

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

DIOGO LEITE GAVIOLI

**DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL DO
PRINCÍPIO E ANÁLISE DE SUAS IMPLICAÇÕES NA APLICAÇÃO DA
SÚMULA N° 704 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

JUIZ DE FORA

2014

DIOGO LEITE GAVIOLI

**DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL DO
PRINCÍPIO E ANÁLISE DE SUAS IMPLICAÇÕES NA APLICAÇÃO DA
SÚMULA N° 704 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito na área de concentração de Direito Público Formal, sob orientação da Prof. Doutoranda Marcella Alves Mascarenhas Nardelli.

JUIZ DE FORA

2014

DIOGO LEITE GAVIOLI

**DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL DO
PRINCÍPIO E ANÁLISE DE SUAS IMPLICAÇÕES NA APLICAÇÃO DA
SÚMULA N° 704 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à faculdade de Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito, na área de concentração de Direito Público Formal, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em: Juiz de Fora, ____ de ____ de 2014.

1° Membro da Banca

2° Membro da Banca

JUIZ DE FORA

2014

RESUMO

Objetiva analisar a Súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal em consonância com o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Em primeiro, apresenta um panorama geral sobre a competência por prerrogativa de função e competência por conexão e continência. Em segundo, investiga a evolução histórica do princípio do duplo grau de jurisdição, bem como examina os fundamentos para sua adoção. Busca compreender o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia de índole constitucional. Após, delimita o âmbito de aplicabilidade da Súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal, visando precisar o objeto de estudo da pesquisa. Colaciona algumas decisões do Supremo Tribunal Federal com a finalidade de realçar o casuísmo que permeia aplicação do enunciado da Súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal e propõe uma nova reflexão sobre a aplicabilidade da mesma. Fundamenta no princípio constitucional do duplo grau de jurisdição a não aplicação no enunciado sumulado no que se refere à atração por conexão ou continência do processo do corréu não titular de foro por prerrogativa de função. *In fine*, apresenta os mecanismos de proteção dos direitos humanos no Sistema Interamericano, bem como registra algumas decisões da Corte Interamericana que enfatizam a proteção absoluta ao duplo grau de jurisdição.

Palavras-chave: Princípio Constitucional. Duplo grau de jurisdição. Direitos Humanos. Competência por prerrogativa de função. Conexão e Continência.

ABSTRACT

Objective analyze the scoresheet n° 704 of the Supreme Court in line with the constitutional principle of the double degree of jurisdiction. At first, it presents a general overview on jurisdiction by prerogative of function as well as the responsibility for connection and salute. Second, then investigates the historical evolution of the principle of the double degree of jurisdiction, as well as examines the grounds for their adoption. Tries to understand the principle of a double degree of jurisdiction as a guarantee of constitutional nature. After delimits the scope of applicability of scoresheet n° 704 of the Federal Supreme Court to clarify the object of the research study. Records some decisions of the Supreme Court with the purpose of enhancing the casuistry that permeates the utterance of the scoresheet n° 704 of the Supreme Court and proposes a new reflection on the applicability of the same. Based on the constitutional principle of the double degree of jurisdiction the non-application in utterance summary as regards connection or attraction salute co-perpetrator process not holder of venue by prerogative to function. In fine, presents the mechanisms of protection of human rights in the Inter-American system, as well as registers some decisions of the Inter-American Court to emphasize the absolute protection to the double degree of jurisdiction.

Keywords: Constitutional principle. Double degree of jurisdiction. Human Rights. Competence by prerogative to function. Connection and salute.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	6
2 SISTEMA DE COMPETÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	08
2.1 Competência <i>ratione personae</i> ou <i>ratione functionae</i>	08
2.2 Conexão e continência.....	11
3 O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	14
3.1 Conceito e evolução histórica do princípio do duplo grau de jurisdição.....	14
3.2 Fundamentos para adoção do duplo grau de jurisdição	22
3.3 O Duplo Grau de Jurisdição como garantia constitucional.....	26
4 IMPLICAÇÕES DO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 704 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	36
4.1 O âmbito de aplicabilidade da súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal	36
4.1.1 Análise algumas decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo a aplicação da Súmula nº 704	38
4.2 O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição como baliza para o desmembramento de processos de corrêus não titulares de foro por prerrogativa de função	43
4.3 Mecanismos de Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano	46
4.3.1 Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo a proteção ao duplo grau de jurisdição	51
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

Em 2003 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 704, objeto do presente estudo, cujo enunciado diz: “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”. Desde então nossos tribunais têm-se limitado a aplicá-la, sem analisar com visão crítica sua correção diante dos princípios e regras constitucionais, bem como dos tratados internacionais cujo país seja signatário.

O objetivo do presente estudo é analisar as implicações que o reconhecimento do princípio constitucional do Duplo grau de Jurisdição acarreta na aplicação da súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que a sua aplicação é indevida por ensejar a violação de um cânone constitucional por ela não citado, qual seja, o duplo grau de jurisdição.

Para tanto, adotamos como hipótese básica que a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como “Pacto de São José”, celebrada em San José, capital da Costa Rica, em 1969, e promulgada no Brasil pelo Decreto 678, de 06/11/1992, mesmo ano em que o Estado Brasileiro a ratificou, preve expressamente a garantia duplo grau de jurisdição no seu artigo 8º, n° 2, "h", e que, diante da teoria predominante no Supremo Tribunal Federal de que o referido tratado de direitos humanos possui status supralegal, é possível deduzir que estando a regra de prorrogação de competência (conexão ou continência) prevista em uma lei ordinária, qual seja, o nosso Código de Processo Penal (Decreto-Lei n° 3689, de 3 de outubro de 1941), a separação do processo do corréu que não possui direito ao foro por prerrogativa de função é medida que se impõe, em respeito a garantia do duplo grau de jurisdição, pois uma norma ordinária não pode revogar um tratado que lhe é posterior e que possui status supralegal. Ainda que não se adote a teoria preconizada pelo Min. Celso de Mello de que os tratados de direitos humanos possuem status constitucional, a teoria da supralegalidade já é suficiente para demonstrar a incoerência que existe na aplicação da Súmula n° 704 do STF.

O tema é de imensurável importância, uma vez que, em nossa interpretação, a modificação de competências mediante o uso do comando sumulado em voga acarreta a violação ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Através do duplo grau garante-se o controle interno das decisões judiciais, ou seja, viabiliza-se o reexame das decisões no âmbito do próprio judiciário por órgão de hierarquia superior ao juízo *a quo*. Ao longo do trabalho, se demonstrará que as vantagens em se assegurar o duplo grau são maiores que as desvantagens que delem podem exsurgir, sobretudo, quando se percebe o potencial do

princípio em viabilizar maior segurança às relações jurídicas e à possibilidade de um melhor acesso à ordem jurídica justa.

Utilizaremos, na abordagem, o método dedutivo, através de uma análise da competência em matéria penal, em especial da competência por prerrogativa de função e da competência por continência e conexão, passando após, a uma análise do princípio do duplo grau de jurisdição e, posteriormente, com base nos fundamentos apresentados, analisaremos incoerência na aplicação da Súmula nº 704 do STF.

A pesquisa será basicamente jurisprudencial e bibliográfica. A bibliografia referente à temática em pauta será pesquisada em livros, revistas científicas, e sítios da internet. A pesquisa jurisprudencial consistirá em análise de julgados de tribunais nacionais em que se buscará demonstrar como a questão vem sendo tratada em nosso país, bem como também será analisado como tal questão vem sendo tratada no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No primeiro capítulo apresentaremos apenas um panorama geral sobre a competência por prerrogativa de função e competência por conexão e continência, em razão de sua relevância para compreensão do objeto de estudo do presente trabalho.

No segundo capítulo faremos um estudo pormenorizado do princípio do duplo grau de jurisdição, buscando sempre compreender sua autonomia e sua natureza como norma de índole constitucional. Veremos também no referido capítulo os fundamentos para adoção do princípio do duplo grau de jurisdição.

No último capítulo buscaremos dimensionar o âmbito de aplicabilidade da súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, analisaremos algumas decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo a aplicação da referida súmula. Examinaremos ainda neste capítulo, a possibilidade da não aplicação do comando sumulado diante do reconhecimento do princípio do duplo grau de jurisdição como garantia de ordem constitucional. Por fim, analisaremos algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, embasando o novel posicionamento sustentado no presente trabalho.

2 SISTEMA DE COMPETÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo trataremos apenas da competência por prerrogativa de função e da competência por conexão ou continência, haja vista sua relevância para compreensão e análise do objeto de estudo do presente trabalho.

2.1 Competência *ratione personae* ou *ratione functionae*

Em razão da relevância de algumas funções públicas desempenhadas por certos agentes públicos, a Constituição Federal lhes confere o direito de serem julgados originariamente por Tribunais. Trata-se do denominado foro por prerrogativa de função.

A prerrogativa de foro trata-se, em verdade, não de um privilégio, mas sim de uma garantia conferida pela Constituição Federal a certos agentes que exercem determinadas funções públicas de maior relevância. Assim sendo, não há que se falar em foro privilegiado, pois, como ensina Renato de Brasileiro de Lima “(...) a competência por prerrogativa de função é estabelecida não em virtude da pessoa que exerce determinada função, mas sim como instrumento que visa resguardar a função exercida pelo agente”.¹

Nessa linha de análise, afirma ainda o autor:

Essa jurisdição especial assegurada a certas funções públicas tem como matriz, o interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam certos cargos possam exercê-los em sua plenitude, com alto grau de autonomia e independência, a partir da convicção de que seus atos, se eventualmente questionados, serão julgados de forma imparcial por um Tribunal. Como se percebe, a competência por prerrogativa de função é estabelecida não em virtude da pessoa que exerce determinada função, mas sim como instrumento que visa resguardar a função exercida pelo agente. Daí o motivo pelo qual preferimos utilizar a expressão *ratione functionae* em detrimento de *ratione personae*.²

Em sentido semelhante, a lição de Hidejalma Muccio:

O foro pela prerrogativa de função preserva não só o acusado, como também o prestígio da própria justiça, colocando-a a salvo de pressões indevidas ou interferências que comprometam a imparcialidade do julgamento. A supressão do foro pela prerrogativa de função tornaria o julgamento proferido pelos Órgãos Jurisdicionais que julgam as demais pessoas, não só

¹ LIMA, Renato Brasileiro. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013, p. 451.

² *Ibidem*, loc.cit.

foro fértil de decisões a favor do acusado (seja pelas pressões internas e externas, seja pelos estreitos laços de amizade e de trabalho, seja em razão de interesse pessoais e escusos de julgador), mas também propiciador de julgamento vingativos e parciais.³

Por fim, cabe registrar que o acusado com benefício do foro pela prerrogativa de função, por ser julgado por uma instância superior, não tem direito ao recurso de apelação. Como bem ressalta Fernando da Costa Tourinho Filho, não existe duplo grau de jurisdição em relação à competência por prerrogativa de função:

[...] a competência originária, isto é, competência privativa que determinados órgãos têm para processar e julgar certas pessoas, é exercida em única instância. Não existe para ela o duplo grau de jurisdição. Se são julgadas por um órgão colegiado da Superior Instância, presume-se o acerto dessas decisões, tanto mais quanto seria materialmente impossível manterem-se outros órgãos, superiores aos existentes.⁴

Uma vez analisado o que vem a ser a competência por prerrogativa de função, convém mostrar quais são os órgãos de jurisdição superior competente para processar e julgar cada um dos titulares de foro por prerrogativa de função, levando-se em consideração a função pública que exerçam.

As regras da competência originária dos tribunais estão previstas na Constituição da República, que revogou disposições incompatíveis do Código de Processo Penal e deferiu à lei a fixação da competência da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar e às Constituições estaduais a definição da competência dos tribunais estaduais.

Em matéria penal, compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar nas infrações penais comuns, o Presidente e Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

Nos crime de responsabilidade a competência para julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República é do Senado Federal, conforme artigo 52, inciso I, da Constituição Federal, que julga, também, os crimes de responsabilidade de Ministros de Estado, bem como os Comandantes das Forças armadas quando conexos ao do Presidente da República. Por fim, compete ao Senado Federal o julgamento nos crime de responsabilidade (artigo 52, inciso II, da Constituição Federal) dos Ministros do Supremo tribunal Federal, os membros do

³ MUCCIO, Hidejalma. Curso de Processo Penal. vol. II. Bauru, SP: Edipro, 2001, p.165.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Anotado. 3. ed. rev., modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva: 1998, p. 216.

Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.

