recebessem hierarquia constitucional somente em razão de seu quórum de aprovação. Para tal posicionamento, a autora busca fundamento nas lições de Celso Lafer, para quem o novo parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, é tão somente uma norma interpretativa com o intuito de encerrar todas as discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca do alcance do § 2º, do já referido dispositivo constitucional.

Finaliza Piovesan (2013, p. 83-84) destacando que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente a inclusão do § 3º, ao art. 5º, por força da Emenda Constitucional nº. 45/2004, tem hierarquia constitucional, sendo normas material e formalmente constitucionais. Para tal posicionamento, a autora aponta quatro argumentos principais:

a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro. Sustenta-se que essa interpretação é absolutamente compatível com o princípio da interpretação conforme a Constituição. Isto é, se a interpretação do § 3º do art. 5º aponta a uma abertura envolvendo várias possibilidades interpretativas, acredita-se que a interpretação mais consonante e harmoniosa com a racionalidade e teleologia constitucional é a que confere ao § 3º do art. 5º, fruto da atividade do Poder Constituinte Reformador, o efeito de permitir a “constitucionalização formal” dos tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Ou seja, o entendimento acerca da natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos não é desprovido de sustentáculo doutrinário.

5.3.4.2 Direitos apenas materialmente fundamentais

Para este grupo de direitos fundamentais, encontraremos o lastro constitucional nas disposições já estudadas do art. 5º § 2º, da Constituição Federal, o qual reza que os direitos e garantias nela previstos não excluirão outros oriundos do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Já foi explanado neste trabalho a alta carga de subjetividade que a Constituição dá ao intérprete para que direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela sejam elevados à categoria de constitucionais fundamentais, o que, obviamente, representa uma preocupação.

Apesar disso, com base na jurisprudência dos Tribunais do Brasil, é possível a identificação de direitos que comportam essa classificação e são decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Brasileira. Veja-se na doutrina:

Já no que diz com os assim designados direitos decorrentes do regime e princípios ou, como preferem alguns, dos direitos implícitos (aqui compreendidos em sentido abrangente), cuida-se, em muitos casos, da ampliação interpretativa do âmbito de proteção de direitos expressamente consagrados, como dão conta os exemplos do sigilo fiscal e bancário, reconduzido à garantia da privacidade e intimidade, assim como do direito ao nome, do direito à identidade pessoal, assim como do direito a um funeral digno, ambos vinculados à tutela da personalidade e dignidade da pessoa humana, como inclusive atesta expressiva jurisprudência, com destaque para o STF e STJ. Da mesma forma, admite-se, forte na dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade, uma cláusula geral de tutela da personalidade, visto que no direito brasileiro não houve recepção expressa, tal como ocorreu na Alemanha e em Portugal, de um direito geral de personalidade. Mais recentemente, sustenta-se (embora por ora praticamente no plano doutrinário) a existência de um direito à identidade genética [...]. (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 1268).

Este cenário não ocorre, no entanto, em relação aos direitos oriundos dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte, haja vista a objetividade desta identificação, como já mencionado anteriormente.

Importa, neste instante, salientar que, malgrado a opção do constituinte originário pela utilização da expressão “tratados internacionais”, não há qualquer impeditivo para que

também possam ser elevados à categoria de direitos materialmente fundamentais àqueles oriundos de acordos internacionais celebrados com outras nomenclaturas (convenções, pactos, etc.). Entendemos, pois, que o constituinte originário, por ser usual, resolveu dar a essa espécie normativa (tratados), a condição de sinônimo dos demais diplomas internacionais ou mesmo de gênero, do qual são decorrentes subespécies, entre elas os pactos e as convenções⁹⁴.

Isso talvez tenha se dado também pela tradição da disciplina no país, já que, como se pode ver da lição de Clóvis Beviláqua, a expressão “tratado” é usada para tratar quaisquer “actos jurídicos bilaterais ou multilaterais do direito público internacional” (BEVILÁQUA, 1911, p. 14).

Se tivéssemos que raciocinar que o termo “tratados” deveria ser pensado de um modo rígido, sem uma interpretação de conteúdo ampla, excluiríamos da abrangência constitucional os principais documentos internacionais veiculadores de direitos humanos fundamentais dos quais a República Federativa do Brasil é parte, como, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana de Direitos Humanos, o que, conforme visto, é incabível.

Apesar disso, tem sido forte na doutrina o entendimento acerca da dificuldade em se incluir regras de direito internacional comum na abertura prevista no art. 5º § 2º de nossa Lei Maior. Neste cenário, ficaria excluída da natureza material constitucional, no sistema brasileiro, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, o que, diante de tudo que já foi apresentado seria impensável, notadamente se levarmos em consideração, dentro de uma interpretação sistemática do tema, a *ratio* e o *telos* da referida norma constitucional. É exatamente assim que pensa Sarlet (1996, p. 18).

⁹⁴ Atente-se que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Veja-se: “1. Para os fins da presente Convenção: a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, **qualquer que seja sua denominação específica [...]**” (com grifos). Sobre o tema, ainda, trazemos a baila a lição de Rezek (2007, p. 16): “A análise da experiência convencional brasileira ilustra, quase que à exaustão, as variantes terminológicas de tratado concebíveis em português: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento. Esses termos são de uso livre e aleatório, não obstante certas preferências denunciadas pela análise estatística: as mais das vezes, por exemplo, carta e constituição vêm a ser os nomes preferidos para tratados constitutivos de organizações internacionais, enquanto ajuste, arranjo e memorando têm largo trânsito na denominação de tratados bilaterais de importância reduzida. Apenas o termo concordata possui, em direito das gentes, significação singular: esse nome é estritamente reservado ao tratado bilateral em que uma das partes é a Santa Sé, e que tem por objeto a organização do culto, a disciplina eclesial, missões apostólicas, relações entre a Igreja católica local e o Estado copactante”. No mesmo sentido é a lição de SARMENTO (2016, p. 3): “A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados preconiza que o vocábulo tratado deve ser entendido em sentido amplo. Significa todo acordo internacional escrito, celebrado pelos Estados e disciplinado pelas normas de direito internacional, não importando sua denominação particular (art. 2º, I, a). Dessa forma, estão contidos no conceito os seguintes documentos internacionais: pacto, convenção, tratado, ata, código, compromisso, contrato, convenção, protocolos, convênios, declaração e constituição”.

Por isso, visando afastar a possibilidade da confusão acima mencionada, percebemos que o constituinte português foi mais claro, ao prescrever a abertura material dos direitos fundamentais em sua Constituição a todas as regras aplicáveis ao direito internacional, sem qualquer qualidade específica (art. 16, n. 1, da Constituição Portuguesa).

Inobstante esta primeira aparente dificuldade e mesmo que compreendamos o termo constitucionalmente posto “tratados” como sendo uma palavra plurissignificativa, o que parece ser a medida mais adequada, ainda assim, temos uma clara redução do alcance da abertura material dos direitos fundamentais em nossa Constituição, afastando as críticas de qualquer desavisado que censure essa possibilidade de ampliação das normas com natureza constitucional.

É de se anotar, ainda, que, se não bastassem as dificuldades já apontadas e superadas acima, é possível perceber outros tipos de problemas, como, por exemplo, os efeitos práticos dos tratados internacionais com conteúdo constitucional material e fundamental e que vierem a ser incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, haja vista a lacuna normativa existente em nossa Carta Maior, tal como já mencionamos anteriormente.

Apesar de a Constituição Brasileira ter em muito se inspirado na Constituição Portuguesa, ela não seguiu a linha traçada pela lusitana e materializou um silêncio lacônico quanto à posição hierárquica dos tratados após sua incorporação no sistema pátrio.

Na Constituição Portuguesa, há norma expressa tratando acerca da recepção automática das regras de direito internacional, com suas respectivas restrições (Art. 8º, incisos I a III, da Constituição de 1976). Já, na seara doutrinária, é pacífico entendimento no que tange à subordinação hierárquica dessa espécie normativa ao direito constitucional local, excetuando a norma que obriga a interpretação e integração dos direitos fundamentais em Portugal de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Art. 16, n. 2, da Constituição de 1976).

No Brasil, após a incorporação dos tratados ao direito interno, seguindo o rito constitucionalmente exigido, conforme já explanado anteriormente neste trabalho, o constituinte originário foi omissivo quanto à colocação hierárquica dessas normas.

Diante do silêncio do constituinte, o Supremo Tribunal Federal, pacificou dois entendimentos que serão aplicados a depender do tipo de tratado incorporado ao ordenamento pátrio.

Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE 80.004, ainda no já longínquo ano de 1977, tinha se direcionado na compreensão da totalidade dos

tratados serem paritários com a legislação ordinária, inclusive com a possibilidade de que, na hipótese de conflito entre esta e o tratado, prevalecesse a mais recente⁹⁵.

Este posicionamento se manteve estável sob o argumento de que, mesmo com a edição da Constituição de 1988, esta manteve a ausência de previsão acerca da primazia do direito internacional sobre o interno.

Contudo, em 2008, dois julgamentos, um realizado na Segunda Turma e outro pelo próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou novo entendimento sobre a matéria, afirmando que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos possuem lugar específico na hierarquia normativa, estando ligeiramente abaixo da Constituição, entretanto acima da legislação infraconstitucional interna. Tal posicionamento teria como consequência direta a inaplicabilidade da legislação infraconstitucional conflitante com os diplomas internacionais de direitos humanos, seja o conflito atual ou anterior ao ato de ratificação⁹⁶.

Nesse cenário, podemos entender que, a decisão do Pretório Excelso aponta para uma supremacia da Constituição frente aos tratados internacionais, forte na previsão de controle de constitucionalidade de tais espécies normativas.

No mais, permanece tudo como antes: paridade hierárquica dos tratados internacionais com a legislação ordinária.

É exatamente nesse sentido o magistério de Piovesan (2013, p. 121-122), segundo o qual os tratados internacionais em geral tem natureza hierárquica infraconstitucional, ao passo que os direitos veiculados em tratados internacionais de direitos humanos tem valor de norma constitucional. Destaca a autora a lição de Canotilho, segundo o qual a equivalência hierárquico-normativa, ou seja, a natureza legislativa ordinária das convenções internacionais deve ser afastada, no mínimo, nas hipóteses de convenções de conteúdo materialmente constitucional (exs.: Convenção Europeia de Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

⁹⁵ Adverte Piovesan (2014, p. 78) que: “[...] anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível n. 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 7 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5.172/66 que estabelece: ‘Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha’”.

⁹⁶ HC 95.967, DJ 28.11.2008, RE. Min. Ellen Gracie; e RE 349.703, j. 03.12.2008, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes.

Mais adiante finaliza a mencionada autora (PIOVESAN, 2013, p. 127) afirmando que a teoria que defende a paridade entre os tratados internacionais e a legislação federal não é aplicável aos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que, como mencionado, a Constituição federal lhes garante tratamento diferenciado. Sublinha que aqueles tem como escopo o equilíbrio entre e a reciprocidade entre os Estados-partes, já os últimos ultrapassam os simples compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, já que tem por objeto a proteção dos direitos do ser-humano e não das prerrogativas desses Estados.

É importante, neste instante, trazer a baile o que consta na Opinião Consultiva n. 2, de setembro de 1982, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *in verbis*:

Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição.

É exatamente essa característica especial que justifica a hierarquia constitucional concedida aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Alia-se a esse entendimento o argumento da doutrina de que os tratados internacionais de direitos humanos estão, inclusive, situados hierarquicamente acima de outros atos internacionais de conteúdo mais técnico, formando um conjunto de princípios de natureza obrigatória denominado de *jus cogens*.

É nesse sentido a lição de Theodor Meron (1986, p. 173; 189-190), segundo o qual a Corte Internacional de Justiça recepcionou a ideia de hierarquia na seara do direito internacional a partir das conclusões do caso denominado “Barcelona Traction”, revelando que os direitos básicos do ser humano geram obrigações *erga omnes* e possuem alicerce jurídico nos arts. 53 e 64, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Rezam os arts. 53 e 64, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados:

Artigo 53 – Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

Um tratado é nulo se, no momento de sua conclusão, conflita com normas peremptórias de Direito Internacional. Para os fins desta Convenção, uma norma peremptória de Direito Internacional é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como uma norma à qual nenhuma derrogação é permitida e que apenas pode ser modificada por uma norma posterior de Direito Internacional geral que apresente a mesma natureza.

[...]

Artigo 64 – Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Ora, se tem o condão de excluir do ordenamento normas de igual origem (normas de direito internacional) com elas conflitantes, obvio que as normas que integram o conjunto das denominadas *jus cogens* estão hierarquicamente posicionadas acima das demais, ainda que possuam a mesma fonte.

Urge destacar a lição de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros (1993, p. 109), os quais afirmam que a doutrina majoritária aponta que a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Pactos Internacionais aprovados pelas Nações Unidas, etc, constituem o *jus cogens* internacional, formando uma espécie de supralegalidade internacional. Desse modo, sendo os direitos humanos mais essenciais considerados parte do *jus cogens* é plenamente razoável compreender a hierarquia especial e privilegiada dos tratados internacionais de direitos humanos em detrimento dos demais.

Não obstante tantos entendimentos, o fato primordial nesta parte é que, independentemente da forma como ingressa no ordenamento pátrio (automaticamente ou não), os tratados internacionais veiculadores de direitos tipicamente fundamentais, com as características básicas dessa espécie, consoante explanação já realizada neste trabalho, devem ser considerados parte do núcleo material da constituição, tendo, pois, status equivalente às normas oriundas desta. Pensar de forma diversa é, ao nosso sentir, negar qualquer aplicabilidade prática ao que determina o § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

É como afirma Sarlet (1996, p. 19-20):

Não fosse assim, virtualmente não haveria diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia das normas) entre qualquer outra regra de direito internacional incorporada ao direito nacional e os direitos fundamentais do homem consagrados nos textos internacionais. Apenas para citar um exemplo, um dispositivo de um tratado internacional qualquer (por que não o acordo do GATT?) poderia, em tese, ter o mesmo valor hierárquico de um direito fundamental reconhecido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. [...] Reafirme-se, nesse particular, que a abertura propiciada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da CF de 1988 objetiva a complementação ou mesmo a eventual ampliação do catálogo dos direitos fundamentais. Eventuais (e até mesmo inevitáveis) colisões, a exemplo das que podem ocorrer inclusive entre os próprios direitos integrantes do catálogo, devem ser solucionadas pela aplicação das regras próprias.

É preciso o destaque de Piovesan (2013, p. 74-75):

[...] O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional. Nesse sentido, afirma Canotilho: “O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco da constitucionalidade’ a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”. Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.

Feitas essas considerações e levando em conta que não existem palavras inúteis na lei⁹⁷, imperioso é o reconhecimento da necessária aplicabilidade prática ao que prescreve o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

5.3.4.3 Existem direitos apenas formalmente fundamentais?

Considerando a já comprovada existência de direitos fundamentais meramente materiais, é de ser imaginada a hipótese de existirem direitos apenas formalmente fundamentais.

Como já mencionado, a partir das lições de José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 79-80), tendo sido formulado um conceito palpável de direitos materialmente fundamentais, é possível analisar o rol constitucional dos direitos de tal magnitude e verificar a existência da referida espécie de fundamentalidade ou se, apenas por vontade legislativa⁹⁸, estão essas normas colocadas no capítulo destinado àquelas.

⁹⁷ Nesse sentido, a lição de Carlos Maximiliano (2011, p. 204): “*Verba cum effectu, sunt accipienda*: ‘Não se presumem, na lei, palavras inúteis’. Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia’. As expressões em direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significado real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis”.

⁹⁸ Neste norte, é cabível relembrar os ensinamentos de Carl Schmitt, para o qual a Constituição e seu conteúdo é fruto de uma decisão política fundamental. Para o referido professor, é possível a coexistência no texto constitucional de normas tipicamente constitucionais e outras que não são tipicamente constitucionais (as quais chegou a chamar de leis constitucionais). Neste sentido, ganha força a ideia de que podem existir no âmbito de uma constituição normas formalmente fundamentais constitucionais, mas que não seriam materialmente constitucionais (SCHMITT, 2011, p. 45-55).

É de se anotar igualmente a existência de estudiosos do tema que preferem adotar posição diferente, defendendo que todas as normas que se encontrem formalmente no rol de direitos fundamentais constitucionais serão, por via direta, normas materialmente fundamentais, a exemplo de Sarlet (1996, p. 21).

Inobstante tais posicionamentos, não há dúvidas de que, ao elevar normas alheias ao conceito material de direitos fundamentais ao patamar formalmente constitucional, o constituinte, no mínimo, pretendeu as dotar de uma natureza especial, notadamente para dificultar sua alteração ou enfraquecimento de seu alcance⁹⁹.

Feitas essas observações e adotando as lições de José Carlos Vieira de Andrade, poderíamos apontar na Constituição Brasileira de 1988, alguns exemplos de normas apenas formalmente fundamentais.

Segundo Sarlet (1996, p. 21), seriam estes o art. 14, §§ 1º a 11 (que trata sobre o alistamento eleitoral, inelegibilidades, etc), o art. 16 (que fixa a entrada em vigor da legislação que modificar o processo eleitoral somente um ano após a sua promulgação) e os diversos incisos e parágrafos que integram o art. 17, excetuando o § 1º, que estabelece a autonomia aos partidos políticos.

Desse modo, estes dispositivos poderiam ser classificados como apenas formalmente fundamentais pelo fato de, apesar de se encontrarem localizados topograficamente no capítulo constitucional próprio dos direitos e garantias fundamentais, não possuem os caracteres que, por exemplo, defende José Carlos Vieira de Andrade como sendo caracterizadores das normas de tal relevância, seja em razão de não guardarem íntima relação com a defesa da dignidade humana ou por não derivarem de modo inquestionável dos princípios e do regime Carta Maior de 1988 “como posições essenciais do indivíduo na sua dimensão individual e social” (SARLET, 1996, p. 21).

5.4 O duplo grau de jurisdição enquanto garantia fundamental de natureza material constitucional

⁹⁹ É interessante sob esse aspecto a lição de Schmitt (2011, p. 50): “*La nota formal de la Constitución o (indistintamente) de la ley constitucional, se hallará en que los cambios constitucionales están sometidos a un procedimiento especial con condiciones más difíciles. Mediante las condiciones de reforma dificultadas se protege la duración y estabilidad de las leyes constitucionales y «se aumenta la fuerza legal»*”.

Não há dúvidas de que é possível, a partir de tudo que já foi apresentado neste trabalho, concluirmos que há um direito ao duplo grau de jurisdição, sendo vários os meios que se pode trilhar para chegar a esse resultado.

Se compreendermos que a pretensão de ter reapreciada uma decisão proferida contra si é intrínseca a personalidade humana, a questão já poderia ser resolvida sob o prisma do direito natural.

Ora, na atualidade, como pode ser visto no capítulo anterior, a ampla maioria dos Estados reconhecem como legítima a pretensão de revisão de um julgado para uma instância distinta.

Até mesmo se retroagirmos no tempo, como se buscou fazer no primeiro capítulo deste trabalho, é possível verificar que ao longo dos tempos, desde a antiguidade, passando pelos regimes feudais e absolutistas, a pretensão de levar sua insatisfação quanto ao que fora decidido, seja a um órgão de jurisdição superior, seja o senhor feudal ou mesmo o monarca, numa última tentativa de alcançar clemência (em especial nos feitos criminais), era bastante comum.

Essas observações iniciais chegam a nos inclinar ao entendimento de que o direito ao duplo grau de jurisdição, considerado enquanto direito a uma segunda análise acerca da decisão definitiva proferida contra um indivíduo, pode estar alicerçada no excelso princípio da dignidade humana, bem como se relaciona harmonicamente com a sistemática constitucional pátria e com nosso ordenamento jurídico.

Ora, qual sentido teriam as normas que regulamentam a competência dos Tribunais, cuja missão precípua é a de análise recursal, se não fosse conferido ao jurisdicionado um direito de importante magnitude como o duplo grau de jurisdição?

É exatamente a partir dessa reflexão que, como já destacado neste trabalho, o Professor Nelson Nery Jr. (2009, p. 280), afirma categoricamente que o princípio do duplo grau de jurisdição decorreria, de modo implícito, exatamente das normas que criam e fixam as competências dos tribunais¹⁰⁰.

Apesar dessas observações iniciais, ainda não é possível, a partir dessas justificativas, considerar a natureza material fundamental constitucional do duplo grau de jurisdição em nosso ordenamento.

Outra alternativa que poderia ser cogitada seria a primeira parte do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, a fim de que o duplo grau de jurisdição pudesse ser compreendido a

¹⁰⁰ Importa destacar que o renomado processualista rechaça a ideia de um direito absoluto ao recurso, tal qual ocorria na redação do art. 158, da Constituição Brasileira de 1824.

partir da análise implícita das normas veiculadoras de direitos fundamentais do catálogo constitucional ou decorrente do regime e princípios estabelecidos naquela.

Trata-se, ao nosso sentir, de outra solução com problemas relevantes e com grande dificuldade de superação. Como já mencionado anteriormente, a identificação de direitos fundamentais a partir do regime e dos princípios estabelecidos na Constituição, dada a sua subjetividade, abre margem para uma interpretação muitas vezes descontrolada e sem uma cientificidade comprovada.

Poderíamos, desse modo, pensar em admitir a natureza material constitucional do duplo grau de jurisdição enquanto desdobramento hermenêutico da garantia expressa da inafastabilidade da jurisdição¹⁰¹, a qual prevê o direito do indivíduo em requerer ao Judiciário que profira solução definitiva aos conflitos, seja de onde se originarem.

Desse modo, considerando que o conflito gerador de lesão ou ameaça a direito pode ser oriundo do próprio Poder Judiciário, caso o direito ao duplo grau de jurisdição/recurso não fosse seu corolário, o próprio dispositivo em análise poderia ser esvaziado.

No direito comparado, por exemplo, podemos mencionar a Alemanha, que igualmente não prevê expressamente o direito constitucional fundamental ao duplo grau de jurisdição, porém cuja Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) tem ampliado consideravelmente o alcance das normas que garantem fundamentalmente o direito à proteção judiciário e o acesso à justiça. Porém, a Corte tem compreendido que a ampliação referida se relaciona com uma proteção do indivíduo através do julgador e não contra o juiz, o que exclui da proteção oriunda do aludido alargamento conceitual a garantia de acesso à segunda instância.

Malgrado este posicionamento proveniente do direito comparado, é possível reforçar a tese em análise, no caso brasileiro, pois esta proposta pode ser ainda objeto de uma análise sistemática com outras garantias de igual estatura constitucional, o que poderia robustecê-la, a exemplo das garantias do devido processo legal e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).

Mais uma vez nos valendo do direito comparado, notadamente das decisões do Judiciário Português, é possível identificar que é exatamente essa interpretação sistemática, a qual compreende que o reexame de uma decisão jurisdicional se coaduna com os reclames do princípio constitucional da ampla defesa, bem como com a eficácia (compreendida enquanto maior confiança/credibilidade e segurança) dos julgamentos e também do acesso à Justiça,

¹⁰¹ Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito; [...].

que fez ser reconhecida, pelo Tribunal Constitucional de Portugal, a existência de um direito de recurso ou de segundo grau de jurisdição (MIRANDA, 1987, p. 159, nota 11.).

Não custa salientar que, malgrado a insistência do Supremo Tribunal Federal em, reconhecer a natureza material constitucional do duplo grau de jurisdição, em 2007, a Segunda Turma do Pretório Excelso, no julgamento do HC nº. 88.420 (DJ 08.06.2007), decidiu que “a garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP”¹⁰².

Esta solução poderia ser definitiva para o que nos propusemos a demonstrar, porém entendemos que há um outro argumento muito mais forte e cuja recusa nos parece mais absurda.

Relembramos ao leitor que nossa análise do direito ao duplo grau de jurisdição tem um direcionamento à seara criminal. Neste norte, nossa tarefa se torna menos árdua quando buscamos a fundamentação do direito material fundamental ao duplo grau de jurisdição naquela esfera.

Ora, como já visto em sua primeira parte, o mesmo § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, igualmente prevê a abertura material de direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte.

Desse modo, verificando a legislação internacional do qual o Estado Brasileiro é parte iremos localizar o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, o qual incorporou ao direito positivo nacional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que, no seu art. 8, alínea “h”, ao tratar das garantias judiciais direcionadas a todos os acusados em processos criminais, reconhece o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

Não há dúvidas, a partir de uma interpretação gramatical do referido dispositivo, que ele trata do princípio do duplo grau de jurisdição.

Neste norte, considerando que o art. 5º, § 2º (parte final), da Constituição Federal, admite a abertura material do catálogo de direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte e o fato de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é um tratado internacional do qual o Brasil é signatário sem ressalvas, no qual consta o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia

¹⁰² Salientamos que, apesar da importância do julgado no que tange ao nosso estudo, o objeto analisado no HC 88.420 (DJ 08.06.2007) versa sobre a obrigatoriedade de se recolher à prisão para recorrer, atualmente reconhecido como não recepcionado pela Constituição de 1988.

judicial, não pode nos direcionar a outro entendimento que não seja aquele que eleve o aludido princípio à estatura material constitucional.

Devemos destacar que, independentemente de onde localizarmos hierarquicamente o referido tratado na organização do ordenamento pátrio, o fato é que este possui natureza material constitucional por se unir, no âmbito convencional, como garantia judicial complementar às garantias, também expressamente previstas na Constituição Brasileira, de inafastabilidade jurisdicional, de ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, XXXV, LIV e LV), formando, segundo pensamos, um só bloco concreto de garantias processuais de natureza constitucional.

Importa frisar, por fim, que a possibilidade de um controle de constitucionalidade de um tratado internacional, não obsta a manutenção do entendimento acima apresentado, uma vez que, até mesmo uma emenda constitucional, espécie normativa oriunda do exercício do poder constituinte derivado reformador e, portanto, em tese, norma formalmente constitucional, também o pode ser.

5.4.1 Abrangência e alcance da previsão convencional

Compreendida a natureza material constitucional do duplo grau de jurisdição, importamos compreender a extensão de sua aplicação enquanto direito dessa estatura, trazido ao ordenamento pátrio de um modo mais amplo pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁰³.

Inicialmente, devemos apontar os propósitos convencionais da garantia do duplo grau de jurisdição que são, de acordo com a lição de Stefan Trechsel (2005, p. 362), duma banda, a busca de um melhor resultado, dando, dessa forma, um meio de esperança ao condenado, e, doutra, esse o possivelmente o mais importante em nossa visão, a consistência e a justiça do julgamento, permitindo uma interpretação uniforme da lei.

Obviamente que essa garantia constitucional e convencional, para ter sua aplicação válida, pressupõe determinados pré-requisitos os quais serão brevemente analisados.

¹⁰³ Falamos desse modo, pois o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP faz previsão semelhante, porém com a ressalva de que o duplo grau de jurisdição será concedido nos termos da lei, o que acaba causando, em determinadas interpretações, uma certa redução em seu alcance. Destacamos, de pronto, que esta interpretação é de algum modo equivocada, pois, mesmo o Estado aderindo ao Pacto, poderia gerar em sua legislação interna regulação odiosa, que esvaziaria o conteúdo estabelecido no Pacto. Neste sentido é a lição de Joseph e Castan (2013, p. 509). De todo modo, para evitar esse tipo de discussão, preferimos a utilização como paradigma nos diplomas internacional para a materialidade do duplo grau de jurisdição aquilo que consta na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual não faz qualquer tipo de ressalva a sua aplicação, o que denota uma interpretação mais extensiva.

O primeiro deles é a observância do alcance da expressão: “Toda pessoa tem o direito [...] às seguintes garantias mínimas [...]”.

Quando o dispositivo convencional faz uso do adjetivo “todo”, ele indica a amplitude, a totalidade dos indivíduos. No caso da expressão em análise, a totalidade dos sujeitos que forem declarados culpados pelo Órgão Judiciário, em sendo a totalidade, não faz sentido que alguém que se encontre nessa condição possa ser excluído da proteção em exame.

Devemos registrar, contudo, que a Convenção em tela se refere a pessoa, ser humano, o que denota a impossibilidade de sua invocação pelo Estado ou seus representantes, especialmente pelo fato de que se trata de um direito de defesa do sujeito processado.

Cumpre-nos, ainda, destacar que o dispositivo expõe uma segunda limitação àqueles que podem fazer uso da garantia: os sentenciados, já que o que se garante é o direito de recorrer (logicamente não há recursos de quem não possui contra si uma decisão, que, neste caso, textualmente, deve ser uma sentença).

Essa limitação determina, ainda, o reconhecimento lógico de que aqueles que tiverem sido inocentados não possuem interesse na revisão do julgado, bem como impede o acesso à garantia àqueles que ainda não tiverem sido considerados culpados (TRESCHER, 2005, p. 364).

Pode-se questionar, outrossim, se esta garantia seria aplicável aos que, embora declarados culpados, não tenham sido condenados a uma sanção¹⁰⁴.