Compete, ainda, ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, processar e julgar, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, acima citado, bem como os membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União e ainda os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Ao Superior Tribunal de Justiça, compete, nos termos do artigo 105, inciso I, *a*, da Constituição Federal, processar e julgar, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal; nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os membros do Ministério Público da União que oficiem perante os tribunais.

Compete aos Tribunais Regionais, nos termos do artigo 108 da Constituição Federal, processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e do Trabalho, e ainda os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da justiça eleitoral.

A competência dos Tribunais Eleitorais será determinada por lei complementar (artigo 121 da Constituição Federal), valendo, enquanto não editada essa norma especial, o Código Eleitoral, que respeitando o paralelismo de autoridades previstas nas competências acima referidas, deve combinar o critério do grau da autoridade com a matéria eleitoral. Cumpre registrar, ainda, que a Justiça Eleitoral julga os crimes conexos.

À Justiça Militar compete o julgamento dos crimes militares definidos em lei, a qual pode dispor sobre competência originária dos Tribunais Militares, obedecido o paralelismo dos demais Tribunais Superiores e de segundo grau, conforme artigo 124 da Constituição Federal.

Consoante dispõe a Constituição Federal no seu artigo 96, inciso III, os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, assim como os membros dos Ministérios Públicos dos Estados, deverão ser processados e julgados perante o respectivo Tribunal de Justiça pela prática de crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Quanto aos membros do Ministério Público do Distrito Federal que atuam na primeira instância são processado e julgados perante o Tribunal Regional Federal, por serem

integrantes do Ministério Público da União, conforme dispõe artigo 108, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal.

Em relação aos prefeitos, também titulares de foro por prerrogativa de função, serão processados e julgados, com fundamento no artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, perante o Tribunal de Justiça, quando tenham praticado crimes comuns, salvo em relação a crimes federais e eleitorais, caso em que a competência recai sobre o Tribunal Regional Federal e o Tribunal Regional Eleitoral, respectivamente. Nesse sentido, é o teor da Súmula nº 702 do Supremo Tribunal Federal, que diz: “a competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça Comum estadual; os demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau”.

2.2 Conexão e continência

Trata-se de instituto previsto nos artigos 76 e seguintes do Código de Processo Penal, que prevê a reunião de processos para julgamento único quando circunstâncias do fato delituoso indiquem ser conveniente o *simultaneus processus*. Além de contribuírem para celeridade e economia processual, a conexão e a continência também permitem que o órgão jurisdicional tenha uma perfeita visão do quadro probatório, evitando-se a existência de decisões contraditórias. Cuida-se, portanto, de instituto que traz em seu bojo hipóteses de modificação de competência. Sobre o tema, adverte Vicente Greco Filho:

É costume dizer que a conexão e a continência modificam a competência. Essa afirmação, porém, somente é válida no que concerne à competência em abstrato, ou seja, no caminho que se desenvolve antes da fixação definitiva, em concreto. O desaforamento, sim, modifica a competência em concreto, depois de definida. A conexão e a continência atuam antes dessa definição”.

5

A Conexão pode ser compreendida como a dependência recíproca que dois ou mais fatos delituosos guardam entre si, recomendando a reunião de todos eles em um único processo. Ocorre a conexão quando há pluralidade de condutas, seja por um ou mais agentes.

De acordo a doutrina, a conexão, prevista no artigo 76 do Código de Processo Penal ⁶, se subdivide em três espécies: a) intersubjetiva; b) objetiva; e c) instrumental.

⁵ FILHO, Vicente Greco. Manual de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 160.

⁶ Art. 76 - A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

Fala-se em conexão intersubjetiva quando envolve obrigatoriamente vários crimes e várias pessoas, sendo tripartida em conexão intersubjetiva por simultaneidade, por concurso ou por reciprocidade.

Na conexão intersubjetiva por concurso, duas ou mais infrações penais são praticadas por várias pessoas em concurso, embora diversos o tempo e o lugar (artigo 76, inciso I, 2ª parte, do Código de Processo Penal). Nesta há um vínculo subjetivo reunindo todos os agentes, eis que há um acerto de vontades visando o mesmo fim. Lado outro, na conexão intersubjetiva por reciprocidade, duas ou mais infrações penais são cometidas por diversas pessoas umas contra as outras (artigo 76, inciso I, parte final, do Código de Processo Penal). Por sua vez, na conexão intersubjetiva por simultaneidade, duas ou mais infrações penais são praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem qualquer ajuste prévio, sem uma saber da outra, ou seja, sem que estejam atuando em concurso de agentes (artigo 76, inciso I, 1ª parte, do Código de Processo Penal).

Já a conexão objetiva, também chamada de lógica, material, ou teleológica, ocorre quando um crime é praticado para facilitar a execução de outro, ocultar-lhe ou garantir a manutenção da sua vantagem ou impunidade (artigo 76, inciso II, do Código de Processo Penal).

Por fim, a conexão instrumental, conhecida também como conexão probatória ou processual, se concretiza quando a prova de uma infração influencia na existência de outra (artigo 76, inciso III, do Código de Processo Penal). Como bem assinalam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, “não bastam razões de mera conveniência no *simultaneus processus*, reclamando-se que haja vínculo objetivo entre os diversos fatos criminosos”.⁷

Segundo ainda os referidos autores a continência, prevista no artigo 77, do Código de Processo Penal⁸, “é o vínculo que une vários infratores a uma única infração, ou a ligação de várias infrações por decorrerem de conduta única, ou seja, resultarem do concurso formal de crimes, ocasionando a reunião de todos os elementos em processo único”.⁹

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2013, p.283.

⁸ Art. 77 - A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 70, 73 e 74 do Código Penal reforma penal 1984.

⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *op. cit.* p. 284.

Conforme a doutrina processualista, duas são as espécies de continência. A primeira delas, prevista no artigo 77, inciso I do Código de Processo Penal, denominada de continência por cumulação subjetiva, ocorre quando duas ou mais pessoas são acusadas pela mesma infração penal, é o que ocorre no concurso eventual de pessoas (artigo 29 do Código Penal) e no concurso necessário (crimes plurissubjetivos). Ademais, cabe ressaltar a diferença entre a conexão intersubjetiva e continência por cumulação subjetiva, em que aquela, como cediço, ocorre quando há vários crimes e várias pessoas, enquanto esta se configura quando há a pluralidade de pessoas e unidade de crime. Cuida-se a segunda espécie de continência, da chamada continência por cumulação objetiva, prevista no artigo 77, inciso II, do Código de Processo Penal, e que ocorre nas hipóteses de concurso formal de crimes (artigo 70 do Código Penal)¹⁰, *aberratio ictus* (artigo 73, do Código Penal)¹¹ e *aberratio delicti* (artigo 74, do Código Penal).¹²

Consiste o concurso formal na prática de uma única ação ou omissão pelo agente, provocando a realização de dois ou mais crimes. Já a *aberratio ictus* (erro na execução), ocorre quando o agente, por acidente ou erro nos meios de execução, além de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa. De outro lado, na *aberratio delicti* (resultado diverso do pretendido), o agente, por erro na execução, atinge não somente o resultado desejado, mas ainda outro, além de sua expectativa inicial. Percebe-se que em todos esses casos, as causas são continentes e devem ser, portanto, unificadas para julgamento.

¹⁰ Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

¹¹ Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

¹² Art. 74 - Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

3 O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Nesse capítulo explicar-se-á o princípio do duplo grau de jurisdição, buscando demonstrar como o mesmo vem sendo reconhecido em nossa ordem jurídica.

3.1 Conceito e evolução histórica do princípio do duplo grau de jurisdição

De início, cumpre registrar a impropriedade no uso da expressão duplo grau de jurisdição.

Entende-se que tal termo dá a falsa impressão de que haveria uma exceção à regra de unidade da jurisdição com acesso a mais de uma espécie de jurisdição. Como cediço, em nosso país, a jurisdição não comporta divisões, em razão de se revelar como expressão do poder soberano do Estado, isto é, a unidade de jurisdição decorre da própria indivisibilidade do poder soberano do Estado. De acordo com esse entendimento ensina Carlos Alberto Destro, para quem o melhor termo seria *duplo grau de juízo*:

Sabendo-se que a jurisdição é una, parece equivocada a denominação duplo grau de jurisdição dada à discutida garantia. Melhor seria afirmar-se que o nosso ordenamento assegura um duplo grau de cognição ou, como sustenta Luiz Guilherme Marinoni, um duplo juízo: “o duplo grau de jurisdição, portanto, poderia ser melhor definido como um duplo juízo sobre o mérito, até porque – mesmo quando a revisão é feita pelo tribunal – não há que falar em dois graus de ‘jurisdição’, mas em dois órgãos do Poder Judiciário analisando a mesma causa.”¹³

Antes de conceituarmos o princípio do duplo grau de jurisdição, se faz mister ressaltar a existência de divergências entre os juristas no que no diz respeito a dois aspectos: (i) para alguns o princípio só estaria preservado quando ocorresse a revisão da decisão atacada por órgão jurisdicional diverso do prolator da decisão, ainda que da mesma hierarquia, enquanto que para outros o duplo grau só se verificaria quando o reexame fosse feito por órgão hierarquicamente superior; (ii) em segundo, o debate se resume em quais seriam os recursos, no âmbito do processo penal, que possibilitariam a efetivação do princípio.

Em relação ao primeiro aspecto, entende o Supremo Tribunal Federal:

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

¹³ DESTRO, Carlos Alberto. O duplo grau de jurisdição. vol. IV. Presidente Prudente: Revista da Toledo, 2001, p. 63.

de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem jurídica.¹⁴

Esse também é o entendimento comungado por José Carlos Barbosa Moreira e Moacyr Amaral Santos. Afirma o primeiro autor, que do duplo grau “decorre a necessidade de permitir-se nova apreciação da causa, por órgão situado em nível superior na hierarquia judiciária, mediante a interposição de recurso ou expediente análogo”.¹⁵ O segundo, assevera que esse princípio “consiste em admitir-se, com regra, o conhecimento e decisão das causas por dois órgãos jurisdicionais sucessivamente, o segundo de grau hierárquico superior ao primeiro”.¹⁶

No entanto, esse entendimento não deve prevalecer, pois o que se busca com o reexame, entre outras coisas, é a correção de erros e o suprimento de lacunas da decisão impugnada, não se mostrando necessário ou essencial para tanto que tal função seja realizada exclusivamente por órgão de hierarquia superior. Neste sentido, registre-se o pensamento de Francesco Carnelutti:

A função da apelação está em submeter a lide ou o negócio a um segundo exame que ofereça maiores garantias do que o primeiro, já que serve da experiência deste e o realiza um ofício superior; mas esse último não é um caráter essencial, já que a apelação pode ser feita também perante um juiz de mesmo grau daquele que pronunciou a sentença impugnada; o essencial é que se trata de um exame reiterado, isto é, de uma revisão de tudo quanto se fez na primeira vez, e essa reiteração permite.¹⁷

Nessa linha ainda, insta trazer à colação o magistério de Carolina Alves de Souza Lima:

Apesar de os Pactos em estudo- Pacto de São José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos- utilizarem as expressões “instância superior” e “tribunal superior”, o órgão colegiado de primeiro grau, como ocorre, por exemplo, na Lei n. 9.099/1995 em seu art. 82, tem legitimidade para realizar o reexame da decisão, sem que haja ofensa ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e ao Princípio do Devido Processo

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em *habeas corpus* n. 79-785-7. Jorgina Maria de Freitas Fernandes e Ministério Público Federal. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. 29.03.2000. D.J. 22.11.2002. Ementário n. 2092-2.

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 236.

¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, vol. III. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85.

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. Instituições de processo civil. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classik Book, 2000, p. 253.