A resposta, em nossa ótica, é positiva. Ou seja, pode o indivíduo, ainda que não submetido a uma sanção, ter a pretensão de comprovar sua inocência e, notadamente por questões sociais, livrar-se do estigma da condenação.

Importa destacar, ademais, que essa garantia, ao que tudo indica, não se estende aos procedimentos civis. Posicionamo-nos neste sentido a partir da leitura sistemática do texto da Convenção, que trata, no item 2, do art. 8º, de forma clara, da matéria processual penal.

Por fim, ainda dentro desse parâmetro, importante discutir a aplicação da garantia do duplo grau de jurisdição nos casos em que o condenado é reconhecido como autor do ilícito penal, porém é inimputável, situação que, por exemplo, no Brasil, sequer é chamada de condenação, mas absolvição imprópria.

Segundo Trechsel (2005, p. 364), analisando a Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas com raciocínio aplicável ao nosso questionamento, o postulado deve ser

¹⁰⁴ No sistema brasileiro, é possível que um sujeito seja reconhecido como autor do ilícito penal, mas que se torne isento de pena, por exemplo, no caso do perdão judicial e, segundo parcela da doutrina, em situações específicas das delações premiadas.

interpretado de forma estrita, ou seja: se não há sentença condenatória própria, não há direito ao duplo grau de jurisdição, porém não é este o entendimento de Gomes e Mazzuoli (p. 2013, 147), os quais afirmam, analisando a Convenção Americana de Direitos Humanos, a aplicação do dispositivo mesmo no caso de absolvição imprópria.

O segundo pré-requisito observado é que a revisão da decisão deve ser realizada por um Tribunal superior.

A partir da análise da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e fundando suas convicções na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Gomes e Mazzuoli (2013, p. 148) afirmam que não há a necessidade de que o julgamento do recurso seja realizado obrigatoriamente por um órgão hierarquicamente superior, mas que seja realizado por “um juiz ou tribunal distinto, que conte com as faculdades de revisar os fatos, provas e direito objeto da sentença recorrida (CIDH, Informe 50/2000)”.

Trechsel (2005, p. 368), adota posicionamento divergente e lembra que, para o atendimento do dispositivo convencional que garante o duplo grau de jurisdição, não é suficiente o reexame do caso, quando realizado pelo mesmo Tribunal, sendo necessária a isenção do órgão revisor, chegando a apontar como um importante paradigma dessa conclusão o julgamento do caso *Consuelo Salgar de Montejo v. Colômbia*, pelo Comitê de Direitos Humanos, da ONU.

Realizada a fundamentação teórica que aponta a natureza material constitucional do duplo grau de jurisdição no Brasil, cumpre-nos demonstrar sua aplicação na totalidade dos processos que tramitem no país, notadamente aqueles que originariamente são apreciados pelos Tribunais Superiores, e, em especial, para os fins desse trabalho, os que são julgados diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

6 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CONDENADO EM PROCESSO CRIMINAL DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS: O CASO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

6.1 Os Processos de Competência Originária dos Tribunais: A questão do foro por prerrogativa de função

O problema mais relevante para a ampla e irrestrita compreensão do duplo grau de jurisdição como garantia fundamental do acusado criminalmente, inclusive sua aceitação com índole constitucional, é a dificuldade de sua aplicação naqueles processos em que o acusado, por força da própria legislação de natureza constitucional e por questões notadamente funcionais, levado a julgamento por um Tribunal de hierarquia superior na estrutura judiciária, notadamente com o questionamento de para onde eventual recurso poderia ser direcionado.

Obviamente que esse problema normalmente invocado não teria muita dificuldade em ser solucionado, no caso brasileiro, daqueles que possuem a garantia de um foro privilegiado em Cortes como os Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Superiores, a exceção do Supremo Tribunal Federal, pois os recursos poderiam ser destinados a outros Tribunais constantes na estrutura do Poder Judiciário nacional sem maiores dificuldades, assim como já ocorre quando se realiza o direcionamento dos chamados Recurso Especial e Extraordinário¹⁰⁵.

Entretanto, sendo o Supremo Tribunal Federal a corte que se encontra na mais alta hierarquia da estrutura do Poder Judiciário no país é comum o questionamento: para onde iriam os recursos manejados em face de decisão oriunda do Pretório Excelso? A qual outro Tribunal poderiam estar sujeitas as decisões proferidas pela Corte Maior?

Não obstante tais posicionamentos, demonstraremos nesse Capítulo que a garantia material constitucional do duplo grau de jurisdição tem aplicação em todos os processos criminais, inclusive naqueles cuja apreciação originária é de competência do Supremo Tribunal Federal, apesar da posição aparentemente contrária deste.

¹⁰⁵ Há de se anotar que, para o presente estudo, tendo em vista a restrição da matéria que legalmente pode ser apreciada na seara dos Recursos Especial e Extraordinário, notadamente a vedação à análise das matérias fáticas, consoante se pode verificar do que consta na exegese das Súmulas 7, do Superior Tribunal de Justiça, e 279, do Supremo Tribunal Federal, estes não servem à finalidade de garantir ao condenado uma nova análise acerca de sua condenação, pois esta reanálise implica, inclusive, a reapreciação de provas e fatos.

6.2 O foro por prerrogativa de função

6.2.1 O foro por prerrogativa de função e sua possível compreensão enquanto privilégio

Da doutrina mais abalizada podemos extrair que o foro especial por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, é um instituto através do qual se confere a determinados tribunais da estrutura judiciária de um Estado o poder de processar e julgar certas pessoas. Sua justificativa residiria no fato da especial posição política ou funcional ocupada por algumas autoridades e que lhes valeria um tratamento diverso daquele destinado aos demais cidadãos.

Contudo, visando uma acertada compreensão do instituto do foro por prerrogativa de função, é necessário entender o que ele significa em seu nascedouro.

Caso compulsemos as obras dos mais variados autores jurídicos que se debruçam sobre o tema, arriscamos afirmar que todos serão unânimes em afirmar que o foro por prerrogativa de função é compreendido por muitos como um privilégio concedido a determinadas pessoas. Importa, desse modo, compreender o que seria um privilégio.

A palavra privilégio é oriunda da expressão latina *privilēgium*, representada através de uma “lei ou medida tomada em favor de um particular” ou “lei excepcional” (FARIA, 1962, p. 796).

Não é a toa que se buscarmos a etimologia e o sentido originário da palavra prerrogativa, iremos encontrar na literatura sobre o tema que “prerrogativa” é outra expressão latina, oriunda do termo *Praerogativa* (FARIA, 1962, p. 785), cujo significado primeiro era a ação de votar em primeiro lugar, tendo, pois, o mesmo sentido do privilégio, uma vez que servia para indicar a vantagem que os centuriões romanos¹⁰⁶ tinham para votarem antes de qualquer outra classe, o que lhes garantia sempre a primeira escolha.

Portanto, há certa razão em se afirmar que o foro por prerrogativa de função pode ser considerado um privilégio.

Entretanto, para alguns outros estudiosos do tema não se trataria de um privilégio. Veja-se a lição de Tourinho Filho (2012, p. 362-365), segundo a qual a fixação de um foro especial por prerrogativa de função não seria, obrigatoriamente, um privilégio, pois tal

¹⁰⁶ Nesse sentido afirma GIORDANI (2000, p. 101): “Quanto ao funcionamento, as centúrias eqüestres perderam o direito de votar em primeiro lugar (o que lhes possibilitava uma grande influência moral sobre o voto das seguintes centúrias), passando essa prerrogativa para uma centúria escolhida por sorteio entre as componentes da primeira classe. A centúria que votava, assim, em primeiro lugar, chamava-se centúria praerogativa.”

consideração seria nefasta, mas uma garantia de cautela, a fim de resguardar, num único ato, o responsável e a Justiça, afastando a subversão da hierarquia e para proteger o seu processo e julgamento de garantias especiais, evitando eventuais pressões que os eventuais responsáveis pudessem realizar junto aos órgãos jurisdicionais inferiores. Assim, o foro especial por prerrogativa de função não seria destinado à pessoa, individualmente considerada, mas é concedida em respeito à importância ou relevância do cargo ou função que o sujeito exerça, uma vez que, cessada a função, “desaparece” o privilégio, consoante prescreve a Súmula 451, do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Apesar das justificativas desses estudiosos do tema, ousamos entender que o foro por prerrogativa de função, ao menos no instante em que esta sendo gozada, é, sem qualquer dúvida, um certo privilégio/vantagem¹⁰⁷.

6.2.2 O foro por prerrogativa de função: origens históricas

Para uma melhor observação da questão do foro por prerrogativa de função é importante observar suas origens na história.

Podemos apontar como um dos registros mais antigos, na Grécia antiga, antes mesmo da formação das Cidades-Estados, já era possível identificar algumas das benesses ou vantagens fixadas nas sociedades desse tempo.

Platão (1999, p. 478-481) afirmou a existência de um tratamento diferenciado à figura dos reparadores, que eram aquelas pessoas encarregadas da escolha e exame da gestão dos magistrados. Veja-se:

[...] examinarão a gestão dos diversos magistrados, uns eleitos pelo acaso do sorteio para um ano de mandato, outros para vários anos e escolhidos a partir de um elenco de pessoas já seletas. O que poderíamos afirmar com propriedade a respeito deles? Quem terá competência para atuar como reparador relativamente aos magistrados em pauta? E se suceder que algum deles atue de maneira tortuosa ou que, vergando sob o peso de uma responsabilidade que não está a sua altura, sua autoridade se mostre inferior ao que requer a dignidade de seu cargo [o que fazer]? Não é de modo algum fácil encontrar um magistrado dos magistrados, que a todos supere em virtude, mas de qualquer modo é preciso tentar descobrir alguns reparadores de uma qualidade divina.

¹⁰⁷ Mais adiante, quando tratarmos do foro por prerrogativa de função no Brasil, perante o Supremo Tribunal Federal, discutiremos se é de fato um privilégio já que, no modelo que atualmente vem sendo adotado, retira do acusado o direito de recorrer da decisão proferida, o qual lhe seria concedido, na hipótese de estar sendo julgado em um *Juízo a quo*.

Desse modo, é possível ver que, no sistema grego, o julgamento dos magistrados por um órgão hierarquicamente superior aos magistrados é o que mais se aproxima ao que atualmente chamamos de foro por prerrogativa de função.

Já em Roma, é possível verificar que os senadores detinham privilégios e honras especiais, notadamente em relação ao uso de vestimentas, artefatos, bem como lhes era garantido os melhores lugares nos espetáculos e o mais importante, em relação ao nosso estudo de privilégios, não podiam ser julgados fora de Roma (GIORDANI, 2000, p. 97).

Anote-se, ainda, que já no governo de Tibério existia um tribunal senatorial com a função jurisdicional em relação aos seus próprios pares e que se transformou numa Corte de Justiça, malgrado a existência de tribunais permanentes, caracterizando um efetivo privilégio aos senadores (SILVA; MENDES, 2006, p. 31).

No início da Idade Média, tanto no chamado Código Justiniano ou, ainda, no âmbito do *Corpus Juris Civilis*, é possível a identificação de determinados privilégios, senão nos procedimentos, mas nas sanções, que em muitos casos levava em conta a projeção social do culpado na sociedade. Desse modo, se o sujeito era nobre, tinha sua sanção na seara pecuniária, inclusive com a possibilidade do confisco da metade dos seus bens, contudo, se fosse alguém de baixa classe, estava sujeito às penas mais severas, inclusive corporais.

Nesse período, a Igreja Católica teve grande influência na fixação das normas de caráter processual direcionadas à análise dos ilícitos praticados por algumas pessoas, já que ela cultivava a permanência da ideia existente dentro do Império Romano, de que nos delitos praticados por Senadores, o julgamento caberia aos seus pares, já naqueles praticados por eclesiásticos, a sua apreciação ficava sob as rédeas das autoridades da Igreja (*privilegium fori*), as quais se encontrassem em posição superior hierarquicamente¹⁰⁸.

¹⁰⁸ A força da Igreja Católica chegou ao ponto de o Papa passar a ser considerada a única autoridade com competência “jurisdicional” de retirar, transferir, condenar e absolver os bispos, bem como depor Imperadores, competindo ainda a ele o poder de reformar as decisões de quem quer que fosse, sem que tais decisões pudessem ser sindicáveis, estabelecendo-se, por conseguinte, a completa imunidade Papal, já que ele não poderia ser julgado por ninguém. Ainda sobre o poder papal, escreveu Spinoza (2007, p. 217): “[...] *The supreme priest, for example, had the right of interpreting the Law and transmitting God’s responses, not, like Moses, whenever he wished, but only when requested by the general or the supreme council or such like. The supreme commander of the army and the councils, on the other hand, could consult God whenever they wished, but could receive God’s responses only from the high priest. Thus, God’s pronouncements in the mouth of the high priest were not decrees but just responses; they gained the force of commands and decrees only when accepted by Joshua and the supreme councils. This high priest, who received the divine responses from God, neither controlled an armed force nor exercised government by right; on the other hand those who possessed territories by right had no power to make laws [...]*”.

Esta força e os privilégios dela oriundos foram reduzindo a partir da edição das Constituições de Clarendon¹⁰⁹, em 1164, na Inglaterra, reforçada pelas disputas entre o arcebispo Thomas Becket e o monarca Henrique II. Posteriormente, as reformas protestantes promovidas por Lutero e Calvino influenciaram a produção normativa europeia no sentido de, a cada dia mais acentuar esse afastamento das decisões jurisdicionais, relativos a determinados sujeitos, inclusive membros da Igreja (arcebispos, bispos e outros clérigos), da esfera eclesiástica para Tribunais do próprio Estado.

É possível, ainda, se verificar que, nesse processo histórico, o rompimento das relações próximas com a Igreja Católica por vários Estados alimentou a ojeriza no que tange a entrega dos mais variados privilégios a determinados indivíduos da seara religiosa, fenômeno este que acabou refletindo na concepção jurídica (constitucional) de certos países europeus de afastamento das questões religiosas das temporais/seculares, excetuando-se os da Península Ibérica que historicamente mantiveram em vigor toda sorte de privilégios, bem como as relações com Igreja intactas.

Nestes Estados da região ibérica, desde o século XII, os privilégios, assim como ocorriam com os Senadores em Roma, passaram a se orientar pelos cargos ou funções ocupadas dentro da estrutura real, ou seja, como afirma Almeida Júnior (1901, p. 81), não em relação a natureza dos fatos a serem julgados, mas sobre a qualidade dos indivíduos acusados, estabelecidos em favor dos nobres, dos juízes, dos oficiais judiciais, abades e priores etc., fidalgos e pessoas poderosas, situações em que se confundiam não raras vezes com as situações reais.

Segue o autor destacando que, nos séculos seguintes, foram reduzidos os casos reais e aumentados os casos privilegiados, ao ponto destes serem considerados o oposto dos chamados crimes comuns, que se sujeitavam as instâncias ordinárias. Este fato foi tão claro que a classificação dos crimes, em relação às jurisdições, passou a ser: crimes privilegiados, eclesiásticos e comuns, distinguindo-se esses últimos dos demais por constituírem, normalmente, as hipóteses de devassa por parte dos juízes locais, na medida em que os privilegiados estavam sob a responsabilidade dos corregedores e ouvidores e os eclesiásticos sob a responsabilidade das autoridades eclesiásticas (ALMEIDA JÚNIOR, 1901, p. 81).

Nos demais estados europeus que detinham maior força, prevalecia a luta pela eliminação da aplicação da justiça eclesiástica e dos tribunais feudais e senhoriais, porém

¹⁰⁹ As Constituições de Clarendon de 1164 tem sido apontadas pela doutrina como o primeiro documento político a reconhecer que um “comandante-em-chefe do rei” ou um “oficial do governo do rei” estavam excluídos da jurisdição eclesiástica, de um modo muito semelhante ao moderno foro por prerrogativa de função.

mantinha os privilégios em relação a alguns, como se pode observar da lição de Caenegem (2000, p. 143), ao tratar do Parlamento de Paris que “tornou-se a suprema corte real por volta da metade do século XIII. Tinha competência em primeira instância para alguns assuntos e para as pessoas importantes; como tribunal de apelação, sua jurisdição era geral”.

Voltando a questão dos privilégios na região ibérica, como já mencionado, esta encontrou guarida nas legislações tanto da Espanha quanto em Portugal.

Do mesmo modo que as Leis das *Siete Partidas*, na Espanha, a qual chegou a ter aplicação no Reino de Portugal, por determinação de D. Diniz, as Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, uma após a outra, mantiveram em seus bojos a previsão de vários privilégios em razão do indivíduo que seria submetido a julgamento.

A doutrina aponta exemplos do foro privilegiado na vigência das Ordenações Manuelinas (Livro 1º, Título V e parágrafos 1º, 3º e 5º) e Filipinas (Livro 1º, Título VII e parágrafos 1º a 6º), os quais podem ser verificados a partir da verificação das atribuições ou competências dos “Corregedores da Corte dos Feitos-Crimes”, já que ao cortesão era garantido o direito de escolher o local onde deveria ser processado pelo exercício de qualquer malefício¹¹⁰. Desse modo, poderia ele ser julgado pelo juiz local, caso concordasse, ou pleitear que a demanda fosse encaminhada ao Corregedor da Corte¹¹¹ (BELÉM, 2008, p. 62-63).

Outro exemplo apontado por Belém (2008, p. 63) é que, a partir da análise das Ordenações Filipinas, em especial o Livro 1º, Título 7º, parágrafo 33, é possível verificar que cabia aos Corregedores da Corte “tomar querelas das mulheres solteiras no lugar, onde estiver a Corte, e na cidade de Lisboa” ou mesmo ordenar a prisão das mesmas, o que aponta a existência de privilégio e prerrogativas deferidos às mulheres nas Ordenações do Reino.

Por fim, arremata Belém (2008, p. 66-67) que todo o processo histórico atinente à concessão de privilégios, realizado em Portugal e no Brasil Colônia, na realidade, aponta a existência de um padrão normativo que, antes de qualquer coisa, se preocupou na proteção dos nobres, detentores de cargos mais importantes na Coroa e até dos seus empregados, sobressaindo as distinções entre os jurisdicionados em relação à prática dos crimes e à aplicação das penas. Essa perspectiva histórica e cultural, não obstante o surgimento de Constituições Liberais na Espanha e Portugal, durante o século XIX e a concretização do republicanismo no Brasil a partir de 1889, foi importante para a manutenção de um padrão

¹¹⁰ A palavra malefício, neste contexto, tem relação com a ação de fazer mal, abrangendo, inclusive, a ideia de crime.

¹¹¹ Vale destacar, por oportuno, o desaforamento poderia igualmente ocorrer por avocação do Corregedor e *ex officio*, ou seja, por determinação do juiz que equivocadamente estivesse apreciando o feito.

quase que natural de manutenção de vantagens e privilégios que existiam durante todo o período relativo às Ordenações.

Ou seja, a história normativa brasileira trouxe desde seus primórdios a previsão de privilégios a determinadas pessoas seja no aspecto processual ou mesmo no direito penal material, não sendo, pois, algo surgido há pouco tempo ou somente para beneficiar, na atualidade, eventuais violadores das normas jurídicas, como muitas vezes certos órgãos de comunicação tentam incutir nas mentes dos menos atentos.

6.2.3 O foro por prerrogativa de função no direito comparado

A partir da análise de algumas Constituições ao redor do mundo, é possível identificar que a garantia do foro por prerrogativa de função não é uma exclusividade do sistema brasileiro¹¹².

A Constituição Austríaca de 1920 é um documento muito próximo das previsões constitucionais brasileiras acerca do foro por prerrogativa de função, notadamente as disposições contidas em seus arts. 57 e 142 (ÁUSTRIA, 2015).

Por outro lado, da análise do direito constitucional e das regras processuais criminais inglesas não é possível se verificar previsão acerca da existência do foro por prerrogativa de função, muito disso influenciado, talvez, pelos movimentos originados pelas Constituições de Clarendon e dos documentos de concretização de direitos fundamentais como a *Magna Charta*, o *Habeas Corpus Act*, etc.

Praticamente o mesmo ocorre no sistema adotado nos Estados Unidos da América. Lá, talvez o principal privilégio que foi constitucionalizado foi o julgamento pelo júri, como se verifica a partir da leitura do Art. III, Seção 2 e da Emenda VI, da Constituição.

Anote-se que a própria Suprema Corte norte-americana, desde o julgamento do *leading case* Cohens contra o Estado da Virgínia, na realizado na Sessão de fevereiro de 1821, sequer cogita a possibilidade de ampliação da competência originária daquele Tribunal e, por conseguinte, um eventual foro por prerrogativa de função.

Mesmo assim, é possível identificar, na mesma regra acima, as ações que tenham por parte embaixadores, outros ministros e cônsules, e aquelas em que se achar envolvido um Estado, têm foro originário perante a Suprema Corte (Art. III, Seção 2, da Constituição Americana).

¹¹² Apesar das críticas de parte da doutrina quanto à extensão do benefício no Brasil.

Outro caso que também admite um foro específico é aquele referente ao *impeachment* do Presidente e Vice-Presidente da República, assim como de todos os oficiais civis dos Estados Unidos, o qual é apreciado pelo Senado americano, mediante admissão da acusação pela Câmara dos Representantes (Art. I, Seções 2 e 3; Art. II, Seção 4), em procedimento que foi adotado com muita semelhança no sistema brasileiro (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015).

Se observarmos o sistema francês, verificaremos que este, até bem pouco tempo atrás, buscava negar a instalação de foros privilegiados, haja vista a tradição de seu constitucionalismo, com raízes na Revolução Francesa de 1789, ser a de desconstituir privilégios e atribuir responsabilidades.

Contudo, o que se verificava, na prática, era a ausência de meios aptos a viabilizar a responsabilização dos Ministros na seara criminal.

Este problema se encerrou com a criação da *Cour de Justice de la Republique* através da *Loi Organique* de 23 de novembro de 1993, a quem se direcionou a competência para realizar a persecução criminal dos Ministros, já que a *Haute Cour de Justice*, consoante prescreve o art. 68, *caput*, da Constituição Francesa a designa unicamente ao julgamento do Presidente da República e somente na hipótese de alta traição.

A outras autoridades, como os magistrados, no entanto, o sistema francês é claro ao negar a possibilidade de um foro diferenciado àqueles.

Como se vê, o modelo francês, ao permitir a fixação de um foro especial, o fez apenas em situações extremamente remotas, expressamente delineadas nos arts. 67 a 68, n. 3, de sua Constituição (FRANÇA, 2015, p. 23-24).

O ordenamento alemão, por seu turno, não prevê um privilégio de foro para as autoridades políticas, exceto no que tange a competência para julgar o *impeachment* do Presidente federal, em caso de flagrante transgressão da Lei Fundamental ou de qualquer outra lei federal alemã, através de moção do *Bundestag* e do *Bundesrat*.

Vale destacar, por oportuno, que também é possível identificar na Lei Fundamental de Bonn (ALEMANHA, 2015), a partir da exegese conjunta dos arts. 98, n. 2-5, 93, n. 5 e 61, que a decisão acerca da acusação a um magistrado cabe à Corte Constitucional Federal, o que aponta para a responsabilização criminal dos juízes diante de um específico órgão jurisdicional, situação esta que contém elementos de um óbvio exercício de uma prerrogativa funcional.

Já na Itália (2015), o Presidente do Conselho dos ministros e os ministros são julgados, pelos ilícitos criminais cometidos durante o exercício de suas funções, à jurisdição ordinária,

contudo, necessitam de autorização específica e prévia do Senado ou da Câmara dos Deputados, consoante às determinações constitucionais (art. 96). Doutra banda, o Tribunal Constitucional é o competente para apreciar as acusações em face do Presidente da República (art. 134).

A Constituição da Dinamarca (2015), por sua vez, no art. 16, confere competência à Alta Corte do Reino para apreciar o processo de *impeachment* dos Ministros de Estado em razão da má gerência no governo, através de provocação do Rei ou do *Folketing* (Parlamento). Nessa hipótese, o referido tribunal detém, ainda, competência ampla para apreciar feitos ajuizados pelo Rei ou pelo *Folketing* em face dos Ministros de Estado (art. 60, n. 1). Por fim, a Alta Corte do Reino possui a possibilidade legal de julgar demandas em face de qualquer indivíduo, no caso de ilícitos criminais identificados como perigosos para o Estado, em todas as situações através da provocação régia e a permissão do Parlamento (art. 60, n. 2).

Na Suécia (2016, p. 11), por seu lado, não constitui especificamente um foro especial/privilegiado, mas, o art. 7, do Capítulo 5, da sua Constituição, prescreve uma imunidade absoluta de foro para o Rei e para o Regente que esteja, por algum motivo, exercendo as funções de reinado. Situação idêntica a que acontece na Constituição norueguesa de 1814 (NORUEGA, 2016, p. 2), consoante prescreve o seu art. 5. Nesse caso, essas pessoas pura e simplesmente não podem ser processadas, estando fora do alcance do Poder Judiciário.

Na Colômbia, a Constituição de 1991 (COLÔMBIA, 2016) fixou a competência da Corte Suprema de Justiça para conhecer e apreciar os ilícitos praticados pelos parlamentares, bem como compete, ainda, a essa Corte determinar a prisão de membros do legislativo, até mesmo na hipótese de flagrante delito (art. 186). Já a figura do Presidente da República é praticamente imune, já que seu processamento e julgamento depende de uma acusação da Câmara de Representantes, e na hipótese de o Senado já haver declarado a possibilidade de formação do processo (art. 199).

A Argentina, doutra banda, prevê o foro especial, porém o faz de uma maneira bastante restrita, permitindo à Câmara dos Deputados a possibilidade de denunciar ao Senado, o Presidente, o Vice-Presidente, o chefe de gabinetes de Ministros, os Ministros e os membros da Corte Suprema, seja pela má administração de suas funções ou pela prática de crimes de crimes de responsabilidade ou comuns.

Partindo para a análise de ordenamentos mais próximos do existente no Brasil, notadamente por questões culturais, é possível perceber que, nos sistemas constitucionais atuais dos Países Ibéricos, há a manutenção do foro por prerrogativa de função, como se pode

observar no que consta, por exemplo, no art. 130, da Constituição Portuguesa de 1976, e no art. 102, da Carta Espanhola de 1978, demonstrando que a matéria não foi objeto de rejeição popular, haja vista que o processo criador dessas leis maiores foi altamente legitimado pelas respectivas populações, inclusive, no caso da Espanha, através de um referendo, realizado em 06 de dezembro de 1978.

Há de se salientar, ainda, que as prerrogativas de foro por motivos funcionais não se restringem, em Portugal, àquelas estabelecidas na Constituição. Essas também são encontradas na legislação infraconstitucional, tal qual se pode verificar do Código de Processo Penal, no que tange às competências do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal das Relações. Veja-se:

CAPÍTULO II

Da competência

SECÇÃO I

Competência material e funcional

Artigo 10.º

Disposições aplicáveis

A competência material e funcional dos tribunais em matéria penal é regulada pelas disposições deste Código e, subsidiariamente, pelas leis de organização judiciária.

Artigo 11.º

Competência do Supremo Tribunal de Justiça

1 - Em matéria penal, o plenário do Supremo Tribunal de Justiça tem a competência que lhe é atribuída por lei.

2 - Compete ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal:

a) Conhecer dos conflitos de competência entre secções;

b) Autorizar a interceptação, a gravação e a transcrição de conversações ou comunicações em que intervenham o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República ou o Primeiro-Ministro e determinar a respectiva destruição, nos termos dos artigos 187.º a 190.º;

c) Exercer as demais atribuições conferidas por lei.

3 - Compete ao pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal:

a) Julgar o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro pelos crimes praticados no exercício das suas funções;

[...]

4 - Compete às secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal:

a) Julgar processos por crimes cometidos por juízes do Supremo Tribunal de Justiça e das relações e magistrados do Ministério Público que exerçam funções junto destes tribunais, ou equiparados;

[...]

Artigo 12.º

Competência das relações

1 - Em matéria penal, o plenário das relações tem a competência que lhe é atribuída por lei.

[...]

3 - Compete às secções criminais das relações, em matéria penal:

a) Julgar processos por crimes cometidos por juízes de direito, procuradores da República e procuradores-adjuntos; [...]. (com grifos). (PORTUGAL, 2016).

Como se pode observar, a Constituição de Portugal, em caminho diverso do trilhado pela brasileira, não realizou a fixação das situações para concessão do foro por prerrogativa de função, porém destinou essa discussão para a legislação infraconstitucional, notadamente em no que tange ao Supremo Tribunal de Justiça e ao Tribunal das Relações.

É de se anotar, ainda, que, mesmo estabelecendo o foro especial, a legislação portuguesa não a inflou, dando o privilégio apenas àqueles detentores de funções essenciais à República. Registre-se, por exemplo, nesse sistema, que os parlamentares, excetuando o Presidente da Assembleia, não possuem o foro privilegiado.

A Constituição Espanhola, por sua vez, concebeu disciplinamento acerca do foro especial por prerrogativa de função da seguinte forma:

Artículo 102.