Legal. Isso porque a observância do Duplo Grau de Jurisdição prescinde de órgão superior para análise da matéria em discussão. (grifo nosso).¹⁸

No que se refere ao segundo aspecto, a doutrina unânime entende que o duplo grau só restará observado quando se permita um reexame integral da decisão do juízo *a quo*, ou seja, uma revisão completa de toda a matéria de fato e de direito da decisão guerreada. Com efeito, os recursos extraordinário e especial, por possuírem fundamentação vinculada, não ensejam a concretização do princípio do duplo grau de jurisdição. Nesse sentido ensina Renato Brasileiro de Lima:

Portanto, pode se concluir que os denominados recursos extraordinários, aí incluídos o recurso extraordinário e o recurso especial, não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, não só porque não permitem o reexame pelos Tribunais Superiores da matéria fática e probatória apreciada na instância de origem, mas também porque não se prestam precipuamente à tutela do interesse das partes, mas sim à tutela da Constituição Federal, no caso do Recurso Extraordinário, e da legislação federal infraconstitucional, no caso do Recurso Especial.¹⁹

Em sede processual penal, o duplo grau de jurisdição é exercido, em regra, pelo recurso de apelação, cuja interposição contra decisões do juiz singular é capaz de devolver ao juízo *ad quem* o conhecimento de toda a matéria fática e jurídica apreciada na instância originária. Entretanto, instrui o autor supracitado que outros recursos também materializam o duplo grau de jurisdição:

(...). A título de exemplo, o recurso ordinário em *habeas corpus* (CF, art. 102, II, “a”, e art. 105, II, “a”) também assegura o duplo grau de jurisdição em relação à decisão denegatória de *habeas corpus* de competência originária de outro tribunal, o mesmo ocorrendo com o recurso ordinário interposto contra decisões da Justiça Federal em relação a crimes políticos, cuja competência para apreciação é do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, II, “b”), e permite o reexame da matéria de fato e de direito decidida pelo Juiz Federal de 1ª instância.²⁰

Ademais, é imperioso destacar a diferença entre as ações impugnativas autônomas, quais sejam, *habeas corpus*, mandado de segurança e revisão criminal, que têm previsão constitucional e servem como garantias individuais da eliminação da arbitrariedade, da coação ilegal, do abuso de poder, da não concessão de um direito público subjetivo, da violação ao

¹⁸ LIMA, Carolina Alves de Souza. O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. São Paulo: Manole, 2004, p. 92.

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013, p. 1637.

²⁰ *Ibidem*, loc. cit.

direito líquido e certo e do erro judiciário, e os *recursos*, estes relacionados ao efetivo exercício do Duplo Grau de Jurisdição, conforme exposto por Alexandre Wunderlich:

Eminentemente vinculado ao poder de revisão dos decisórios judiciais, ao novo estudo da causa, o exercício recursal é um exercício de cidadania, é um direito que possibilita a adoção plena do princípio constitucional e político do duplo grau de jurisdição: princípio básico em que se estrutura o poder judiciário da pluralidade de graus. O recurso limita o arbítrio judicial e obriga ao reexame da causa. Não há mais que se falar em Estado Democrático de Direito sem um adequado sistema recursal fundado, basicamente, em dois juízos constitucionais.²¹

Não obstante o entendimento esposado por Alexandre Wunderlich de que os recursos estão relacionados ao efetivo exercício do duplo grau de jurisdição, a existência de um não implica necessariamente a do outro. Nessa linha, com costumeiro brilhantismo, adverte Renato Brasileiro de Lima:

Como se pode perceber, não se pode confundir o duplo grau de jurisdição com o recurso, como se a existência de um gerasse, inexoravelmente, a existência do outro. Apesar de se tratar de um princípio recursal, o duplo grau de jurisdição não se confunde com o recurso, podendo existir o primeiro sem o segundo, e vice-versa. De fato, o simples reexame da decisão da causa é feito, em regra, por meio de um recurso, mas somente nas hipóteses em que esse reexame puder abranger toda a matéria de fato de direito e for feito por órgão hierárquico superior, estar-se-á diante do duplo grau de jurisdição. De outro lado, é possível o duplo grau de jurisdição sem que exista recurso, como se dá com o reexame necessário, que funciona, na verdade, como condição de eficácia da decisão.²²

Em síntese, tecidos os principais os esclarecimentos sobre o princípio do duplo grau de jurisdição, cremos que seja ele uma garantia de revisão de decisões judiciais finais, por um órgão diverso do que a proferiu e, em regra, de hierarquia superior na ordem judiciária.

A origem do Duplo Grau de Jurisdição não pode ser dissociada do surgimento da apelação, reconhecidamente a forma recursal mais antiga, consagrada na expressão *appellatio est provocatio ad maiorem iudicem*. Como se sabe a apelação não constitui hoje o único recurso de efetivação do princípio do duplo grau de jurisdição, pois, como dito, há outros recursos que também o observam. No entanto, como foi ela o primeiro e único recurso

²¹ WUNDERLICH, Alexandre. Escritos de Direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 26.

²² LIMA, Renato Brasileiro. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013, p. 1637.

existente na antiguidade, é imprescindível estudar a sua origem para que se possa entender a evolução histórica do princípio do duplo grau de jurisdição.

Como nosso sistema jurídico teve origem no direito romanista e, tendo a *appellatio* surgido no período da *cognitio extra ordinem* romana, iniciaremos nosso estudo por ele.

É no período da *extraordinaria cognitio* que o processo deixa de ter natureza privada e passa a ser considerado de natureza pública, desenvolvendo-se perante um magistrado apenas, com a possibilidade de sujeição da sentença à apelação, bem como a um último recurso ao Imperador, mediante a *supplicatio*. Sobre o período, destaca José Reinaldo de Lima Lopes:

Ao lado da forma tradicional de justiça, consistente na bipartição de tarefas pretor/juiz, surge esta forma concentrada. Para julgar no lugar do príncipe são criados delegados seus, assim como na administração das províncias e no cuidado de seu tesouro já se haviam instalado “funcionários” ou agentes imperiais. Quando além do julgamento de casos que ele resolve avocar, o imperador também passa a ouvir queixas contra sentenças proferidas por outros, ouvindo apelo (*supplicatio*) ou recurso, a tarefa não é exercida por ele pessoalmente, mas por algum membro de seu conselho, que se transforma em cúria e tribunal central do império. E nestas funções estarão presentes os juristas. O príncipe torna-se aos poucos o juiz supremo, tanto em matéria civil quanto penal, intervém a convite de um magistrado, funcionário, ou de um particular. Como sempre na história de Roma, a mudança justifica-se pela restauração da república, mas de fato é substancialmente algo novo. Assim, a *cognitio extra ordinem* difere substancialmente do processo formular porque centraliza o juízo (abolindo a diferença pretor/juiz) e introduz a possibilidade de apelação. Se a função de julgar estava repartida entre dois órgãos de natureza diversa (pretor/juiz), um não poderia rever a decisão do outro. Quando o julgamento se concentra num delegado (inferior) do imperador, este pode reanalisar e corrigir o que foi feito pelo agente. O julgamento do príncipe é um decreto (*decretum*) para o caso concreto.²³

Insta ressaltar que ao longo da história do Direito Romano em nenhum momento se vislumbrou a proteção dos direitos individuais diante do arbítrio do Estado. Conquanto tenham criado um sistema recursal, mediante a *appellatio*, o intuito era possibilitar o controle das decisões dos subordinados pelo Imperador, não havia qualquer preocupação com segurança ou garantia de justiça. Segundo Carolina Alves de Souza Lima:

(...) O surgimento da apelação demonstra a existência de um sistema recursal e da garantia do Duplo Grau de Jurisdição, guardadas as suas devidas proporções com a realidade da época. Todavia, convém ressaltar que a possibilidade de recurso no Direito Romano visava possibilitar à autoridade superior o controle em relação a seus subalternos, e, assim, deter o controle

²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história – lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 52.

das decisões. Dessa forma, o objetivo do Estado romano era preservar o seu próprio poder. 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.²⁴

Já na era contemporânea, a Revolução Francesa marcou a história da civilização ocidental, pois foi em decorrência dela que foi elaborada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, instituindo os denominados direitos de primeira geração. Nesse sentido, esclarecem Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Trata-se de direitos que representam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas ‘liberdades públicas negativas’ ou ‘direitos negativos’, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção.²⁵

Impende ressaltar que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 não previu expressamente o direito ao Duplo Grau de Jurisdição, assim como não o previu nenhuma das Declarações de Direitos anteriores à Revolução Francesa. Isso porque até a Revolução Francesa a organização judiciária dos países da Europa Ocidental estava centralizada nas mãos dos soberanos, que agiam como melhor lhes aprouvesse. Apesar da existência de recursos, seu objetivo era proporcionar um controle pelo Estado de seus subalternos. Naquela conjuntura política, não se entendia que o direito de recorrer das decisões judiciais fosse um direito do cidadão e um benefício para ele. Entretanto, os princípios trazidos pela Revolução Francesa deram origem a uma nova forma de organização do Estado e de estruturação de suas instituições. Nasceram os Estados liberais em substituição aos Estados absolutistas. O poder judiciário passou a organizar-se de forma a ensejar o surgimento do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

O século XX foi marcado pela preservação dos Direitos Sociais e reafirmação dos Direitos Individuais e Políticos conquistados no século XVIII. Foi o século em que o princípio do duplo grau de jurisdição passou a ser incorporado nos ordenamentos jurídicos. Segundo Carolina Alves de Souza Lima:

²⁴ LIMA, Carolina Alves de Souza. O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. São Paulo: Manole, 2004, p.31.

²⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.85.

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição já estava incorporado nos ordenamentos jurídicos da Europa em decorrência das conquistas da Revolução Francesa. Desse momento em diante, a eficácia do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição viria a depender do desenvolvimento dos Estados em relação à adoção de regime democrático e do Estado de Direito. Somente os Estados efetivamente democráticos e de direito alcançariam o devido respeito aos Direitos Fundamentais. Apesar de o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição não estar presente expressamente em muitos dos ordenamentos jurídicos dos países europeus, o Princípio do Devido Processo legal estava. Este possui como um de seus pressupostos o direito de reexame das decisões.²⁶

Nessa linha, cabe registrar a curiosa pesquisa realizada por Djanira Maria Radamés de Sá:

Das mais de quarenta Constituições analisadas pôde-se depreender que a garantia do devido processo legal é recepcionada quase que unanimemente pelas de nações dos mais diversos matizes. Está presente, por exemplo, nas Cartas Políticas da Alemanha, Angola, Uruguai, Argentina, Panamá, Iraque, Marrocos, Congo, Coréia do Sul, Japão, Omã, Espanha e, naturalmente, Estados Unidos. Já a expressão do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional merece atenção especial. Ausente das Constituições da grande maioria dos países de tradição democrática, ou daqueles grandemente desenvolvidos, é maciçamente recepcionado pelas Cartas Magnas das nações recém-criadas e que, principalmente, viveram longo tempo sob regime de opressão. Assim, o duplo grau de jurisdição encontra-se enunciado como garantia constitucional na Rússia, Chechênia, Estônia, Macedônia, Polônia, Eslovênia, Angola, Croácia e Bielorrússia. Das nações que não se incluem nesse bloco, somente Chile, Irã, Austrália, Nova Zelândia, Finlândia e Dinamarca contemplam a garantia em suas Constituições.²⁷

E conclui a autora:

Da análise se deduz que pelo menos quarenta por cento das Constituições examinadas contemplam, expressamente, o direito ao reexame das sentenças. Considerando o fato de que outros cinquenta por cento delas adotam a cláusula do *due process of law*, ainda que algumas o façam com certa mitigação, é de se ver, pela amostragem, que o duplo grau de jurisdição é garantido pela maioria das nações, senão expressa, pelo menos implicitamente, por decorrência do devido processo legal.²⁸

Evidente que o entendimento no sentido de que o Duplo Grau de Jurisdição seria decorrência do princípio do Devido Processo Legal não é pacífico, mas não desqualifica a

²⁶ LIMA, Carolina Alves de Souza. O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. São Paulo: Manole, 2004, p. 58.

²⁷ SÁ, Djanira Maria Radamés de. Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103.

²⁸ *Ibidem*, p. 104.

pesquisa empreendida pela autora, a qual traz um quadro esclarecedor acerca de sua adoção nos vários países.

O Brasil, nos três primeiros séculos após sua descoberta, foi governado por leis portuguesas. As Ordenações Afonsinas formaram a primeira legislação a vigorar no país, seguidas das Ordenações Manuelinas e, a partir de 1603, das Ordenações Filipinas. Todas tratavam em suas disposições do direito de recorrer de sentenças definitivas.

A origem do direito brasileiro está diretamente ligada ao direito lusitano e a sua história. Sobre o surgimento da apelação no direito português, ensina Oreste Nestor de Souza Laspro:

A apelação surge, na verdade, no reino português com D. Afonso III que, após assumir o trono, sucedendo o deposto Sancho II, inicia, conforme já mencionado, uma série de modificações na estrutura política, a fim de impor, definitivamente, o poder real. Surgem os juízes de fora em substituição aos juízes eleitos. Essa organização burocrática faz nascer o campo propício ao desenvolvimento dos sistemas recursais. Assim é que, já em 1254, nas Cortes de Leiria, ou de Coimbra, em 1261, cria-se a apelação, cabível contra decisões definitivas e interlocutórias. 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, consolidando-se o recurso com D. Diniz, no reinado de quem a recepção se dá definitivamente.²⁹

Após a proclamação da Independência, foi criada a primeira Constituição Brasileira, em 25 de março de 1824. Elaborada com base no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Constituição Imperial, segundo os doutrinadores nacionais, foi a única a consagrar, de forma expressa, o duplo grau de jurisdição, no seu artigo 158, que estabelecia “para julgar as causas em segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações que forem necessárias para comodidade dos Povos”.

A previsão expressa de tal princípio na Lei Maior se estendeu até o advento da Constituição Republicana de 1891, ocasião em que ocorreu a supressão do princípio, pelo menos no que se refere à sua clara e indubitável referência no sistema constitucional. A partir daí se iniciou a celeuma quanto à constitucionalidade ou não do princípio.

²⁹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Duplo grau de jurisdição no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 62.

A terceira Constituição brasileira, promulgada em 16 de julho de 1934, como sua antecessora não previu expressamente a garantia do duplo grau de jurisdição, apenas o fez de forma implícita, ao tratar da organização dos Tribunais e dos recursos cabíveis.

A quarta Constituição brasileira foi outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, que instituiu uma ditadura legalizada. Tal Carta foi extremamente autoritária, e desencadeou uma fase de desrespeito aos Direitos Fundamentais. Muito embora possibilitasse o reexame das decisões judiciais, não previu de forma expressa a garantia do duplo grau de jurisdição.

Também não inovaram na proteção do princípio duplo grau de jurisdição a Constituição de 1946 e a de Constituição de 1967.

De último, após 20 anos sob controle do regime ditatorial militar, o Brasil alcançou a tão almejada redemocratização e, com ela, adveio a nossa última Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988. A nova Carta Magna, atualmente em vigor, trouxe inegáveis e incontáveis avanços no reconhecimento dos direitos e garantias individuais e coletivos. No entanto, deixou de prever expressamente a garantia do duplo grau de jurisdição. Ainda assim, segundo ensina Carolina Alves de Souza Lima, pode ser ele deduzido:

(...) constata-se que o Duplo Grau de Jurisdição é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro em decorrência de três elementos: a estrutura constitucional dos tribunais brasileiros; a adoção do Princípio do Devido Processo Legal e do Princípio da Ampla Defesa, que englobam, entre seus pressupostos, o Duplo Grau de Jurisdição. Em relação ao Direito Processual Penal, tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos quanto o Pacto de São José da Costa Rica, tratados ratificados pelo Estado brasileiro, preveem expressamente a Garantia de Duplo Grau de Jurisdição. Assim, no Direito Processual Penal é possível afirmar que o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição é uma garantia expressa.³⁰

3.2 Fundamentos para adoção do duplo grau de jurisdição

A doutrina pátria, em geral, aponta os mesmos fundamentos para adoção do princípio do duplo grau de jurisdição. A seguir, analisaremos cada um deles, bem como consignaremos as principais críticas tecidas pela corrente doutrinária, hoje minoritária, que não o aceita.

Sem dúvida, o principal argumento doutrinário para a admissão do princípio do duplo grau de jurisdição, e, talvez, o de mais provável acerto, é o de que ele permite a concessão de uma tutela jurisdicional mais segura e justa.

³⁰ LIMA, Carolina Alves de Souza. O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. São Paulo: Manole, 2004, p. 84.

Outros ainda existem, como por exemplo, o de que o duplo grau permite o controle da decisão judicial, bem como o de que enseja a correção de eventuais erros da decisão ocorridos em razão da natural falibilidade humana, e ainda o de que incentiva uma maior diligência do julgador no momento de prolatar sua decisão, tendo em vista saber que poderá ela ser revista por um órgão jurisdicional superior. E por fim, o fundamento de cunho estritamente psicológico: o de que o princípio, por promover um reexame integral da decisão, ainda que apenas a confirme, conforta as partes litigantes, facilitando a aceitação de uma eventual decisão que lhe seja desfavorável.

Não podemos afirmar com certeza, que o reexame da decisão, apenas por ser feito por um órgão colegiado, hierarquicamente superior, composto por juízes com experiência profissional mais sólida, a torne mais acertada do à proferida em primeiro grau. No entanto, a revisão da decisão, indubitavelmente, ensejará uma análise mais detida da matéria devolvida à apreciação judicial, o que, percentualmente, aumenta a probabilidade de se obter uma prestação jurisdicional mais justa, e, portanto, mais segura aos jurisdicionados.

Com hialina clareza, leciona José Carlos Barbosa Moreira:

A garantia de mais provável acerto resulta, principalmente, de uma circunstância especial: o controle exercido pelo juízo *ad quem* beneficia-se da presença, nos autos, de material já trabalhado, já submetido ao crivo do primeiro julgamento, e ao da crítica formulada pelas próprias partes, ao arazoarem, num sentido e noutro, o recurso.³¹

Djanira Maria Radamés de Sá, após chamar a atenção para o fato de que inexitem certeza e segurança absolutas, reconhece que não é menos certo que o Direito deve oferecer o máximo possível de certeza e segurança para a vida social, e afirma:

No que diz respeito à alegada tendência evolutiva no sentido da derrogação do duplo grau, embora não haja resposta direta de Allorio, a linha de seu pensamento e a afirmação de que “o povo não considera uma justiça nem bem organizada, nem tranquila se não contemplar a possibilidade de apelar” permite deduzir que sua ideologia converte para a concepção de um ordenamento jurídico que reflita os anseios da sociedade cujas relações deve regular, e que, considerando essa sociedade a segurança e a justiça como valores a serem respeitados pela via recursal, é impensável sua supressão.³²

³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 236.

³² SÁ, Djanira Maria Radamés de. Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 96.

Para Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, o principal fundamento para manutenção do princípio do duplo grau de jurisdição é de natureza política, segundo o qual em um Estado Democrático de Direito nenhum ato estatal prescinde de controle, pois, do contrário, ensejar-se-á o cometimento de abusos e arbitrariedades. Com brilhantismo ensinam os autores:

O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos jurídicos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciárias. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição.³³

Como dito, há ainda outros fundamentos para adoção do princípio do duplo grau de jurisdição, quais sejam, o de que seria ele um meio de correção de eventuais erros da decisão judicial, e o de que funcionaria como estímulo para o aprimoramento da atividade judicante, haja vista o prévio conhecimento pelo magistrado de que sua decisão poderá ser revisada. Sobre o tema, com maestria, ensina Renato Brasileiro de Lima:

O juiz é um ser e, portanto, falível. Pode cometer erros, equivocar-se, proferir uma decisão iníqua. Daí a necessidade de se prever um instrumento capaz de reavaliar o acerto (ou não) das decisões proferidas pelos magistrados. De mais a mais, não há como negar que a previsão legal dos recursos também funciona como importante estímulo para o aprimoramento da qualidade da prestação jurisdicional. Afinal, a partir do momento em que o juiz tem conhecimento de que sua decisão está sujeita a um possível reexame, o qual é feito, em regra, por órgão jurisdicional diverso e de hierarquia superior, composto por juízes dotados de larga experiência, isso serve como estímulo para o aprimoramento da função judicante, atuando como fator de pressão psicológica para que o juiz não cometa arbitrariedades na decisão da causa. Deveras, fosse o juiz sabedor, de antemão, que sua decisão seria definitiva e imodificável, porquanto não cabível a interposição de recurso, isso poderia dar margem a excessos na condução do processo. Haveria, assim, uma natural tendência para que o magistrado se acomodasse, deixando de lado os estudos, com evidente prejuízo à qualidade da prestação jurisdicional.³⁴

Sobre o fundamento de adoção do princípio duplo grau com base no aspecto psicológico, segundo o qual a revisão da decisão conforta o ânimo das partes que não tiveram suas pretensões atendidas, leciona o referido autor:

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.81.

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013, p. 1637.

É absolutamente natural o inconformismo da parte diante de uma decisão que lhe seja desfavorável. Afinal, em qualquer setor da atividade humana, ninguém se conforma com um primeiro julgamento contrário aos seus interesses. Este o motivo pelo qual se entende que a parte possui uma necessidade psicológica de obter uma reavaliação da decisão gravosa, ainda que sirva para confirmar o teor da decisão impugnada. A possibilidade de reexame dá conforto psicológico às partes, em razão da existência de um mecanismo de revisão da decisão da causa.³⁵

A principal crítica feita pelos doutrinadores que são contrários à adoção do princípio do duplo grau de jurisdição é a de que ele acaba acarretando o alongamento demasiado da prestação jurisdicional, sendo, portanto, incompatível com o princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal.³⁶

Assim considerando, estamos diante de duas opções extremas e de complexa conciliação: de um lado um processo demasiadamente fugaz que acaba desprezando os direitos e garantias fundamentais, dentre elas, a do duplo grau de jurisdição e, de outro, um processo vagaroso, que se arrasta no tempo, e que acaba maculando a credibilidade do Judiciário, e, principalmente, ferindo o direito do acusado ao acesso à justiça. Como ainda não foi encontrada uma solução equilibrada para o impasse, os doutrinadores se dividem, ora ficando de um lado, ora doutro.

A despeito das críticas, os doutrinadores, majoritariamente, são contrários à extirpação do princípio do duplo grau de jurisdição dos ordenamentos jurídicos.

Não negamos que a prestação jurisdicional em tempo razoável seja direito do acusado. No entanto, deve-se ter em mente que a regra constitucional não se preocupa exclusivamente com a “rapidez” do processo, valendo neste ponto a advertência de Aury Lopes Júnior, para quem “existe um tempo do direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E o Direito jamais será capaz de dar soluções à velocidade da luz”.³⁷

O autor ainda argumenta que o processo é feito para demorar (racionalmente, é claro), como uma garantia contra julgamentos imediatos, precipitados, feitos no calor da emoção; nele se deve dar às partes a oportunidade de mostrar e usar suas armas deve-se oportunizar o

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013, p. 1637.

³⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

³⁷ LOPES Jr., Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004, p. 27.

debate. Portanto, a seu ver, a aceleração deve vir através da inserção de tecnologia na administração da justiça, e jamais com a mera aceleração procedimental, atropelando direitos e garantias individuais.³⁸

Segundo ainda, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, a doutrina (hoje reduzidíssima), ainda dirige outras críticas à adoção do princípio, a seguir resumidas:

a) tanto os magistrados de primeiro grau quanto os da jurisdição superior podem proferir decisões incorretas e injustas; b) se a decisão em grau de recurso confirmar a de primeiro grau, ela será inútil, além de ofender o princípio da economia processual; c) a decisão que reforma a sentença de jurisdição inferior é sempre nociva, porque expõe as divergências de interpretação do Direito, produzindo incerteza nas relações jurídicas e desprestígio do Poder Judiciário.³⁹

Ora, é indiscutível que os órgãos de jurisdição superior podem proferir decisões incorretas, como o fazem. Afinal, a falibilidade humana é algo natural. No entanto, por ser o órgão revisor colegiado e com juízes de maior experiência profissional, a margem de erro é infinitamente menor do que no primeiro grau. Assim, não se deve suprimir o direito de muitos ao duplo grau de jurisdição, em razão somente da possibilidade (baixíssima) de erro de alguns poucos julgadores.

As demais críticas dirigidas contra o acolhimento do princípio, não merecem prosperar, tendo em vista que sua adoção é muito mais consentânea com os fins do Estado Democrático de Direito e com a proteção dos direitos fundamentais, do que seria a sua extirpação do ordenamento jurídico. Outrossim, além das vantagens verificadas na adoção do princípio, cremos, conforme se verá adiante, ser o mesmo uma garantia de cunho constitucional.

3.3 O Duplo Grau de Jurisdição como garantia constitucional

A doutrina pátria, por vezes, confere ao princípio do duplo grau de jurisdição o caráter de norma constitucional implícita. Para os que assim entendem, o duplo grau de jurisdição seria diretamente decorrente de outros princípios constitucionais, tais como o princípio do

³⁸ LOPES Jr., Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004, p. 28-29.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 80.

devido processo legal, o princípio da ampla defesa, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o princípio da isonomia e o princípio do Estado Democrático de Direito. Ainda, segundo alguns doutrinadores, poderia ser ele deduzido da própria estrutura e organização judiciária dos Tribunais brasileiros.