1. La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

2. Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo.

3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo. (ESPAÑA, 2015).

Do mesmo modo que ocorre no sistema português, a legislação infraconstitucional espanhola é quem disciplina o foro por prerrogativa de função. Ela distribui os casos entre o Tribunal Supremo e os Tribunais Superiores de Justiça desse modo:

Ley Organica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial

[...]

Artículo Cincuenta y cinco

El Tribunal Supremo estará integrado por las siguientes Salas:

- Primera: de lo Civil.

- Segunda: de lo Penal.

- Tercera: de lo Contencioso-administrativo.

- Cuarta: de lo Social.

- Quinta: De lo Militar, que se regirá por su legislación específica y supletoriamente por la presente Ley y por el ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo.

[...]

Artículo Cincuenta y siete

1. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá:

1º. De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la ley.

2º. De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.

3º. De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia.

2. En las causas a que se refieren los números segundo y tercero del párrafo anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.

[...]

CAPÍTULO III DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Artículo Setenta

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culminará la organización judicial en el ámbito territorial de aquélla, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo.

Artículo Setenta y uno

El Tribunal Superior de Justicia tomará el nombre de la Comunidad Autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de ésta.

Artículo Setenta y dos

1. El Tribunal Superior de Justicia estará integrado por las siguientes Salas: de lo Civil y Penal, de lo Contencioso-administrativo y de lo Social.

[...]

Artículo Setenta y tres

[...]

3. Como Sala de lo Penal, corresponde a esta Sala:

a) El conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia.

b) La instrucción y el fallo de las causas penales contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo. (ESPANHA, 2016)

Como se vê, no entanto, a legislação espanhola deu aos ocupantes de um alto número de funções de Estado a prerrogativa do foro especial, tal qual ocorre no Brasil, contudo, a doutrina não entende que este posicionamento influenciou a fixação dessas vantagens na legislação brasileira (BELÉM, 2008, p. 100-101).

O que igualmente é fato é que o foro por prerrogativa de função no constitucionalismo brasileiro se originou com a repetição da ideia existente na Constituição Portuguesa de 1822

e, quando do advento da República, acabou mesclando alguns elementos típicos do constitucionalismo norte-americano, em especial quanto ao processo de *impeachment*.

A partir da análise do fenômeno do foro por prerrogativa de função no direito comparado, por derradeiro, é possível perceber que a sua atribuição é comum em todos os países que a possuem, qual seja: o reconhecimento da distinta relevância de determinadas funções públicas exercidas por certas autoridades, além da fixação de um órgão especial, notadamente de maior hierarquia na estrutura organizacional estatal para apreciar o feito e exercer o julgamento do mesmo.

Porém, é também perceptível, a inexistência de um modelo comum, tendo cada país escolhido um que melhor lhe aprouvesse, bem como o fato de nenhum dos países estudados, talvez a exceção pudesse ser a Espanha, ter previsto tantas hipóteses de foro privilegiado quanto a Constituição brasileira de 1988.

6.2.4 O foro por prerrogativa de função na história constitucional brasileira

No Brasil, o princípio do foro por prerrogativa de função tem sua origem na própria fundação do Estado brasileiro.

A Constituição Imperial de 1824 determinava em seu art. 47, que era atribuição exclusiva do Senado:

[...] conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura”, bem como “conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e Conselheiros de Estado”. O artigo 99 estabelecia ainda um privilégio absoluto para o Imperador, cuja pessoa era “inviolável e sagrada”, não estando sujeito a responsabilidade alguma. Ao Supremo Tribunal de Justiça, mais alta corte de justiça imperial, cabia “conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.

Já a Constituição de 1891 fixou em seu art. 53 que: “o Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado”.

Desde então, é possível verificar na história constitucional pátria uma crescente ampliação das hipóteses de concessão de foro especial por prerrogativa de função.

Por exemplo, a Constituição de 1934 já aumentou as hipóteses de fixação do foro por prerrogativa de função. Determinava essa Constituição, no art. 58 que “o Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial”. Por outro lado, seriam direcionadas à Corte Suprema¹¹³, o processamento e o julgamento do Presidente da República e dos Ministros da Corte Suprema, nas hipóteses de crimes comuns; e dos Ministros de Estado, do Procurador-Geral da República, dos Juízes dos Tribunais federais além dos das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, dos Ministros do Tribunal de Contas e dos Embaixadores e dos Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, excetuando-se, neste último caso os Ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e, por fim, os Juízes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade (art. 76, I, “a”, “b” e “c”, da Constituição Brasileira de 1934).

A partir da análise da Constituição outorgada por Vargas em 1937, é possível localizar que, segundo ela, o Presidente da República deveria ser submetido a processo e julgamento diante do chamado Conselho Federal, nos casos de crime de responsabilidade, depois de declarada por dois terços de votos da Câmara dos Deputados a procedência da acusação (art. 86, da Constituição Brasileira de 1937).

Já os Ministros de Estado, na hipótese dos “crimes comuns e de responsabilidade”, deveriam ser “processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal”, salvo no caso de crimes conexos com os do Presidente da República (art. 88, § 2º, da Constituição Brasileira de 1937). Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu turno, deveriam ser processados e julgados pelo Conselho Federal, nos crimes de responsabilidade (art. 100, da Constituição Brasileira de 1937).

Vale salientar, ainda, que competia ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente seus próprios Ministros, bem como os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, excetuando-se, quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a competência do Conselho Federal (art. 101, I, “a” e “b”, da Constituição Brasileira de 1937).

¹¹³ Foi este o nome pelo qual ficou conhecida a mais alta Corte Judicial do Brasil durante a vigência da Constituição de 1934.

É de se destacar, por fim, que o foro especial igualmente foi previsto nas unidades da Federação: os Tribunais de Apelação nos Estados e no Distrito Federal e Territórios detinham competência privativa para processar e julgar os juízes inferiores, nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 103, “e”, da Constituição Brasileira de 1937).

Com a redemocratização do país, logo após o fim da segunda guerra mundial e do Governo Vargas, foi promulgada a Constituição democrática de 1946. Ela concedeu ao Senado Federal a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, desde que previamente recebida a acusação pela Câmara dos Deputados, e os Ministros de Estado nos mesmo crimes quando conexos com os do Presidente.

Além disso, a Constituição de 1946 dava ao Senado a função de realizar o processamento e o julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade (art. 62, I e II, da Constituição Brasileira de 1946).

No caso do cometimento de crimes comuns, o Presidente da República deveria ser submetido a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, desde que, do mesmo modo que acontecia nos crimes de responsabilidade, recepcionada e aceita a acusação pela Câmara dos Deputados (art. 88, da Constituição Brasileira de 1946).

Ainda em relação ao Supremo Tribunal Federal, era igualmente sua competência o processamento e o julgamento originário dos Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns; os Ministros de Estado, os juízes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente, tanto nos crimes comuns como nos de responsabilidade, excetuando-se, do mesmo modo que ocorria na anterior, quanto aos Ministros de Estado, a apreciação dos crimes conexos com os do Presidente da República (art. 101, I, “a”, “b” e “c”, da Constituição Brasileira de 1946).

Já na seara da jurisdição estadual, era de competência privativa do Tribunal de Justiça o processamento e o julgamento dos Juízes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, excluindo a competência da Justiça Eleitoral, na hipótese de crimes eleitorais (art. 124, IX, da Constituição Brasileira de 1946).

Com o advento de um regime de exceção no país, através da chamada Ditadura Militar foi “promulgada”¹¹⁴ uma nova Constituição em 1967. Este Diploma previu do mesmo modo que as anteriores várias situações que ensejavam a concessão de foro especial por prerrogativa de função.

Segundo ela, deveria ser competência privativa do Senado Federal o julgamento do Presidente da República nas hipóteses de crimes de responsabilidade e, havendo conexão, os Ministros de Estado. Além disso, competia ao Senado o processamento e o julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade (art. 44, I e II, da Constituição Brasileira de 1967).

Quando se tratava do julgamento dos crimes comuns, este competia ao Supremo Tribunal Federal (art. 85, da Constituição Brasileira de 1967).

Importa frisar que, tanto nos casos de crimes comuns como os de responsabilidade, o processamento e julgamento, seja pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pelo Senado, respectivamente, dependeria da manifestação favorável prévia de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados (art. 85, da Constituição Brasileira de 1967).

Em relação aos Ministros de Estado, nas hipóteses de crimes comuns e de responsabilidade, aqueles deveriam ser processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal e, no caso dos ilícitos conexos com os do Presidente da República, pelos órgãos competentes para o processo e julgamento deste (art. 88, da Constituição Brasileira de 1967).

Já ao Supremo Tribunal Federal, a Constituição atribuía a competência para realizar o processamento e o julgamento, de modo originário: na hipótese de crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; nos casos de crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, os Juízes Federais, os Juízes do Trabalho e os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente (art. 114, I, “a” e “b”, da Constituição Brasileira de 1967).

No que tange a jurisdição estadual, os Tribunais de Justiça eram privativamente competentes ao processamento e julgamento dos membros do Tribunal de Alçada e dos Juízes de instância mais baixa, tanto nos crimes comuns e como nos de responsabilidade, salvo a

¹¹⁴ Colocamos a expressão entre aspas, pois se sabe que, em verdade, a Constituição de 1967 foi uma imposição dos militares que comandavam o país na época, não tendo existido, na real acepção da palavra, uma promulgação.

competência específica da Justiça Eleitoral, na hipótese de crimes eleitorais (art. 136, § 3º, da Constituição Brasileira de 1967).

6.2.5 O foro por prerrogativa de função na atual Constituição Brasileira

Se realizarmos um comparativo com as Constituições acima referidas, não há dúvidas que a atribuição de foros especiais por prerrogativa de função foi extremado pela Constituição de 1988, a qual encampou no seu âmbito de proteção um número significativo de autoridades.

De acordo com a atual redação da Constituição Federal ou ainda a partir da exegese de suas leis decorrente, o foro por prerrogativa de função é conferido às seguintes autoridades: ao Presidente e o Vice-Presidente da República; aos membros do Congresso Nacional; aos Ministros do Supremo Tribunal Federal; ao Procurador-Geral da República; aos Ministros de Estado; aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; aos membros dos Tribunais Superiores, aos do Tribunal de Contas da União e aos chefes de missão diplomática de caráter permanente; e às autoridades ou funcionários cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, em caso de *habeas corpus*; aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal; aos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; aos membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, aos dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho; aos membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e aos do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; às autoridades federais da administração direta ou indireta, em caso de mandado de injunção; aos juízes federais, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho; aos membros do Ministério Público da União; aos juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como aos membros do Ministério Público estadual; aos Prefeitos; aos oficiais gerais das três Armas (art. 6º, I, da Lei Federal nº. 8.719, de 1993); e aos juízes eleitorais, nos crimes eleitorais (art. 29, I, “d”, do Código Eleitoral).

Conforme entendimento fixado pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, atualmente é pacífico afirmar que o foro especial por prerrogativa de função deve ser determinado de modo exclusivo pela Constituição de 1988 ou por leis às quais ela remete, sendo sua enumeração constitucional taxativa (*numerus clausus*).

Apesar de tantas autoridades abrangidas pela garantia do foro por prerrogativa de função¹¹⁵, no que tange ao objeto de nosso estudo, terá relevância a observação daquelas que

¹¹⁵ Importa destacar que, se não bastasse o alto número de autoridades abrangidas pela garantia do foro especial, outras pessoas, não constantes do rol próprio constitucional podem igualmente serem levadas a julgamento

possuem o “direito” de serem julgadas criminalmente perante o Supremo Tribunal Federal, quais sejam: o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (excepcionado o previsto no art. 52, I, da Constituição Federal), os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, aos quais, segundo o modelo que vinha sendo empregado no âmbito do Pretório Excelso, não seria garantido o direito a uma revisão de seus julgados em caso de condenação¹¹⁶.

6.2.6 O foro por prerrogativa de função, a isonomia e os reflexos no resultado definitivo das demandas

Antes de adentrarmos de modo efetivo no objeto desse trabalho, não podemos nos furtar a discussão acerca da legitimidade normativa do foro por prerrogativa de função.

É sabido na doutrina do direito constitucional que a isonomia abrange critérios formais e materiais, sendo possível um tratamento diferenciado, visando à concretização de uma isonomia material.

Essa ideia remonta os ensinamentos de Rui Barbosa (1997, p. 26), o qual afirma, com fulcro nas lições de Aristóteles, que: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”.

A questão é: qual a desigualdade que se pretende anular com a concessão do direito ao foro por prerrogativa de função?

Evidentemente que a experiência mostra que algumas autoridades, tendo em vista o seu papel na estrutura da organização do Estado devem ser melhor protegidos quanto a possíveis ingerências ou mesmo tentativas de ruptura institucional desprovida de legitimidade jurídico-democrática, mas não na forma como tem ocorrido na experiência brasileira.

Por aqui, vários sujeitos, sem qualquer tipo de forte relevância para a existência do Estado, são “beneficiados” com a ida de seus processos diretamente ao Supremo Tribunal Federal, onde deixam, não raras vezes, de serem punidos em razão do enorme número de

perante foros específicos, em razão do uso de regras processuais de conexão. Um exemplo disso é o grande número de pessoas que, a princípio, não detinham direito ao foro privilegiado e acabaram sendo julgados pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Penal Originária nº. 470-DF, que ficou conhecido como “Processo do Mensalão”.

¹¹⁶ Falamos em com o verbo no passado, pois a alteração regimental promovida pela Emenda nº. 01/2014-STF, ao que parece, modificará esse cenário.

feitos que acabam tramitando diretamente naquela Corte, que conta com um número pequeno de julgadores.

Estudo realizado pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB)¹¹⁷ aponta que a maior parcela das ações penais originárias que ingressam no STF trata de crimes contra a administração pública (33,85%), seguida por ações pela prática de crimes eleitorais (16,92%) e de crimes contra a honra (13,85%).

Outras demandas, no total de 16,92%, são formadas pelo somatório de ações relacionadas a crimes contra o sistema financeiro nacional (3,85%), crimes ambientais (2,31%), crimes contra a incolumidade pública (1,54%), crimes contra a liberdade individual (1,54%), crimes militares (0,77%) e crimes urbanísticos (0,77%). Nessa pesquisa, não estavam disponíveis informações sobre os crimes que ensejaram a denúncia ou a queixa em 4,62% das ações penais analisadas¹¹⁸.

Desse total, chama a atenção na referida pesquisa que a maioria foi remetida à instância inferior (35,38%), possivelmente em decorrência do término do mandato do réu ou querelado, bem como um número significativo (10%) acabou sendo extinto pela ocorrência da prescrição.