Embora respeitemos o posicionamento supracitado, não será ele objeto de nosso estudo, por duas razões. A uma, porque, no âmbito processual penal, o duplo grau de jurisdição constitui garantia constitucional expressa, como se verá adiante, razão pela qual não faz sentido o seu estudo como garantia constitucional implícita. A duas, porque a corrente doutrinária acima referida, como dito, considera o duplo grau de jurisdição corolário de outros de princípios constitucionais expressos, desprezando, assim, sua autonomia. Com efeito, tendo em vista que o objetivo do presente trabalho é questionar a aplicação da Súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado diz “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”, restaria prejudicada nossa argumentação se considerássemos o duplo grau decorrência lógica dos princípios que a própria súmula diz não violar, ou seja, concluir-se-ia que a aplicação da súmula também não violaria os seus decorrentes. Dessa forma, sendo o princípio do duplo grau de jurisdição nosso único fundamento para questionar a errônea aplicação da súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal, não faz sentido o enxergar apenas como garantia constitucional implícita, razão pela qual buscaremos sua origem como garantia constitucional autônoma e expressa no processo penal.

Feitas essas importantes considerações, iniciaremos o estudo da garantia duplo grau de jurisdição, na busca de sua compreensão como norma de índole constitucional.

Como é cediço, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, celebrada em San José, capital da Costa Rica, em 1969, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, mesmo ano em que o Estado Brasileiro a ratificou, prevê expressamente a garantia duplo grau de jurisdição no seu artigo 8º, nº 2, "h" ⁴⁰. O duplo grau de jurisdição também foi previsto pelo Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, ratificado em 24 de janeiro de 1992, e

⁴⁰ 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.

promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, que em seu artigo 14, nº 5⁴¹ prevê expressamente a garantia. Percebe-se que, após a ratificação dos referidos tratados de direitos humanos, o princípio do duplo grau de jurisdição passou a ser garantia jurídico-processual penal mínima e expressa, a ser concedida a todos os acusados declarados culpados por uma decisão penal condenatória. Nessa linha, insta trazer à colação o magistério de Carolina Alves de Souza Lima:

O Duplo Grau de Jurisdição, segundo o ordenamento brasileiro, incluía-se, até a retificação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, como garantia constitucional implícita, uma vez que decorria do Princípio do Devido Processo Legal, do Princípio da Ampla Defesa e da organização constitucional dos Tribunais Brasileiros. Com a ratificação dos referidos tratados e por força do disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 5º, da Constituição, o Duplo Grau de Jurisdição, no processo penal, passou a ser garantia expressa e de aplicação imediata no âmbito constitucional.⁴²

Para a compreensão do caráter constitucional da garantia do duplo grau de jurisdição é imperioso entendermos o processo de incorporação dos tratados de direitos humanos, que diferente do processo de incorporação dos tratados comuns, possui algumas especialidades. Para tanto, é preciso também estabelecer a definição dos tratados de direitos humanos.

Os tratados de Direitos Humanos possuem natureza especial em relação aos tratados comuns, haja vista que são celebrados para a proteção dos direitos e das garantias ligados à dignidade da pessoa humana. Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade:

Distintamente dos tratados clássicos, os tratados de proteção dos direitos humanos vão muito mais além, e compreendem bem mais do que compromissos recíprocos para o benefício mútuo dos Estados Partes, pois incorporam obrigações objetivas a serem cumpridas por meio de mecanismos de “implementação coletiva”. Esta última, de capital importância, se mostra um tanto avessa ao *rationale* individualista e voluntarista, dos preceitos clássicos sobre reservas a tratados multilaterais.⁴³

⁴¹ ARTIGO 14

[...]

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. (grifo nosso).

⁴² LIMA, Carolina Alves de Souza. O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. São Paulo: Manole, 2004, p. 93.

⁴³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 23.

Acerca do processo de incorporação dos tratados de Direitos humanos e de sua correspondente hierarquia na ordem jurídica nacional, ensina Flávia Piovesan⁴⁴ existirem quatro correntes sobre o tema, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional destes tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

A infraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos e a ideia de que teriam tais instrumentos status hierárquico de lei ordinária, como todos os demais tratados, mantinha-se como entendimento pacífico até 2007. Tal visão era calcada no artigo 102, inciso III, “b”, da Constituição Federal⁴⁵, pois levava a supor que, se um tratado podia ser declarado inconstitucional, assim como uma lei federal, necessariamente teria status infraconstitucional e estaria, ademais, equiparado à lei ordinária. Esse entendimento, hoje inexistente, apenas foi questionado após a promulgação da EC 45/2004 e a entrada em vigor do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, quando então começou a serem discutidas duas novas noções: a da supralegalidade e da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos.

Segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela:

A reavaliação do status dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica pátria ocorreu dentro do processo, conduzido pelo Pretório Excelso, de reexame da legalidade da prisão civil do depositário infiel, proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (art. 7º, par, 7º), e permitida, pelo menos aparentemente, pela Constituição Federal (CF, art. 5º, LXVII) e pelo Código Civil de 2002 (art. 652).⁴⁶

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, por ora majoritária, ficou sedimentada após o julgamento do HC 90.172⁴⁷, em que Supremo Tribunal Federal entendeu possuírem tais tratados, o caráter supralegal, isto é, inferiores à Constituição Federal, porém superiores às leis ordinárias. Com efeito, o entendimento sufragado tornou inaplicável a

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.p. 94.

⁴⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

⁴⁶ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 5. ed. Bahia: JusPodivm, 2013, p. 988.

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC 90.172/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05/06/07. DJ 17.08.07, p.91.

legislação infraconstitucional quando for conflitante com as normas de direitos humanos, não importando se aquela foi publicada anteriormente ou posteriormente a ratificação do tratado.

Cumprе ressaltar ainda, que o entendimento da supralegalidade não foi o único que surgiu na jurisprudência e na doutrina brasileira dentro desse processo de rediscussão do status hierárquico das normas de direitos humanos.

Embora ainda incipiente, o entendimento da constitucionalidade das normas internacionais de direitos humanos vem se tornando cada vez mais apazível para doutrina mais abalizada. Sem dúvida, esse é o posicionamento que melhor condiz com a importância que as normas de direitos humanos assumiram dentro da ordem jurídica interna e internacional.

A doutrina pátria que defende tal tese entende que a Constituição Federal tem regra expressa a respeito da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, insculpida no seu artigo 5, § 2º, que dispõe “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”. Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli:

A Carta de 1988, com a disposição do § 2º do seu art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer de forma clara, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados); e b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de fonte do sistema constitucional de proteção de direitos e garantias. E dizer, tais tratados passam a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de norma constitucional que esses instrumentos internacionais apresentam no ordenamento brasileiro.⁴⁸

Sobre a cláusula aberta do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, ensina ainda o autor:

A cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta da República de 1988, assim, admite visivelmente que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo governo brasileiro ingressam no nosso

⁴⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito internacional Público. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 95-96.

ordenamento jurídico no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa.

Ora, se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela expressos “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, e porque ela própria esta a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. E dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, e porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu “bloco de constitucionalidade”.⁴⁹

Ademais, vale dizer que, embora não inseridas formalmente no corpo da Constituição Federal, as normas internacionais de direitos humanos possuem inegável natureza material constitucional, isto é, estejam no corpo da Constituição ou nos Tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, constituem normas materialmente constitucionais. Neste mesmo sentido a lição de Flávia Piovesan:

Este 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 tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional.⁵⁰

Outrossim, consoante J.J. Gomes Canotilho, a Constituição não detém uma pretensão de completude, o que aponta para sua abertura, permitindo assim a flexibilidade necessária para seu contínuo desenvolvimento. Nessa linha, cumpre registrar seu brilhante magistério:

A ideia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *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

⁴⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito internacional Público. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 96.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 76.

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.º/1.º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à formalidade 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 chamá-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”.⁵¹

Do exposto, conclui-se que o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal constitui uma cláusula de abertura a novos direitos fundamentais. Esse viés interpretativo é também o que melhor se coaduna com o princípio da máxima efetividade. Ensina Flávia Piovesan:

Vale dizer, todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma norma constitucional pode-se dar uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais.⁵²

Ademais, cumpre destacar que além de ingressarem no ordenamento interno como norma constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos, por expressa previsão constitucional, passam a incorporar-se automaticamente em nosso ordenamento, a partir de sua respectiva ratificação. Essa é a conclusão que se extrai do mandamento do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. Sustenta Valério de Oliveira Mazzuoli:

Na medida em que a Constituição lhes atribui a natureza de “normas constitucionais”, os tratados de proteção dos direitos humanos também passam, pelo mandamento do citado § 1º do seu art. 5º, a ter *aplicabilidade imediata* no ordenamento jurídico brasileiro, dispensando-se, desta forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Já nos casos de tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, este decreto, materializando-os internamente, faz-se necessário. Em outras palavras, com relação aos

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 373-374.

⁵² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 80.

tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, foi adotado no Brasil o *monismo internacionalista kelseniano*, dispensando-se da sistemática da incorporação o decreto executivo presidencial para seu efetivo cumprimento no ordenamento pátrio, de forma que a simples *ratificação* do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas a respectiva legislação interna.⁵³

Continua ainda o autor:

Frise-se que o § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 dá aplicação imediata a *todos* os direitos e garantias fundamentais, sejam estes expressos no texto da Constituição, ou provenientes de tratados, vinculando-se todo o judiciário nacional a esta aplicação, e obrigando, por conseguinte, também o legislador, aí incluído o legislador constitucional. E dizer, seu âmbito material de aplicação transcende o catálogo dos direitos individuais e coletivos insculpidos nos arts. 5º a 17 da Carta da República, para abranger ainda outros direitos e garantias expressos na mesma Constituição (mas fora do catálogo), bem como aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tudo consoante a regra do § 2º do seu art. 5º.⁵⁴

Dessa forma, a ratificação do tratado internacional de direitos humanos, implicará na sua incorporação automática ao plano jurídico interno, dispensando-se qualquer ato jurídico complementar para sua imediata exigibilidade no sistema jurídico pátrio. Entretanto, insta ressaltar que tal prerrogativa apenas diz respeito aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, não se aplicando aos demais tratados comuns.

A reforma do judiciário trouxe muita polêmica ao tema dos direitos humanos, em razão, principalmente, da inclusão do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal⁵⁵. Tal dispositivo pretendeu por termo as discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a doutrina mais abalizada, antes da reforma, já atribuía aos tratados de direitos humanos status de norma constitucional, em virtude da interpretação do § 2º do mesmo art. 5º da Constituição.

Para os defensores do caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, o novel § 3º, do art. 5º da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma sistemática, à luz dos princípios constitucionais e internacionais, especialmente o da

⁵³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito internacional Público. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.102.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 101-102.

⁵⁵ 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 as emendas constitucionais”.

prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II, da Constituição Federal) e da proteção à dignidade humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal).

Como assentamos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil, em razão do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, alcançaram o status de norma constitucional. Com efeito, o que se deve entender é que o quórum previsto no § 3º do artigo 5º, da Constituição Federal, serve tão somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já adquiriram com do § 2º do art. 5º, da Constituição. Nesse sentido, a lição de Valério de Oliveira Mazzuoli:

No nosso entender a diferença existe, e nela esta fundada a única e exclusiva serventia do imperfeito § 3º do art. 5º da Constituição, fruto da Emenda Constitucional 45/2004. Falar que um tratado tem “*status* de norma constitucional” significa dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna. Isso é menos amplo que dizer que ele é “*equivalente* a uma emenda constitucional”, porquanto esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Perceba-se que, neste ultimo caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, a luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se a seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer e que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já tem *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser *equivalentes as emendas constitucionais*), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quórum* do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.⁵⁶

Sobre o efeito no tempo do § 3º, do art. 5º da Carta Magna, continua o autor:

O § 3º do art. 5º, contudo, não faz nenhuma ressalva quanto aos compromissos assumidos pelo Brasil anteriormente, em sede de direitos humanos, bem como em nenhum momento induz ao entendimento de que estará regendo situações pretéritas. O que aparentemente ele faz é tão somente permitir que o Congresso Nacional, a qualquer momento (antes de sua ratificação ou mesmo depois desta), atribua aos tratados de direitos humanos o caráter de emenda constitucional. Em tese, nada obsta que o referido § 3º seja também aplicado em relação aos tratados ratificados anteriormente a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45 (...).⁵⁷

⁵⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito internacional Público. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.108-109.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 107.

Ao lado dos posicionamentos acima apresentados, existem autores que sustentam terem os tratados de direitos humanos hierarquia supraconstitucional, chegando Flávia Piovesan a mencionar Agustin Gordillo, André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros e Hildebrando Accioly. Todavia, tendo em vista ser um posicionamento ainda isolado na doutrina pátria, embora seja o mais condizente com a importância assumida pelos direitos humanos no cenário mundial, não teceremos maiores comentários sobre ele.