Veja-se, se excluirmos as demandas que foram remetidas para a instância inferior, chegaremos ao não satisfatório índice de 15,47% de demandas extintas pela ocorrência da prescrição.

Porém, o mais alarmante é que, no período estudado, nenhuma ação penal originária tinha resultado a condenação de qualquer acusado e, em seis decisões, equivalente a 4,62% dos casos julgados, houve a absolvição.

Ou seja, pelo que é possível verificar no estudo mencionado e na forma como foi estruturado o foro por prerrogativa de função no Brasil, existe uma inclinação para a sua ineficácia prática.

¹¹⁷ Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/estudo_corrupcao.pdf>. Acesso em 20 mai. 2016.

¹¹⁸ O estudo registra que, na série histórica analisada, não foram identificadas ações penais originárias distribuídas no STF entre 10/06/1996 e 28/2/2002. O próprio Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário não registra a distribuição de ações penais originárias no STF neste período. É de se anotar, ainda, que, em 1999, foi cancelada a Súmula 294 do STF, que estabelecia a prerrogativa de foro para os agentes políticos mesmo após seu afastamento do cargo. Além disso, o estudo destaca que, a partir de 2002, houve um acréscimo de ações penais distribuídas no Tribunal, com um aumento importante em 2003 e 2004, os quais imagina que podem estar relacionados com a aprovação da Lei Federal nº. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, no Congresso Nacional, a qual fixou a competência especial por prerrogativa de função para o julgamento dos crimes decorrentes de atos administrativos dos agentes políticos, mesmo que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função pública, norma esta que restou declarada inconstitucional por decisão do STF, na ADI 2787, em 15 de setembro de 2005.

Talvez, por isso, pouco ou quase nada se falava, até o julgamento do chamado “Processo do Mensalão”, sobre o direito ao duplo grau de jurisdição, uma vez que ninguém era condenado.

É exatamente aí que reside a violação à isonomia, uma vez que, ao garantir o tratamento diferenciado no que tange ao órgão de apreciação do feito, competiria ao Estado gerar condições para que todos os acusados, seja os detentores de foro especial por prerrogativa de função ou mesmo os que não possuem tal garantia, tivessem semelhante resultado final em seus julgamentos, em especial, com a resolução do feito antes da ocorrência do fenômeno da prescrição, o que não se vinha sendo verificado na prática, conforme já referido na pesquisa acima mencionada.

É bem verdade que a realidade apontada na pesquisa acima referida da Associação dos Magistrados Brasileiros teve uma modificação a partir do julgamento da Ação Penal Originária nº. 370-DF, em que várias pessoas, detentoras de foro especial por prerrogativa da função, acabaram sendo condenados, bem como após a modificação da competência para conhecimento de ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal, mas há um longo caminho ainda a ser percorrido e que, nesta matéria, passa necessariamente por uma revisão substancial no instituto do foro por prerrogativa de função.

6.3 O Duplo Grau de Jurisdição e sua aplicação nos julgamentos criminais originários do Supremo Tribunal Federal: panorama doutrinário e jurisprudencial

Caso realizemos uma verificação na doutrina processual penal brasileira, teremos quase que como uma constante, muito disso influenciado pela tradição doutrinária nacional, o entendimento que afirma a desnecessidade da atenção à garantia do duplo grau de jurisdição nos casos julgados diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Por exemplo, podemos apontar as lições de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2012, p. 499), segundo as quais a partir do instante que a Constituição fixa a competência originária de um certo órgão judicial e não prevê o cabimento de recurso ordinário da decisão proferida por este órgão, não há o que se falar em direito ao duplo grau de jurisdição, seja por força da lei, seja por força do que dispõe os tratados e convenções internacionais.

Na mesma linha dos constitucionalistas mencionados, é o pensamento de Edílson Mougenot Bonfim (2014, p. 103), o qual afirma que, ao determinar casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, a Constituição resta por instituir hipóteses em que

não haverá o duplo grau de jurisdição. Assim, nos casos julgados originariamente pelo Pretório Excelso, esta Corte será a única e última instância.

Vejam também a lição de Aury Lopes Júnior (2014, p. 1157), segundo o qual deve prevalecer o entendimento de que a Constituição não prescreve de modo expresso o duplo grau de jurisdição, mas as hipóteses em que ocorrerá julgamento originário pelos tribunais, sendo lícito, portanto, uma restrição à garantia oriunda da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Afirma ainda o autor que, mesmo que o duplo grau de jurisdição fosse consagrado no texto constitucional, poderia existir a supressão ou limitação pelo próprio sistema constitucional. Resume seu posicionamento destacando que existindo um órgão colegiado em primeiro grau, pode haver restrição recursal, mas nunca poderá haver restrição recursal nas hipóteses de julgamento monocrático em primeiro grau (juiz singular).

E ainda a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 844), a qual aponta que, numa ação penal de competência originária dos tribunais de segunda instância, por exemplo, não se pode invocar violação ao duplo grau de jurisdição pela inexistência de um recurso ordinário cabível. Nessa hipótese, prossegue Oliveira, o órgão colegiado atua diretamente em relação às questões de fato e de direito, realizando, ao mesmo tempo, a instrução probatória e o julgamento. O reexame da matéria já estaria garantido pelo fato de a decisão ser plural, com a participação de mais de um julgador. Nesses casos, o afastamento da exigência do duplo grau de jurisdição seria oriundo da própria Constituição.

No mais, a maior parte da doutrina processual penal no país segue a mesma linha, consoante se pode verificar, por exemplo, nas obras de Vicente Greco Filho¹¹⁹, Nestor Távora e Rosmar Alencar¹²⁰, Fernando Capez¹²¹, Renato Brasileiro de Lima¹²² e Renato Marcão¹²³, entre outros.

Anote-se, no entanto, que alguns destes chegam a reconhecer a natureza constitucional do duplo grau de jurisdição, mas o nega em relação aos que detém foro especial por prerrogativa de função junto aos Tribunais, entre os quais o Supremo Tribunal Federal.

Na contramão desse movimento, podemos destacar as lições de Guilherme Nucci: “se uma pessoa, condenada na justiça federal de primeiro grau tem o direito constitucional de [no mínimo] recorrer ao STF, por que outros réus não teriam o mesmo direito? Assim, a garantia

¹¹⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54.

¹²⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 65.

¹²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73.

¹²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 1549.

¹²³ MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 821.

do duplo grau de jurisdição é, sem dúvida, princípio básico do processo penal” (NUCCI, 2013, p. 109).

Seguindo essa linha, mesmo compreendendo a regra tradicionalmente veiculada e acima mencionada, segundo a qual nas ações penais originárias não há o duplo grau de jurisdição, é clara a insatisfação do processualista Fernando da Costa Tourinho Filho (2014, p. 574), em relação àquela, apresentando soluções que compartilharemos mais adiante como possibilidades para a aplicação do duplo grau de jurisdição nos julgamentos originários do Supremo Tribunal Federal.

Inobstante esses questionamentos, como já visto neste trabalho, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal cada vez mais tem sido rígida e se direciona no sentido de entender incabível a garantia do duplo grau de jurisdição para os indivíduos que forem julgados pelos Tribunais. Um exemplo disso é o resultado da Ação Penal Originária nº. 470-DF, que teve esta tese completamente rechaçada pela maioria dos Ministros da Corte Maior.

Este proceder, igualmente como já visto, segue linha oposta a que vem sendo trilhada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, notadamente em alguns casos já estudados neste trabalho, como o Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.

Importa destacar, por oportuno, que essa situação de violação da previsão textual e jurisprudencial do contido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos se agravou a partir da aprovação pelo Congresso Nacional¹²⁴ e pelo Presidente da República¹²⁵ da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados.

Esse tratado, firmado pelo Brasil, tem como uma de suas normas pilares a impossibilidade de invocação da ordem jurídica interna para fins de inadimplemento de uma obrigação oriunda de um tratado regularmente firmado (Artigo 27 - Direito Interno e Observância de Tratados – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46).

Neste sentido, perde totalmente a força os argumentos que retiravam do âmbito de obrigatoriedade do Brasil a cláusula referente ao duplo grau de jurisdição, na totalidade dos processos criminais, com a justificativa de que ele não encontrava guarida constitucional.

Ora, se o Estado não pode invocar as determinações do direito interno para descumprir uma obrigação assumida no âmbito internacional, através de um tratado, o Brasil não pode olvidar o cumprimento do duplo grau de jurisdição em todos os processos criminais que

¹²⁴ Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009.

¹²⁵ Decreto nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

forem julgados no país, sob pena de violar a obrigação assumida quando da assinatura da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Vale destacar que os países tem a possibilidade jurídica de rejeitar a assunção de qualquer compromisso constante em um tratado internacional, desde que não destrua seu sentido.

No caso em exame, poderia ter o Brasil imposto reservas em relação à garantia do duplo grau de jurisdição, no âmbito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Se assim não procedeu, admitiu-o com toda a sua extensão; no caso, para abarcar todo o qualquer sentenciado, inclusive quando julgado pela mais alta Corte do país, qual seja: o Supremo Tribunal Federal.

6.4 Possibilidades para a aplicação do princípio do Duplo Grau de Jurisdição nos julgamentos criminais originários do Supremo Tribunal Federal

Devemos destacar, de início, que a materialização da garantia do duplo grau de jurisdição em todos os processos, notadamente os criminais cuja tramitação se dê inicialmente perante os Tribunais, é, em nossa ótica, um imperativo oriundo do princípio constitucional republicano.

Não é de se admitir na República que sejam efetivadas decisões em nome do Estado em que não seja disponibilizada aos interessados a possibilidade de questioná-las mediante procedimento próprio, estabelecido na Lei, sob pena de os emitentes das decisões se arvorarem no completo arbítrio, o que se admite *ab absurdo*.

Neste cenário, temos basicamente duas possibilidades para a adequação do ordenamento nacional pátrio, incluindo a Constituição Federal, às disposições contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos no que tange a efetivação da garantia do duplo grau de jurisdição a todos os condenados, abarcando, também, àqueles que, por força legal, detém um foro privilegiado perante um Tribunal, como o Supremo Tribunal Federal.

6.4.1 O fim do foro por prerrogativa de função perante os Tribunais

Como já mencionamos, não há, na prática, grandes dificuldades em se considerar a possibilidade de manejo de recursos em face de decisões proferidas pelos Tribunais que se encontram hierarquicamente localizados, dentro da estrutura do Poder Judiciário, abaixo do Supremo Tribunal Federal.

Nesses casos, para fins de cumprimento da disposição convencional contida no Pacto de São José da Costa Rica, bastaria dar competência recursal aos Tribunais hierarquicamente superiores aos prolatadores da decisão a ser combatida.

Essa medida, no entanto, esbarra em uma questão técnica: as competências processuais dos Tribunais estão estabelecidas pela Constituição Federal, o que indica que a ampliação destas depende de uma alteração constitucional, o que se sabe, muitas vezes é penosa, dada a rigidez do modelo adotado no Brasil.

Assim, mais simples seria a completa extinção do foro por prerrogativa de função nas demandas criminais propostas originariamente perante os Tribunais.

Essa medida, por mais radical que aparente ser, na seara criminal, encontrará semelhantes na experiência constitucional de vários países desenvolvidos e já estudados nesse trabalho, a exemplo de Reino Unido e Estados Unidos da América.

Atente-se, por oportuno, que, caso essa medida viesse a ser adotada, o que não imaginamos que possa efetivamente ocorrer na prática nacional brasileira, ante o entendimento dessa garantia de foro especial ser compreendida por muitos como uma vantagem ou regalia, sua aplicação nos casos futuros não geraria qualquer violação à cláusulas pétreas constitucionais, haja vista que ela não pode ser considerada uma garantia constitucional processual fundamental, por não atender aos predicados já estudados acima e veiculados a partir das lições de Vieira de Andrade (2012, p. 92): “direitos fundamentais têm de ser os direitos básicos, essenciais, principais, que caracterizam a pessoa, mesmo que não estejam previstos no catálogo ou na Constituição, mas só esses”.

Importa destacar, por oportuno, que, no modelo que tem sido aplicado, se tem preferido preservar uma suposta vantagem processual de foro, que, a princípio, não concede ao sujeito qualquer garantia de resultado mais adequado ou justo, em detrimento de uma garantia processual, de natureza humana, que pode ensejar, a partir de uma revisão do seu conteúdo decisivo, na busca das normais falhas de conteúdo oriundas da falibilidade humana, um final com maior atenção à segurança jurídica e a efetiva aplicação da lei, o que entendemos ser odioso.

6.4.2 A adequação do rito processual nos julgamentos de processos criminais de competência originária perante os Tribunais

Saindo dessa opção radical e partindo para uma proposta mais alinhada com a proporcionalidade, entendemos que a adequação do rito processual nos julgamentos de

processos criminais de competência originária perante os Tribunais, talvez, seja a solução mais clara e sensata a ser adotada para fins de concretização da garantia convencional do duplo grau de jurisdição desses feitos processuais.

Já mencionamos que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal Originária nº. 470-DF, deparou-se com a questão da violação da garantia convencional do duplo grau de jurisdição, a qual foi suscitada por vários dos réus neste feito.

Apesar das reclamações dos interessados, no julgamento da aludida Ação, o Supremo Tribunal Federal realizou a análise do feito através do Plenário da Corte, o que acabou inviabilizando o acesso ao duplo grau de jurisdição.

É verdade que, o próprio Supremo Tribunal Federal de certo modo acabou fomentando a tese de que os embargos infringentes manejados por alguns dos condenados tinham ocasionado o cumprimento das disposições convencionais.

No entanto, considerando que tal remédio processual não tem o condão de abranger a análise integral de fatos e de direito reclamados pelos recorrentes forçoso reconhecer o desatendimento ao que prescreve a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, n. 2, “h”.

É de se anotar, por oportuno, a partir da exegese dos dispositivos da Constituição Federal, em sua atual redação, que a competência originária dos feitos criminais é simplesmente dada aos Tribunais, sem qualquer obrigatoriedade de que seja analisado por este ou aquele órgão, o que indica que a legislação infraconstitucional, no caso, os Regimentos Internos de cada um deles, é que deverão fixar, dentro de sua estrutura, como se dará o processamento destes.

Desse modo, em prol da modificação dos regramentos referentes ao rito processual a ser adotado no julgamento desses casos é que trazemos a lume a precisa lição de Tourinho Filho (2014, p. 574), que aponta a ausência de impeditivos para que a pessoa com foro privativo venha a ser processado e julgado pela Câmara ou Turma do Tribunal competente, dando-se recurso de apelo ao Pleno ou Órgão Especial, onde houver. É esta a solução existente em relação ao julgamento dos Prefeitos no Estado de São Paulo. Eles são julgados por uma Câmara Criminal especializada. Nos demais Estados, qualquer das Câmaras Criminais tem competência para processar e julgar prefeito.

Como acima mencionado pelo processualista Tourinho Filho, não há qualquer mal em se direcionar a apreciação originária dos feitos criminais relativos aos detentores de foro especial por prerrogativa de função aos órgãos fracionários dos Tribunais, permitindo, dessa

forma, o manejo do recurso oriundo da “Sentença” (Acórdão) proferida por um desses órgãos ao Plenário da Casa.

É fato que, na sistemática do processamento recursal vigente em nosso país, existe a possibilidade da apresentação de recursos que são analisados pelo próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão impugnada¹²⁶. São exemplos de recursos dessa natureza os embargos de declaração, os embargos infringentes e os agravos internos, também chamados de agravos regimentais.

Para fins de fundamentar doutrinariamente esse posicionamento trazemos a análise a lição de Carnelutti (1959, p. 182):

Según la función, los procedimientos de impugnación se distinguen sobre la base del criterio siguiente: la renovación del procedimiento puede hacerse a fin de remediar una anomalía que ha viciado el procedimiento anterior, o independientemente de ella; en el primer caso, se habla de reparación; en el segundo, de nuevo examen. Se puede comprender desde ahora que los procedimientos de reparación no exigen un oficio distinto del que pronunció la sentencia impugnada, toda vez que, excluida la anomalía del procedimiento impugnado, el mismo oficio puede ser puesto en condiciones de corregir su propio error; en cambio, en cuanto al procedimiento de nuevo examen, es conveniente, ya que no en rigor necesaria, la diversidad del oficio. Por eso los procedimientos de nuevo examen presentan diferencia, y los procedimientos de reparación presentan, en cambio, identidad de oficio, en relación al procedimiento impugnado.

E não custa renovar, neste instante, o já mencionado trecho da obra deste autor italiano (CARNELUTTI, 1959, p. 227):

La función de la apelación está en someter la litis o el negocio a un segundo examen que ofrezca mayores garantías que el primero, ya que se sirve de la experiencia de éste y lo realiza un oficio superior (supra, ns. 131 y 522); pero este último no es un carácter esencial, ya que la apelación puede ser hecha también ante un juez de grado igual a aquel que pronunció la sentencia impugnada (así ocurre en orden a la apelación extraordinaria en cuanto al procedimiento de reenvío; infra, n. 609); lo esencial es que se trata de un examen reiterado, esto es, de una revisión de todo cuanto se hizo la primera vez, y esa reiteración permite evitar los errores y suplir las lagunas en que eventualmente se incurrió en el examen anterior.

¹²⁶ Existe entendimento no sentido de que, não obstante a denominação formal de recurso, não seriam tais impugnações às decisões judiciais efetivamente recursos, na acepção formal da palavra, porém, discordamos de tal posicionamento, já que, como visto neste trabalho, desde sua gênese, a palavra recurso tem o sentido de “voltar atrás”, corrigir um determinado posicionamento anteriormente feito.

Seguindo esse posicionamento é que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, a quem compete realizar a interpretação das normas contidas no Pacto de São José da Costa Rica, é enfática ao admitir essa possibilidade.

Gomes e Mazzuoli (2013, p. 148), conforme já mencionado neste trabalho no Capítulo anterior, destacam esse posicionamento da Corte Interamericana, no sentido de que não há a necessidade de que o julgamento do recurso seja realizado obrigatoriamente por um órgão hierarquicamente superior, mas que seja realizado por “um juiz ou tribunal distinto, que conte com as faculdades de revisar os fatos, provas e direito objeto da sentença recorrida (CIDH, Informe 50/2000)”.

Igualmente já foi mencionada a crítica de Treschel (2005, p. 368) a esse posicionamento, pois, para ele, tendo como base a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU, no Caso Consuelo Salgar de Montejo v. Colômbia, para o atendimento do dispositivo convencional que garante o duplo grau de jurisdição, não é suficiente o reexame do caso, quando realizado pelo mesmo Tribunal.

Apesar dos posicionamentos díspares, perfilhamo-nos ao entendimento de que o julgamento do recurso eventualmente manejado em face da decisão final condenatória pode sim ser realizado perante o mesmo Órgão Jurisdicional.

Contudo, entendemos que, para a lisura e a efetividade da garantia do duplo grau de jurisdição, é imperioso que os julgadores que participaram do primeiro julgamento, no âmbito da expressão fracionária do Tribunal, estejam impedidos de participarem da apreciação e julgamento do aludido recurso.

Entender de forma diversa é, em nosso sentir, esvaziar o conteúdo da garantia convencional, uma vez que o recorrente já iniciará a discussão, pelo menos em tese, com um determinado número de votos contrários a sua tese recursal, tendo em vista o resultado do julgamento primitivo.

Talvez tenha sido exatamente para acabar com tais discussões e diante de uma possível responsabilização do Estado Brasileiro por violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no que toca à garantia do duplo grau de jurisdição, que o Supremo Tribunal Federal, sem grande alarde, promoveu uma alteração em seu Regimento Interno, repassando a competência para apreciação de feitos criminais originários movidos em face de determinados detentores do foro especial por prerrogativa de função para as Turmas da aludida Corte.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal determina as competências do Plenário nos seus arts. 5º a 8º e a das turmas nos arts. 8º e 9º.

Tanto o Plenário, quanto as Turmas são órgãos decisórios colegiados da Suprema Corte. O Plenário é composto por 11 ministros, sendo presidido pelo Presidente da Casa, enquanto cada uma das duas Turmas da Corte é composta por cinco ministros e há um revezamento no exercício da presidência desses órgãos. Devemos registrar que o Presidente do Supremo Tribunal Federal, por seu turno, não tem assento em nenhuma das Turmas.

Com a alteração Regimental promovida em 2014 (Emenda Regimental nº. 49/2014), passou à competência das Turmas a apreciação dos casos envolvendo, nos crimes comuns, os Deputados e Senadores, ressalvada a competência do Plenário, bem como, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, da Constituição Federal, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade da conduta. Além destas competências, cabe às Turmas analisarem os pedidos de arquivamento dos processos, por atipicidade de conduta, de qualquer uma dessas autoridades.

Podemos verificar a guinada efetivada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do comparativo entre os textos antigo e atual do Regimento Interno da referida Corte, notadamente os artigos referentes à competência jurisdicional do Plenário e das Turmas. Veja-se:

Nova Redação (após Emenda Regimental nº. 49/2014)	Redação Original
<p>Art. 5º Compete ao Plenário processar e julgar originariamente:</p> <p>I – nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta;</p> <p>II – REVOGADO [...]</p>	<p>Art. 5º Compete ao Plenário processar e julgar originariamente:</p> <p>I – nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;</p> <p>II – nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, salvo o disposto no inciso I do art. 422 da Constituição; os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;</p>

<p>Art. 9º Além do disposto no art. 8º, compete às Turmas:</p> <p>I – processar e julgar originariamente:</p> <p>[...]</p> <p>j) nos crimes comuns, os Deputados e Senadores, ressalvada a competência do Plenário, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta;</p> <p>k) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, da Constituição Federal, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade da conduta.</p>	<p>[...]</p> <p>Art. 9º Além do disposto no art. 8º, compete às Turmas:</p> <p>I – processar e julgar originariamente:</p> <p>[...]</p> <p>j) sem disposição equivalente</p> <p>k) sem disposição equivalente</p>
--	---

Essa alteração regimental, que passou de modo despercebido por muitos, não significa uma singela mudança, mas uma substancial modificação no ritmo da marcha processual das ações penais originárias que tramitam no Supremo Tribunal Federal.

Ela é também, sem dúvida, uma resposta da Corte a celeridade processual, bem como reduz drasticamente a quantidade de processos a serem analisados diretamente pelo Plenário da Casa. Como efeito dessa alteração, temos igualmente uma resposta à uma eventual condenação do Estado Brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em razão da não observação do duplo grau de jurisdição no julgamento do chamado processo do mensalão (AP 370-MG).

O interessante é que a alteração regimental ocorrida se coaduna com a solução dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no seu já estudado Informe 50/2000, bem como é a solução apontada, no âmbito nacional, pelo já referido processualista Tourinho Filho (2014, p. 574).

Vale destacar, por oportuno, que essa alteração vai, ainda que de modo lento, ao encontro da modernização e especialização dos Tribunais Superiores, reduzindo a quantidade de feitos que devem tramitar originariamente e com competência inicial da integralidade dos membros da Corte julgadora.

Importa salientar, no entanto, que esse caminho ainda está sendo trilhado de modo muito tímido, principalmente pelo fato de que alterações mais substanciais demandariam alteração de ordem constitucional, no sentido de retirar do Supremo Tribunal Federal a

competência de julgamento originário de ações penais, mas efetivamente é um começo importante e que garante a efetividade da norma internacional que prescreve o duplo grau de jurisdição como garantia dos acusados em processos criminais.

Como se pode verificar, várias são as alternativas para a concretização da garantia do duplo grau de jurisdição, sem maiores traumas ao ordenamento e a tradição jurídica nacional, o que se exige é, somente, coragem para superar as críticas que podem advir de uma interpretação equivocada acerca do instituto (duplo grau de jurisdição)¹²⁷ e sua eficácia prática.

Ousamos afirmar que, ao contrário do que se pensa, a observação dos mecanismos propostos neste trabalho pode ser importante meio de otimização na apreciação dos feitos criminais originários, posto que os debates mais acalorados podem ser dirimidos numa fase inicial, sem a participação de um número considerável de julgadores, o que, certamente, reduzirá o tempo dos julgamentos e, conseqüentemente, acelerará o trâmite das demandas dessa natureza.

¹²⁷ Entendimentos que apontem para o intuito meramente protelatório dos recursos.

7 CONCLUSÃO

Pelo que se pode observar neste trabalho, a falibilidade humana é um fato do qual nós não podemos nos desvencilhar, estando sujeito a ela todos os indivíduos, até mesmo aqueles dotados da mais alta cultura.

Dentro desse cenário fático, entender que julgadores como os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outra Corte de alta hierarquia não estão sujeitos a erros é conceder a eles um *status* intelectual de verdadeiros deuses, o que é cientificamente incabível.

Como foi possível averiguar neste trabalho, o anseio humano para que as decisões em seu desfavor sejam, ao menos, reapreciadas uma única vez, remota a antiguidade, havendo exemplos rudimentares dessa prática nas mais diversas sociedades daquele período histórico.

O capítulo I desta dissertação aponta para essa realidade e demonstra de modo inequívoco que o duplo grau de jurisdição tem origens remotas, em sociedades bastante antigas, e desde então, esse proceder não deixou de existir em nenhum momento da história da humanidade.

Mudaram seus fundamentos, chegando ao ponto de os soberanos se utilizarem dela para demonstrar aos seus súditos uma clemência ou piedade que, em parte de seus atos, não era visível. Contudo, a essência do instituto, que dava aos indivíduos o direito de obter uma segunda análise de seus casos foi mantida.

Durante as Idades Média, Moderna, até chegar na Idade Contemporânea, o direito a uma revisão dos julgados proferidos pelos órgãos de Estado passaram a figurar, de modo expresso, em vários diplomas normativos ao redor do mundo.

Já no século passado, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas, a positivação de normas essencialmente ligadas a defesa do homem foi reforçada e culminou com a aprovação de vários documentos internacionais de direitos humanos: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP, Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH, Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH, entre outros.

No bojo da maioria desses documentos, é possível identificar o reconhecimento da falibilidade humana e a existência da previsão do direito humano ao duplo grau de jurisdição, no intuito de preservar a segurança jurídica e o acerto dos julgados.

É exatamente esses fundamentos que foram estudados no Capítulo II de nosso trabalho que apontam, de modo inequívoco, a juridicidade da garantia do duplo grau de jurisdição,

notadamente sua íntima ligação com os ideais de justiça e de respeito ao Estado Democrático de Direito.

No capítulo III, foi possível verificar a previsão do duplo grau de jurisdição nos mais variados sistemas jurídicos do mundo, incluindo os sistemas internacionais de defesa dos direitos humanos.

Seja de forma bastante clara, como nos países menos desenvolvidos e oriundos de regimes opressores, ou de modo mais moderado, como nos países mais desenvolvidos, o duplo grau de jurisdição está presente em maior ou menor grau, de modo expresso ou implícito.

Não é a toa que este direito é consagrado em vários diplomas internacionais de direitos humanos, dentre eles a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que é a que mais nos interessou neste estudo, haja vista a localização geográfica do Brasil e o fato dele ser daquela signatário.

Ainda nesse Capítulo, foi possível observar que o Brasil, seguindo uma tradição pacifista e de respeito aos direitos humanos, ao menos em tese, desde as participações nas tratativas internacionais do “Águia de Haia”, Ruy Barbosa, aderiu a uma ampla gama de tratados internacionais de defesa do homem, dentre eles pelo menos dois¹²⁸ que prescrevem, como garantia dos sentenciados o duplo grau de jurisdição.

Devemos atentar que, em um desses tratados (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), a garantia recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro através de sua adesão não comporta qualquer tipo de restrição, diferentemente do que ocorre nos países que aderiram ao sistema europeu de direitos humanos.

No capítulo IV, demos ênfase a fundamentação do duplo grau de jurisdição enquanto direito fundamental constitucional material no sistema jurídico brasileiro.

Para chegar a tal conclusão demonstramos a nossa filiação à teoria monista com prevalência do direito internacional, por entendermos que se trata a que melhor consegue explicar uma série de fenômenos jurídicos que vivenciamos neste instante.

Não há como, diante do momento histórico em que vivemos, nos quais as fronteiras dos Estados estão sendo, a cada dia que passa, dissolvidas, dentro do processo de globalização, mantermos um posicionamento rígido de prevalência de normas internas, em defesa de uma soberania que está, em vários aspectos, reduzindo sua abrangência, fechamos

¹²⁸ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

os olhos à regulamentação internacional e olvidarmos o cumprimento das normas nela estabelecidas.

Como já tivemos oportunidade de mencionar neste trabalho, a adesão aos tratados internacionais não é cogente do ponto de vista formal, mas apenas um imperativo moral, o que torna não ético, da parte de um Estado, assumir um compromisso internacional e, no instante de por em prática essa obrigação, furtar-se a sua aplicação.

Infelizmente, é exatamente isso que vem ocorrendo no Brasil, no que tange à questão do Duplo Grau de Jurisdição, que levou o país a ser denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e que pode gerar uma condenação do Estado Brasileiro no âmbito internacional.