Por todo o exposto, pode-se concluir que dos posicionamentos apresentados sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, o que melhor coaduna com os princípios da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II, da Constituição Federal) e da proteção à dignidade humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), é do ingressarem eles no ordenamento interno como norma constitucional, pela sistemática da incorporação automática. Considerando, ademais, a importância que a proteção dos direitos humanos assume no cenário mundial, nosso posicionamento não poderia ser outro.

Destarte, sendo o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica tratados internacionais de direitos humanos, deverão, como dito, serem incorporados ao ordenamento interno como normas constitucionais materiais. Tomando essa visão como diretivo, cremos ser possível a compreensão constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição, porquanto previsto como garantia processual penal expressa nos dois tratados citados.

4 IMPLICAÇÕES DO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA APLICAÇÃO DA SÚMULA N° 704 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Este capítulo constitui o cerne do presente trabalho. Veremos, em primeiro, o âmbito de aplicabilidade da Súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal, buscando delimitar com precisão o objeto de estudo da presente pesquisa. Em seguida, demonstrar-se-á o casuísmo que permeia a aplicação do enunciado sumulado. Após, proporemos uma nova reflexão sobre a aplicação da súmula em consonância com o princípio do duplo grau de jurisdição.

Por fim, veremos, no último tópico, os mecanismos de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano, com ênfase na garantia do duplo grau de jurisdição.

4.1 O âmbito de aplicabilidade da súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal

Aprovada em sessão plenária em 24 de setembro de 2003, e publicada em 13 de outubro do mesmo ano, a súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal enuncia que “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

A referida súmula causa hoje muito dissenso, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência pátria. Como se percebe, seu enunciado permite o *simultaneus processus* em caso de conexão ou continência decorrente da prática de crimes em concurso de agentes por pessoas que possuam foro por prerrogativa de função e aquelas que não o possuam, bem como entre as que possuam foro privativo distintos.

De início, cabe destacar que objetivo principal de nossa pesquisa é analisar somente a atração por conexão ou continência do processo de pessoas não titulares de foro privilegiado, quando estas tenham seu processo atraído pelo foro por prerrogativa de função de outro acusado. Buscar-se-á demonstrar que tal atração malferir o já estudado Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição. Em síntese, defenderemos a obrigatória separação de processos nesses casos por meio da não aplicação do enunciado sumulado.

De outro lado, impende registrar que não será objeto de estudo desse trabalho os casos de atração por conexão e continência do processo de pessoas titulares de foro por prerrogativa

de função distintos. E a razão lógica para fazermos isso decorre da situação privilegiada que estes já se encontram, que exclui, por si só, a garantia do duplo grau de jurisdição. Ou seja, não será possível defender a separação de processos dos titulares de foro por prerrogativa de função distintos com base no princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, tendo em vista que o foro privativo limita, de *per si*, a aplicação da referida garantia.

Não obstante, alguns doutrinadores defendem a separação de processos nesse caso, com fundamento no princípio do juiz natural e na natureza absoluta da competência *ratione functionae* prevista pela Constituição Federal. Outros, entretanto, entendem ser conveniente a aplicação da súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal aos titulares de foro por privativos distintos.

Entre os que defendem a separação de processos no caso de acusados titulares de foro por prerrogativa de função distintos, se alinha Renato Brasileiro de Lima, que, com maestria ensina:

[...] e se ambos os acusados pela prática de crime comum tiverem foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal (v.g., promotor de justiça perante o TJ, e desembargador perante o STJ)?
Novamente, devemos nos ater ao fato de que ambas as competências estão previstas na Constituição Federal: a do Tribunal de Justiça para processar e julgar promotor de justiça (CF, art.96, inciso III): a do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento de desembargadores (CF, art. 105, I, “a”). Se assim o é, não se pode admitir que a norma constitucional do art. 96, III, seja colocada em segundo plano em virtude de normas processuais penais-continência por cumulação subjetiva (CPP, art.77, inciso I)-, prevalecendo a jurisdição de maior graduação nos casos de conexão e continência (CPP, art. 78, III). Ora, a continência e a conexão não podem alterar uma competência fixada na Constituição, de natureza absoluta. Deveras, quando tratarmos de conexão e continência, será visto que ambas funcionam como critérios de modificação de competência relativa, jamais podendo alterar hipótese de competência absoluta, na medida em que esta é improrrogável.⁵⁸

Em que pese o entendimento acima citado, é de bom alvitre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, apreciando caso concreto de crime praticado em coautoria por Promotor de Justiça e Desembargador, decidiu que deveria prevalecer a competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento de ambos, por se tratar de órgão de maior graduação.⁵⁹

Insta destacar que ainda há muito dissenso sobre o tema e, como dito, nós não o analisaremos nesse trabalho. O intuito foi apenas de citá-lo para que se possa perceber que o âmbito de aplicabilidade que permeia a súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal não se

⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013, p. 464.

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC n° 91.437/PL, Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 18/10/2007.

limita ao nosso objeto de estudo. Cuidaremos somente de analisar (em consonância com o princípio do duplo grau de jurisdição), a atração por conexão ou continência de processos de corréus não titulares de foro privativo, que corresponde à parte do âmbito de incidência da súmula, porquanto entendem alguns doutrinadores que ela também se aplica aos titulares de foro privativo distintos.

No capítulo seguinte analisaremos algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, a favor e contra o desmembramento de processos de acusados não titulares de foro por prerrogativa de função, buscando demonstrar o indesejável casuísmo que as permeia, e que, por sua vez, é causa de uma reprovável insegurança jurídica.

4.1.1 Análise algumas decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo a aplicação da Súmula n° 704

Como visto, a partir de uma interpretação literal dos dispositivos do Código de Processo Penal ⁶⁰, no caso de conexão ou continência em concurso de agentes englobando aqueles que têm foro privativo e outros que dele não usufruem, a competência para processar e julgar o feito seria, a princípio, da jurisdição de maior graduação, conforme o disposto no art. 78, III, do referido *Codex*. ⁶¹

Ademais, enuncia a súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal que “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

⁶⁰ Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

⁶¹ Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948);

[...]

III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948);

É de ressaltar-se, contudo, que o enunciado sumulado não possui natureza cogente. Ademais, o Código de Processo Penal, no seu artigo 80⁶², oportuniza a separação de processos.

Com efeito, levando em consideração o estatuído no artigo 80 do referido diploma normativo, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado, sistematicamente, pelo desmembramento dos processos dos corréus não titulares de foro privativo pelos mais variados motivos, como passarei a exemplificar a seguir.

No Inq 517-QO/DF⁶³, Rel. Min. Octávio Gallotti, julgado em 8/10/1992, o Plenário decidiu, à unanimidade, que o fato isolado atribuído a certo deputado federal não apresentava vínculo de conexão com os demais indiciados, o que permitiria o desmembramento do feito. O acórdão de julgamento foi assim ementado:

Fato isolado, atribuído a deputado federal, sem vínculo de conexão com os imputados aos demais figurantes do inquérito policial (art. 76 do cod. proc. penal). desmembramento deferido em questão de ordem, a requerimento do ministério público federal.

Por sua vez, no Inq 1871-QO/GO⁶⁴, Rel. Min. Ellen Gracie, o Supremo Tribunal Federal optou pelo desmembramento do processo por entender que a apuração de crimes que exteriorizam tipos penais distintos, sem qualquer liame, envolvendo magistrados de tribunais diversos e pessoas não detentoras de foro privativo, exigiria inexoravelmente tal solução. O acórdão foi assim ementado:

INQUÉRITO. Investigação sobre tráfico de influência e suposto esquema de venda de habeas corpus. Apuração de crimes que exteriorizam tipos penais distintos, sem qualquer liame, envolvendo magistrados de tribunais diversos e pessoas não detentoras de foro privativo. Questão de Ordem resolvida no sentido do desmembramento do inquérito, preservando-se a competência constitucional de órgãos judiciários distintos.

⁶² Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação. (grifo nosso).

⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Inq-QO 517 DF, Rel. Min. Octávio Gallotti. DJ 06-11-1992.

⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Inq-QO 1871 GO, Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 01-08-2003.

Já no Inq 336-AgR/TO ⁶⁵, Rel. Min. Carlos Velloso, também por maioria de votos, entendeu-se que, como apenas um dos sessenta réus detinha foro por prerrogativa de função, o feito deveria ser desmembrado, pois não se afigurava razoável fazer-se a instrução da ação penal no Supremo Tribunal Federal. O acórdão daquele julgamento foi assim ementado:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PENAL. CRIME DE QUADRILHA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS. CPP, art. 80. NÚMERO EXCESSIVO DE ACUSADOS. PREJUÍZO DA DEFESA: INEXISTÊNCIA. I. - O fato de um dos corréus ser Deputado Federal não impede o desmembramento do feito com base no art. 80 do Código de Processo Penal. II. - A possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal é aplicável também em relação ao crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal). III. - Agravos não providos.

Igualmente no Inq 2.628-QO/RJ ⁶⁶ e na AP 396/RO ⁶⁷, Rel. Min. Cármen Lúcia, a Suprema Corte assentou que, considerada a elevada quantidade de indiciados, seria de bom alvitre o desmembramento dos feitos para propiciar uma tramitação célere, sobretudo objetivando evitar eventual prescrição. A seguir a ementa do primeiro julgado:

INQUÉRITO. QUESTÃO DE ORDEM. VÁRIOS INDICIADOS. NECESSIDADE DE CÉLERE TRAMITAÇÃO DO FEITO. DESMEMBRAMENTO DETERMINADO. Além de serem vários indiciados, deve-se levar em consideração, para o desmembramento, a necessidade de tramitação mais célere possível do feito, sobretudo quando há risco de prescrição. Questão de ordem resolvida no sentido de se determinar o desmembramento do feito.

Outro exemplo em que o desmembramento foi ordenado pelo Plenário, tendo como fundamento preponderante a presença de apenas um indiciado com prerrogativa de foro, é o Inq 2.443-QO/SP ⁶⁸, Rel. Min. Joaquim Barbosa, cujo acórdão recebeu a ementa abaixo:

AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. DESMEMBRAMENTO DO FEITO. ART. 80 DO CPP. APLICABILIDADE, NA HIPÓTESE. PRECEDENTES. QUESTÃO DE ORDEM ACOLHIDA, PARA QUE SEJAM APURADOS NESSA CORTE SOMENTE OS FATOS IMPUTADOS AO ACUSADO COM PRERROGATIVA DE FORO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O presente caso conta com 10 (dez)

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Inq 336-AgR/TO, Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 10/12/2004.

⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Inq 2.628-QO/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ 26-09-2008.

⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AP 396/RO. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ01/02/2013.

⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Inq 2.443/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 01/07/2008.

denunciados e, na data de hoje, com 78 (setenta e oito) volumes e mais 15 (quinze) apensos, o que demonstra a inviabilidade do processo e julgamento de tantos acusados por essa Corte e constitui razão mais do que suficiente para autorizar o desmembramento do feito, pois apenas um dos acusados detém a prerrogativa de foro prevista no artigo 102, inciso I, alínea 'b', da Constituição Federal. A doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de aplicar o art. 80 do Código de Processo Penal nos processos criminais em que apenas um ou alguns dos acusados detêm a prerrogativa de foro. Não há, no caso, qualquer excepcionalidade que impeça a aplicação do artigo 80 do CPP. Questão de ordem acolhida, para que sejam apurados nessa Corte somente os fatos imputados ao Deputado Federal envolvido, extraindo-se cópias dos elementos a ele relacionados para autuação de um novo inquérito. Baixa dos autos quanto aos demais acusados.

De outro lado, em algumas ocasiões a Suprema Corte brasileira decidiu não ser conveniente o desmembramento de processos dos não titulares de foro por prerrogativa de função. Nessa linha, impende registrar, *verbi gratia*, o Inq 2.455/RR⁶⁹, de relatoria do Min. Cezar Peluso, cuja ementa segue:

INQUÉRITO POLICIAL. Desmembramento. Inadmissibilidade. Pluralidade reduzida de acusados, dos quais um goza de foro especial por prerrogativa de função, perante o Supremo. Delitos conexos. Impossibilidade de aplicação de critério objetivo para desmembramento. Inexistência de razão relevante. Preliminar rejeitada. Aplicação do art. 80 do CPP. Precedente. Quando o número de acusados e a conexidade dos fatos não constituam razão relevante nem conveniente, não se procede a desmembramento de inquérito policial ou de processo de ação penal. AÇÃO PENAL. Denúncia. Exposição clara e objetiva dos fatos. Possibilidade de plena defesa. Recebimento. Se a denúncia contém exposição clara e objetiva dos fatos delituosos, possibilitando plena defesa ao acusado, deve ser recebida.