Como mencionamos no Capítulo IV, a maior Corte Jurisdicional do país, o Supremo Tribunal Federal, teve a possibilidade de, no julgamento do “Processo do Mensalão”, dar um exemplo mundial de respeito às normas internacionais aderidas pelo Estado Brasileiro, mas preferiu seguir caminho diverso.

Não adentraremos, por não ter sido objeto de nossa pesquisa, na seara do acerto ou desacerto no que toca ao mérito analisado naqueles autos. O que nos importa é apontar o equívoco do Pretório Excelso ao não garantir aos acusados naquele feito o direito a um recurso efetivo.

Vale salientar, como já mencionado anteriormente, que os embargos infringentes recebidos pelo aludido Tribunal, no processo em comento, não teve o condão de garantir o atendimento à previsão convencional, por não ser o instrumento processual apto a rediscussão integral da matéria submetida a julgamento.

Destaque-se que, pelo que foi demonstrado na exposição deste trabalho, não há dúvidas de que o Duplo Grau de Jurisdição, a partir da recepção de normas internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e, em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aliada à previsão do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, foi integrado ao bloco constitucional de direitos humanos fundamentais, pouco importando sua presença expressa na Carta Cidadã de 1988.

Em assim sendo, os Tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, a quem compete a guarda da Constituição, não podem se furtar a aplicação deste postulado, sob pena de violação direta de matéria constitucional, o que não se pode admitir nem por absurdo.

Por derradeiro, no Capítulo V de nosso trabalho, demonstramos as razões históricas e fáticas que sustentam a existência no país do chamado foro por prerrogativa de função,

privilégio odiável do ponto de vista da isonomia, em especial na forma como vem sendo tratado no Brasil.

O alto número de autoridades sujeitas ao julgamento originário pelos Tribunais Superiores deixa clara a busca de impunidade por aquelas.

No referido capítulo tivemos a oportunidade de apresentar números oriundos de estudo encomendado pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB e que aponta um vergonhoso número de processos que foram arquivados no âmbito do Supremo Tribunal Federal por motivos de prescrição.

Esta prescrição, por seu turno, em muito ocasionada pelo alto número de feitos em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, o qual, por seu lado, possui um número diminuto de julgadores.

Ao que parece o Supremo Tribunal Federal é uma Corte criada para deter um número substancial e esquizofrênico de competências e, conseqüentemente, não funcionar.

Nenhum país organizado no mundo possui uma Corte de Justiça com o número de competências tão exagerado como o Supremo Tribunal Federal.

É exatamente nesse cenário de verdadeira impossibilidade de trabalho do Tribunal que a questão do foro por prerrogativa de função e o duplo grau de jurisdição ganham traços importantes.

Primeiro, o foro especial por prerrogativa de função, por ser uma exceção, deveria estar, como acontece nos países desenvolvidos e na forma mencionada no corpo do trabalho, restrita a um número reduzido de autoridades e não a um número tão grande como ocorre no Brasil.

Manter esse número extremo de autoridades com foro especial perante o Supremo Tribunal Federal implica em duas conseqüências muito claras pelo que foi visto neste trabalho: a impunidade, já que os feitos não conseguem ser apreciados dentro de um prazo razoável, e o engessamento da Corte, por não conseguir dar conta do alto número de feitos levados à sua apreciação.

Ainda no Capítulo V, para tentar solucionar, ao menos em parte, este problema apresentamos duas sugestões básicas e que acabariam por gerar a efetivação da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.

A primeira e mais drástica solução seria a extinção do foro especial por prerrogativa de função ou, no mínimo, a redução das autoridades sujeitas a tal benefício.

Com essa medida, um número significativo de ações criminais que atualmente são de competência originária do Supremo Tribunal Federal poderiam ser direcionados aos Juízos

singulares ou mesmo para Tribunais hierarquicamente inferiores ao Pretório Excelso, desafogando aquela Corte e garantindo aos condenados a possibilidade de reexame através do manejo de recursos para instâncias superiores.

A outra solução, que abarcaria aquelas autoridades que, porventura, continuassem sob a “proteção” processual do foro especial por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal é a que vinha sendo adotada, no âmbito de sua competência pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e que, recentemente, foi adotado, ainda que de forma tímida, pela Corte Maior brasileira, após o advento da Emenda Regimental nº. 49/2014, que é o direcionamento das ações originárias para os órgãos fracionários destas Cortes, permitindo, desse modo, como já mencionado, a maior celeridade do julgamento, ante o menor número de julgadores, e a possibilidade do manejo de recurso da decisão proferida pelo órgão fracionário ao plenário da Casa.

É possível perceber, em especial no que tange a segunda sugestão, que se tratam de medidas singelas e que poderiam, na prática, ocasionar vantagens tanto do ponto de vista da duração do processo, quanto da efetividade da aplicação da lei penal, se for o caso, e, em especial, garantindo aos condenados o acesso ao direito humano fundamental à revisão dos julgados (duplo grau de jurisdição), o que não tem sido, infelizmente, respeitado no Brasil na atualidade.

Esperamos, por fim, que este trabalho possa, de algum modo, renovar a discussão sobre o tema e dar importante contribuição, no sentido de quebrar os paradigmas existentes e lançar um novo olhar sobre os direitos humanos fundamentais veiculados a partir de tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil, voluntariamente e no exercício de sua soberania, resolva fazer parte.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em 29 ago. 2015.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. V. 1, Livro I. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901.
- ANDORRA. **Constitució del Principat d'Andorra**. Disponível em: <<http://www.consellgeneral.ad/fitxers/documents/constitucio/const-cat>>. Acesso em 29 ago. 2015.
- ANGOLA. **Lei Constitucional da República de Angola**. Disponível em: <http://www.comissaoconstitucional.ao/pdfs/lei_constitucional.pdf>. Acesso em 30 set. 2015.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- AUSTRIA. **Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)**. Disponível em: <http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf>. Acesso em 29 ago. 2015.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
- BASSIOUNI, M. Cherif. Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions. In: **Duke Journal of Comparative & International Law**, 1993. V. 3: 235-297p.
- BELÉM, O. C. N. **Do Foro Privilegiado à Prerrogativa de Função**. 2008. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito; Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2008.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito Público Internacional: A synthese dos princípios e a contribuição do Brazil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1911.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 43. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2003.
- BIELORRÚSSIA. **Fundamental Law of the Republic of Belarus**. Disponível em: <<http://www.pravo.by/main.aspx?guid=6351>>. Acesso em 30 set. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BULGÁRIA. **Constitution of the Republic of Bulgaria**. Disponível em: <<http://www.parliament.bg/bg/const>>. Acesso em 29 ago. 2015.
- BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAENEKEN, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAETANO, Marcelo. **História do direito português**: súmula das suas lições segundo apontamentos fornecidos aos dois alunos sob cuja responsabilidade o volume foi publicado (Ernesto Fernandes e Aníbal Rego). Lisboa: FDL, 1941.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Tomo II. Buenos Aires: EIEA, 1959.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento. **Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 5. ed. aum. e atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHECHÊNIA. **The Constitution of Chechen Republic**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21416-21417-1-PB.htm>>. Acesso em 30 set. 2015.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**. Disponível em: <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm>. Acesso em 10 jan. 2016.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_por.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

COMMONWEALTH OF AUSTRALIA. **Australia's Constitution pocket edition**: with overview and notes by the Australian Government Solicitor. 7. ed. Canberra: Parliamentary Education Office and Australian Government Solicitor, 2010.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Convenção europeia dos direitos do homem**. Estrasburgo, 2002. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

COSTA RICA. **Constitución Política de Costa Rica**. Disponível em: <http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/biblioteca/Paginas/Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20Costa%20Rica.aspx>. Acesso em 29 ago. 2015.

CROÁCIA. **Constitution of the Republic of Croatia**. Disponível em: <<http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=2408>>. Acesso em 30 set. 2015.

DEU, Tereza Armenta. **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

DINAMARCA. **The Constitutional Act of Denmark**. Disponível em: <http://www.thedanishparliament.dk/Publications/~media/PDF/publikationer/English/The_constitutional_act_of_denmark_2013.pdf.ashx>. Acesso em 30 set. 2015.

DOMINGO, Rafael Sánchez. **Cuadernos de Historia del Derecho**, nº. 3, Servicio de Publicaciones U. C. M. Madrid, 1996.

EL SALVADOR. **Constitución de la República de El Salvador**. Disponível em: <<http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/constitucion-de-la-republica>>. Acesso em 29 ago. 2015.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em 29 ago. 2015.

ESLOVÊNIA. **Constitution of the Republic of Slovenia**. Disponível em: <<http://www.us-rs.si/en/about-the-court/legal-basis/constitution/>>. Acesso em 30 set. 2015.

ESPAÑA. **Constitución Española**. Disponível em <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>. Acesso em 30 set. 2015.

_____. **Ley Organica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial**. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/1985/07/02/pdfs/A20632-20678.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2016.

ESTADO DO VATICANO. **Código de Direito Canônico**. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em 30 set. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of The United States of America**. Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em 29 ago. 2015.

ESTÔNIA. **Põhiseadus**. Disponível em: <<https://www.president.ee/et/eesti-vabariik/pohiseadus/index.html#sthash.FmNRzk1F.dpuf>>. Acesso em 29 ago. 2015.

FARIA, Ernesto. **Dicionário escolar latino-português**. Rio de Janeiro: Campanha Nacional de Material de Ensino, 1962.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

FEDERAÇÃO RUSSA. **Constituição da Federação da Rússia**. Disponível em: <<http://constitution.kremlin.ru/>>. Acesso em 30 set. 2015.

FERREIRA, Roberto Martins. **Popper e os Dilemas da Sociologia**. São Paulo: Annablume, 2008.

FINLÂNDIA. **Constitution of Finland**. Disponível em: <<http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>>. Acesso em 30 set. 2015.

FRANÇA. **Constitution**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution.pdf>. Acesso em 29 ago. 2015.

GABSCH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação de tratados internacionais pelo Brasil: possíveis opções para acelerar o seu processo**. Brasília: FUNAG, 2010.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORDANI, Mário Curtis. **História de Roma**. 16ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GODINHO, Robson Renault. "Direito Constitucional ao Recurso". In: **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, v. 25, nº 2. Pouso Alegre, jul-dez/2009. pp. 269-310.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direitos Fundamentais Atípicos**. Lisboa: Aequitas, 1995.

_____. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Almedina, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRÉCIA. **The Constitution of Greece**. Disponível em: <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/SYNTAGMA1_1.pdf>. Acesso em 29 ago. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUATEMALA. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Disponível em: <http://www.cc.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=219&Itemid=67>. Acesso em 29 ago. 2015.

HOLANDA. **The Constitution of the Kingdom of the Netherlands**. Disponível em: <<https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>>. Acesso em 29 ago. 2015.

- IRÃ. **Constituição da República Islâmica do Irã**. Disponível em: <<http://brasil.mfa.ir/index.aspx?fkeyid=&siteid=424&pageid=28469>>. Acesso em 30 set. 2015.
- ITÁLIA. **Costituzione italiana**. Disponível em <<http://www.governo.it/costituzione-italiana/2836>>. Acesso em 30 set. 2015.
- JOSEPH, Sarah; CASTAN, Melissa. **The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. **O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição**. Barueri: Manole, 2004.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- LOBSENZ, James E. A Constitutional Right to an Appeal: Guarding Against Unacceptable Risks of Erroneous Conviction. In: UNIVERSITY OF PUGET SOUND. SCHOOL OF LAW, **University of Puget Sound Law Review**, 1985. V. 8: 235-410p.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: Lições Introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACEDÔNIA. **Constitution of the Republic of Macedonia**. Disponível em: <<http://www.sobranie.mk/the-constitution-of-the-republic-of-macedonia.nsp>>. Acesso em 30 set. 2015.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme *et alli*. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria do Processo Civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARQUES, Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O direito ao duplo grau de jurisdição como elemento da proteção dos direitos humanos. In: **Consulex**, n. 431 (2015), p. 64-66.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Vol. 1. São Paulo: Renovar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERON, Theodor (ed.). **Human rights law-making in the United Nations: a critique of instruments and process**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967. Tomo I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969. V. 4**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

NOVA ZELÂNDIA. **Human Rights Act 1993**. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0082/latest/DLM305447.html>>. Acesso em 30 set. 2015.

NORUEGA. **The Constitution of the Kingdom of Norway**. Disponível em: <http://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons/norway.pdf>. Acesso em 10 jan. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PARAGUAI. **Constitución de la República del Paraguay**. Disponível em: <<http://digesto.senado.gov.py/ups/leyes/7437.pdf>>. Acesso em 29 ago. 2015.

PERU. **Constitución Política del Peru**. Disponível em <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1993/Texto_actualizado_CONS_1993.pdf>. Acesso em 29 ago. 2015.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal: Garantismo e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis**. São Paulo: Malheiros, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLATÃO. **As leis ou da legislação e epinomis**. Bauru: Edipro, 1999.

POLÔNIA. **Constitution of the Republic of Poland**. Disponível em: <<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>>. Acesso em 30 set. 2015.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em 10 jan. 2016.

_____. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em 29 ago. 2015.

REINO UNIDO. **Criminal Appeal Act 1968**. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/19/pdfs/ukpga_19680019_en.pdf>. Acesso em 30 set. 2015.

REZEK, J. Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo Grau de Jurisdição: Conteúdo e Alcance Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAGUÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” em particular sobre las constituciones nacionales. **La Ley**, ano LXXIII, n. 35, 2009.

SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos

fundamentais. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 33, n. 131, p. 5-30, jul./set. 1996.

SARLET, Ingo *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, George. Direitos fundamentais supra-estatais: paradigma de validade das normas constitucionais. In: **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco**, v. 1, n. 1, Recife, OAB/PE, 1997.

_____. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2016.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SILVA, Gilvan Ventura da e MENDES, Norma Musco (organizadores). **Repensando o Império Romano: Perspectiva Socioeconômica, Política e Cultural**. Rio de Janeiro: Mauad; Vitória, ES: EDUFES, 2006.

SPINOZA, Benedict de. **Theological-Political Treatise**. Trad. Michael Silverthorne e Jonathan Israel. New York: Cambridge University Press, 2007.

SUÉCIA. **The Constitution of the Kingdom of Sweden**. Disponível em: <<http://www.parliament.am/library/sahmanadrutyunner/Sweden.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRECHSEL, Stefan. **Human Rights in Criminal Proceedings**. New York: Oxford University Press, 2005.

TRINDADE, José Damião de L. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/damiao_hist_social_dh.pdf>. Acesso em 31 jul. 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e poder**. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.