Também na AP 420-AgR/MG⁷⁰, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, o Supremo Tribunal Federal atalhou o desmembramento do processo, embora apenas um dos réus detivesse a prerrogativa de foro. Segue abaixo a ementa do julgamento:

AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO PENAL. DESMEMBRAMENTO INDEFERIDO. PREJUÍZO À EXATA COMPREENSÃO DO FEITO. RECURSOS DESPROVIDOS. Embora apenas um dos réus detenha prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, o desmembramento da ação penal comprometeria a prestação jurisdicional, tornando inaplicáveis os precedentes da Corte no sentido do desmembramento. O julgamento do réu com foro privilegiado depende da análise das condutas imputadas aos corréus, tendo em vista a formação coletiva da vontade no sentido da prática, em tese, criminosa. . Agravos regimentais desprovidos.

⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Inq 2.455/RR . Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 29-08-2008.

⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. AP 420-AgR/MG . Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 14/03/2012.

O caso mais emblemático e, também o mais recente, sobre o tema, foi a AP 470/MG, popularmente conhecida como “Mensalão”, em que o plenário do Supremo Tribunal Federal, negou o pedido de desmembramento do processo dos corréus não titulares de foro privativo. *In casu*, foi levantada questão de ordem em que se pugnava pelo desmembramento do feito, ao argumento de que apenas 03 (três) dos 38 (trinta e oito) acusados detinham foro privativo. Sustentou a defesa de um dos réus que o processo deveria ser desmembrado e encaminhado para a primeira instância, permitindo, assim, que os 35 (trinta e cinco) acusados que não detinham foro privilegiado fossem julgados pelo juiz natural da causa, com direito ao duplo grau de jurisdição.

No entanto, como dito, tal entendimento não foi acolhido, porquanto o Supremo Tribunal Federal, com fundamento na Súmula n° 704, objeto desse estudo, declarou-se competente para julgar todos os acusados.

A citada decisão do Supremo Tribunal Federal já causa certa estranheza se levarmos em conta a existência de motivo relevante para a separação processual, qual seja, o número excessivo de acusados (artigo 80 do Código de Processo Penal). Causa ainda mais estranheza, se considerarmos que no Inq 2.280/MG ⁷¹, também de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, instaurado para apurar um esquema de desvio de recursos públicos para financiamento de campanha eleitoral, que a imprensa cunhou de “mensalão tucano”, nos quais os envolvidos foram acusados de atuar com um *modus operandi* muito parecido com aquele descrito na inicial da ação penal n° 470/MG (“Mensalão”), foi deferido o pedido de desmembramento. O pedido foi deferido com base nos seguintes argumentos, que pela importância vale a transcrição:

No presente inquérito, apenas o primeiro, dos quinze denunciados, detém a prerrogativa de foro prevista no art. 102, I, b, da Constituição da República. Com efeito, como destacou a Procuradoria-Geral da República, a hipótese é de conexão e continência, enquadrando-se nos termos dos artigos 76 a 79 do Código de Processo Penal. Este Tribunal admite a prorrogação da sua competência para processar e julgar não só o detentor da prerrogativa de foro como também seus corréus não detentores de foro privilegiado, com base nos referidos dispositivos legais [...].

Contudo, havendo algum motivo relevante, entende-se que os processos podem ser separados, com base no que dispõe o art. 80 do Código de Processo Penal [...].

[...]

⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Inq 2.280/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 11/05/2009.

No caso em análise, o motivo relevante que, a meu ver, autoriza o desmembramento, é o número excessivo de acusados, dos quais somente 1 (um) - o Senador da República EDUARDO AZEREDO (PSDB/MG) - detém prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal. Ademais, a data em que os fatos supostamente teriam ocorrido - de julho a dezembro de 1998 - também recomenda o desmembramento, tendo em vista a necessidade de máxima celeridade no processamento do feito, observados os demais princípios que regem o processo penal. Diante deste fato, e para maior efetividade destas garantias constitucionais, considero importante acolher o pleito dos acusados no sentido do desmembramento. A manutenção do polo passivo em sua integralidade poderia retardar o andamento do processo e prejudicar a prestação jurisdicional.

O presente Inquérito nº 2.280 tem, atualmente, quarenta e dois volumes principais e quarenta e dois apensos, que se multiplicarão ao longo da eventual instrução criminal, caso a denúncia seja recebida contra todos os acusados.

O Supremo Tribunal Federal possui vários precedentes de ações e procedimentos criminais com número expressivo de pessoas envolvidas. Em quase todos eles, prevaleceu a racionalidade comandada pelo art. 80 do Código de Processo Penal, o que conduziu ao desmembramento do processo pela Corte.

[...]

Assim, por não haver, neste inquérito, qualquer excepcionalidade que impeça a aplicação do art. 80 do Código de Processo Penal, defiro o pedido formulado pelos réus Eduardo Guedes, Marcos Valério e Cláudio Mourão e determino o desmembramento do processo, devendo permanecer perante esta Corte apenas o processo e julgamento dos crimes imputados ao Senador Eduardo Azeredo.

Como se percebe, pelos diversos precedentes mencionados, as decisões que desmembram ou não os processos são, em geral, de natureza casuística, repousando, quase sempre, em argumentos de ordem pragmática, quando não baseados em uma ótica eminentemente subjetiva. Tal constatação inviabiliza a determinação das situações em que o desmembramento deva ou não ocorrer, levando a um indesejável casuísmo, que, como dito, acarreta uma reprovável insegurança jurídica.

Os erráticos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para deliberar sobre a questão do desmembramento, como por exemplo, o número de réus com foro especial, a complexidade da causa, o risco de prescrição, gera instabilidade jurídica, haja vista que suas decisões são acompanhadas pelos demais Tribunais do país, que o tem como paradigma.

Por tais razões, propor-se-á nesse trabalho, uma nova reflexão sobre a temática em tela, em consonância com o já estudado Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição.

4.2 O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição como baliza para o desmembramento de processos de corréus não titulares de foro por prerrogativa de função

Como já assentado alhures, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 678/1992, prevê expressamente a garantia duplo grau de jurisdição no seu artigo 8.2.h.

Cumpre recapitular, outrossim, que o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, ratificado em 24 de janeiro de 1992, e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, também prevê a garantia ao duplo grau de jurisdição em seu artigo 14. nº 5, que dispõe “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”.

Ademais, como visto, os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados ao ordenamento pátrio com *status* hierárquico equivalente à das normas constitucionais, eis que possuem inexorável natureza material constitucional.

Assim entendendo, não se poderá aceitar que uma regra prorrogação de competência (conexão e continência), prevista em uma lei ordinária, qual seja, o decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), subtraia do acusado não titular de foro por prerrogativa de função, o seu direito, constitucionalmente assegurado, ao duplo grau de jurisdição. Isto é, não é certo tolerar que uma garantia com assento constitucional, seja suprimida por uma regra de prorrogação de competência prevista em legislação ordinária. A propósito, é regra comezinha de hermenêutica constitucional que a interpretação das leis deve ser feita em conformidade com a Constituição, e não o contrário.

Nessa linha, impende registrar a lição do Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto na questão de ordem da AP 470/MG:

[...], não vejo como seja possível admitir-se que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente daquelas que integram Código de Processo Penal-instrumento cuja finalidade última é proteger o *jus libertatis* do acusado diante do *jus puniendi* estatal— derogue a competência constitucional estrita fixada pela Carta Magna aos diversos órgãos judicantes e, mais, permita malferir o princípio do duplo grau de jurisdição, nela abrigado e mais uma vez acolhido, de livre e espontânea vontade, pelo Brasil, após a promulgação daquela, quando aderiu sem reservas ao Pacto de San José da Costa. (grifo nosso).⁷²

Sobreleva notar que conquanto se adote a tese da supralegalidade das normas internacionais de direitos humanos, não se poderá admitir que a garantia ao duplo grau de jurisdição do corréu não titular de foro privativo seja restringida pelas regras de conexão e

⁷² Acessível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/qaop470rl.pdf, p. 46. Acesso em: 16/05/2014.

continência previstas no Código de Processo Penal, eis que, da mesma forma, o status normativo supralegal, embora esteja abaixo da Constituição, prevalece sobre a legislação ordinária. Ademais, ainda que se considere possuírem os tratados de direitos humanos status hierárquico equivalente às leis ordinárias, é cediço que a *lex posterior derogat priori*, isto é, como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foram ratificados no de 1992, e , considerando que o Código de Processo Penal data de 1941, é indubitável que os referidos os referidos pactos lhe são posterior e que, por esta razão, o revogariam.

Em síntese, cabe trazer à colação o magistério de Renato Brasileiro de Lima:

"Ora, tendo em conta que o duplo grau de jurisdição está previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, nº 2, "h"), resta saber se esse entendimento do Supremo Tribunal Federal negando o direito ao duplo grau de jurisdição não está a merecer mudança de posicionamento nos casos em que o corréu sem foro por prerrogativa de função e julgado pelos Tribunais em virtude da conexão ou da continência. De acordo com a Súmula nº 704 do Supremo, *não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados*. Da leitura da referida súmula, que não faz menção à eventual violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, depreende-se que, caso um Deputado Federal pratique um crime em coautoria com um cidadão que não faça jus ao foro por prerrogativa de função, ambos poderão ser julgados pela Suprema Corte. Em relação ao Deputado Federal, pensamos que a questão não apresenta maiores problemas. Afinal, se a própria Constituição estabeleceu seu foro por prerrogativa de função perante a mais Alta Corte do País (artigo 53, parágrafo 1º), não havendo um juízo ad quem que possa viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, este não terá o direito de apelar.

Todavia, bem diversa é a situação do coautor ou partícipe. De fato, o que determina o *simultaneus processus* em relação a sua pessoa perante o Supremo é a continência por cunmulação subjetiva, norma prevista em lei ordinária: Código de Processo Penal (art, 77, I). Ocorre que, por força desse julgamento perante o Supremo, o coautor não terá direito de apelar. Fica a dúvida, então: poderia uma lei ordinária (CPP, art.77, I) prevalecer sobre dispositivo que tem status normativo supralegal (Pacto de São José da Costa Rica, art.8º, nº 2,"h"), privando o coautor do direito de apelar? Pensamos que não. Destarte, diante do status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, e considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê o direito ao duplo grau de jurisdição de maneira expressa, caso o coautor não tenha foro por prerrogativa de função, impõe-se a separação dos processos, respeitando-se, quanto a este, o direito assegurado no art. 8º, nº 2, "h", do Dec. nº 678/9.⁷³

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013, p. 1644.

Dessa forma, seja qual for o posicionamento adotado sobre a incorporação de tratados de direitos humanos, concluir-se-á que, no caso de infração penal cometida em concurso de agentes por pessoas que possuam foro por prerrogativa de função e aquelas que não o possuam, a separação dos processos é medida que se impõe, em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Se assim não fosse, o cidadão comum, que não exerce nenhuma função pública relevante (e que, portanto, não há justificativa para instituição de foro privilegiado), teria seu direito constitucional ao duplo grau de jurisdição suprimido por uma regra de prorrogação de competência prevista em legislação ordinária (Código de Processo Penal), o que é inadmissível. Por esta razão, defendemos a não aplicabilidade da súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal nesses casos.

4.3 Mecanismos de Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano

O sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos possui um mecanismo próprio para processamento de casos individuais de violações de direitos humanos. Tal mecanismo encontra-se previsto nos artigos 34 e seguintes da Convenção Americana (Pacto de São José da Costa Rica), e outorga à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a função de receber petições individuais de pessoas que tiveram seus direitos violados.

De início, insta consignar que a Comissão e a Corte Interamericanas, juntas, constituem os principais órgãos de defesa dos direitos humanos no âmbito da Organização dos Estados Americanos. A Comissão, sediada em Washington, é composta por sete membros, que não constituem representantes de qualquer Estado, eleitos pela Assembleia-Geral da OEA para um mandato de quatro anos, com direito a uma reeleição. A Corte, por sua vez, é composta por sete juízes, nacionais dos Estados-membros da OEA, de mais alta autoridade moral e de notório conhecimento na área de direitos humanos, eleitos a título pessoal, pelo voto da maioria absoluta dos Estados-Partes do Pacto de San José da Costa Rica, para um mandato de seis anos, permitida uma reeleição.

Sobreleva notar que a Comissão, conforme estabelecido no artigo 41 da Convenção Americana, é responsável pela observância e defesa dos direitos humanos no território de todos os Estados membros da OEA, sejam ou não partes na Convenção. Nessa linha, ensinam Maria Beatriz Galli e Ariel E. Dulitzki:

Atualmente, a Comissão atua em virtude das faculdades outorgadas pela Carta da OEA, art. 112, pela Convenção Americana, pelo seu Estatuto e Regulamento, possuindo jurisdição para atuar sobre todos os Estados-membros da OEA e supervisioná-los na sua observância de proteção dos direitos humanos. Neste particular, os Estados que não tenham ratificado a Convenção Americana poderão ser supervisionados e responsabilizados internacionalmente pela Comissão por violações aos direitos humanos [...].⁷⁴

Dentre as funções da Comissão Interamericana, importa-nos destacar, a de proteção dos direitos humanos, que inclui a faculdade de promover investigação *in loco*, bem como elaborar relatórios especiais sobre a situação dos direitos humanos nos países membros da OEA e ainda receber e promover a tramitação de denúncias individuais envolvendo eventuais violações de direitos humanos. Sobre as funções da Comissão, impende registrar a lição de Paulo Henrique Gonçalves Portela:

As funções específicas da Comissão estão delineadas no artigo 41 do Pacto de São José e incluem: formular recomendações aos Estados no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos nos âmbitos, legislativo e administrativo; preparar estudos ou relatórios na matéria; solicitar aos Estados informações sobre as medidas que adotarem no campo dos direitos humanos; atender às consultas dos Estados em questões relacionadas com os direitos humanos e prestar-lhes o assessoramento possível; apresentar um relatório anual à Assembleia-Geral da OEA; e atuar com respeito às petições e outras comunicações que é competente para examinar.⁷⁵

O procedimento de denúncias individuais está previsto nos artigos 44 a 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e constitui pré-requisito processual obrigatório para o encaminhamento dos casos para a Corte Interamericana. Sendo assim, o caso só é submetido à apreciação da Corte, depois de esgotado todo o trâmite da denúncia na Comissão, porquanto, somente os Estados-membros da Convenção Americana e a Comissão possuem a prerrogativa de acesso direto à Corte. Nesse sentido, ensina Paulo Henrique Gonçalves Portela:

Somente os Estados-Partes do Pacto de São José e a Comissão Interamericana podem submeter casos à Corte [...]
É nesse sentido que podemos afirmar que a Corte poderá examinar um caso de violação de normas do sistema interamericano apenas após a apreciação da situação em apreço pela própria Comissão Interamericana.⁷⁶

⁷⁴ GALLI, Maria Beatriz; DULITZKI, Ariel E. *et al.* O sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 62.

⁷⁵ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 5. ed. Bahia: JusPodivm, 2013, p. 930-931.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 935.

Para que uma petição individual (denúncia) seja admitida pela Comissão, é necessário que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, bem como que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva e ainda que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional. Sobre tema, aponta ainda Paulo Henrique Gonçalves Portela:

O Pacto de São José estabelece, porém, que o requisito de esgotamento dos recursos internos não se aplica quando tais recursos não funcionarem com base nas normas do devido processo legal, quando não se houver permitido ao interessado o uso desses recursos até o final do processo ou quando houver "demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos" (art. 46, par.2). É nesse sentido que afirmamos que o requisito do esgotamento dos recursos internos é condicionado à disponibilização, pelo Estado, de recursos eficazes e acessíveis aos indivíduos que a eles recorrem, sem o que a petição individual poderá ser apreciada desde logo pela Comissão Interamericana.⁷⁷

Após minucioso exame de admissibilidade do caso, a Comissão elaborará um relatório contendo recomendações ao Estado determinando que este assegure ao lesado o gozo do seu direito ou liberdade violados no prazo de três meses. Caso o Estado não adote as medidas no prazo estipulado, a Comissão poderá encaminhar o caso para a Corte, bem como poderá elaborar um relatório final com novas recomendações, que se não cumpridas, ensejaram a publicação do relatório na Assembleia-Geral da OEA.

Em relação à legitimidade para peticionar na Comissão impende ressaltar que apenas a leitura das disposições convencionais nos permite concluir que este instituto processual amplia, de forma democrática, o rol de legitimados, estendendo o direito de petição a "qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização"⁷⁸. Ou seja, não se impõe que o peticionário se considere vítima da violação.

Ademais, cumpre registrar que o sistema interamericano não admite a interposição de uma petição *in abstracto* perante a Comissão. Isto é, o peticionário deve apresentar-se como vítima de violação de um direito previsto na Convenção Americana, ou representar uma pessoa vítima de violação, por um Estado-parte, de um direito previsto na Convenção. Com

⁷⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 5. ed. Bahia: JusPodivm, 2013, p. 931-932.

⁷⁸ Artigo 44. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

efeito, não basta ao peticionário sustentar a mera existência de uma lei que viole, em tese, os direitos que lhe outorga a Convenção Americana, é preciso antes que aplicação da lei lhe haja causado um dano *in concreto*, violando direito seu previsto na Convenção. Para isso, tem sustentado unanimemente os órgãos regionais e internacionais de proteção dos direitos humanos que tais violações devem se pautar pelas normas internacionais, e não pelas normas internas dos Estados-membros. Nessa linha, insta trazer à colação o esclarecedor pronunciamento da Corte Interamericana:

A Corte recorda que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem por fim proporcionar ao indivíduo, meios de proteção dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente frente ao Estado (seus órgãos, seus agentes, e todos aqueles que atuam em seu nome). Na Jurisdição internacional as partes e a matéria da controvérsia são, por definição, distintas daquelas da jurisdição interna. No presente caso, o aspecto substancial da controvérsia ante a Corte não é se a suposta vítima violou a Lei peruana (quer seja esta ordinária ou militar), senão o fato de saber se Peru violou as obrigações internacionais que contraiu ao constituir-se em Estado-parte na Convenção Americana.⁷⁹

De outro lado, dentre as atribuições da Corte Interamericana, destaca-se sua função contenciosa, que permite a responsabilização internacional de um Estado por descumprimento de obrigações internacionais. Sobre o limite de atuação da Corte no exercício de sua função jurisdicional, esclarece André de Carvalho Ramos:

De acordo com o artigo 52 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte americana pode determinar toda conduta de reparação e garantia do direito violado, inclusive a mensuração pecuniária da indenização. Além disso, de acordo com o artigo 63, a Corte, quando decidir pela responsabilidade internacional do Estado, determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Deve determinar também que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.⁸⁰

Ressalta-se que a submissão de casos ao crivo judicial da Corte depende do prévio reconhecimento da sua jurisdição obrigatória. Esta particularidade é observada por Fernando Jayme ao destacar que:

⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cesti Hurtado vs. Peru. Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, p. 162.

⁸⁰ RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 240.

O exercício da jurisdição contenciosa da Corte está condicionada a uma questão preliminar fundamental: o consentimento do Estado. Aderir à cláusula facultativa de reconhecimento da competência contenciosa da Corte significa que o Estado está, a partir de então, vinculado à Convenção em sua integralidade. O consentimento confere ao Estado capacidade processual; o Estado participa do processo na qualidade de parte, comprometendo-se com a proteção integral dos direitos humanos estabelecida no sistema interamericano. A aceitação da competência da Corte é por prazo indefinido, com caráter geral.⁸¹

Sobre o tema, afirma Paulo Henrique Gonçalves Portela:

O Brasil reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio do Decreto 4.463, de 8/11/2002. Tal reconhecimento é válido por prazo indeterminado, mas, por outro lado, abrange apenas fatos ocorridos após 10/12/1998 [...].⁸²

Pelo exposto, percebe-se que a denúncia individual constitui um mecanismo efetivo, inovador e democrático de proteção dos direitos humanos, haja vista que confere à pessoa humana o poder de acionar a Comissão Interamericana, por meio de petição individual, quando for vítima de violação de direitos que lhe outorgam a Convenção Americana. Ressalta-se, outrossim, que a denúncia individual é o caminho primeiro para submissão do caso à apreciação da Corte, que como visto, poderá impor sanções ao Estado violador de direitos humanos.

Neste ínterim, caso seja aplicada a súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à atração por conexão ou continência do processo do corréu não titular de foro por prerrogativa de função, quando este for atraído pelo foro privativo de outro acusado, entendemos ser possível acionar (denúncia) a Comissão Interamericana pela violação à garantia do duplo grau de jurisdição, prevista no Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, nº 2, "h", e no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, em seu artigo 14, nº 5. Neste sentido, foi o que fizeram quatro réus da Ação Penal nº 470 ("mensalão"), quais sejam, Kátia Rabello, José Roberto Salgado, Vinícius Samarane e José Dirceu, que acionaram a Comissão Interamericana, com o intuito de que a mesma submeta o caso à apreciação da Corte Interamericana, para que esta determine a realização de novo um julgamento, garantindo-se, assim, aos petionários, o pleno exercício de seu direito violado (duplo grau de jurisdição).

⁸¹ JAYME, Fernando G. Direitos humanos e sua interpretação pela Corte Interamericana de direitos humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 90-91.

⁸² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 5. ed. Bahia: JusPodivm, 2013, p. 935.

4.3.1 Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo a proteção ao duplo grau de jurisdição

A seguir consignaremos algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com finalidade de expor o tratamento dispensado pela mesma à garantia do duplo grau de jurisdição.

No primeiro caso, conhecido como *Barreto Leiva vs. Venezuela*, o Sr. Oscar Barreto Leiva foi condenado à pena de um ano e dois meses de prisão por suposto cometimento de delito contra o patrimônio público, quando, em 1989, ocupava o cargo de Diretor Geral da Secretária de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da República da Venezuela. Conforme consta na decisão da Corte, o Sr. Oscar Barreto Leiva, não ocupando mais qualquer cargo público, foi citado para testemunhar em um processo criminal contra, o à época, Presidente da República da Venezuela, um senador e um deputado. Na ocasião, foi expedido contra o Sr. Barreto Leiva um decreto de prisão por suposto envolvimento no crime, sendo o mesmo posteriormente condenado pela Suprema Corte da Venezuela sem direito ao duplo grau de jurisdição. Na sentença, a Corte Interamericana exarou o seguinte entendimento:

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.

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.

(...)

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. En este caso la aplicación de la regla de conexidad, admisible en sí misma, trajo consigo la inadmisibilidad. consecuencia de privar al sentenciado del recurso al que alude el artículo 8.2.h de la Convención.⁸³

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentencia del 17 de noviembre de 2009, p.19-20.

Na decisão a Corte entendeu que a garantia do duplo grau de jurisdição, prevista no artigo 8.2.h da Convenção Americana de Direitos Humanos, possui natureza absoluta, e, por esta razão, determinou que o poder judiciário da Venezuela conferisse ao Sr. Barreto Leiva o direito de recorrer da decisão condenatória, bem como fixou prazo para que a Venezuela adeque seu ordenamento jurídico interno à Convenção Americana, de modo a conceder a todos os acusados, inclusive os que possuem foro privativo, o direito ao duplo grau de jurisdição. Segue abaixo o trecho da decisão:

El Estado, a través de su Poder Judicial y conforme a los párrafos **Erro! Fonte de referência não encontrada.** a **Erro! Fonte de referência não encontrada.** de esta Sentencia, debe conceder al señor Barreto Leiva, si este así lo solicita, la facultad de recurrir de la sentencia y revisar en su totalidad el fallo condenatorio al que hace referencia esta Sentencia (*supra* párr. **Erro! Fonte de referência não encontrada.**). Si el juzgador decide que la condena estuvo ajustada a Derecho, no impondrá ninguna pena adicional a la víctima y reiterará que ésta ha cumplido con todas las condenas impuestas en su oportunidad. Si por el contrario, el juzgador decide que el señor Barreto Leiva es inocente o que la condena impuesta no se ajustó a Derecho, dispondrá las medidas de reparación que considere adecuadas por el tiempo que el señor Barreto Leiva estuvo privado de su libertad y por todos los perjuicios de orden material e inmaterial causados. Esta obligación deberá ser cumplida en un plazo razonable.

El Estado debe, dentro de un plazo razonable y conforme a los párrafos **Erro! Fonte de referência não encontrada.** y **Erro! Fonte de referência não encontrada.** de esta Sentencia, adecuar su ordenamiento jurídico interno, de tal forma que garantice el derecho a recurrir de los fallos condenatorios, conforme al artículo 8.2.h de la Convención, a toda persona juzgada por un ilícito penal, inclusive a aquéllas que gocen de fuero especial.⁸⁴

No caso Castillo Petruzzi e outros, em que quatro cidadãos chilenos foram condenados por um Tribunal Peruano pertencente a Justiça Militar à pena de prisão perpétua por suposta prática de delito de traição contra o Estado do Peru, entendeu a Corte Interamericana que a garantia do duplo grau só resta efetivada se a revisão da decisão condenatória se der pelo órgão que seja, de fato, competente para julgar o caso, em respeito a garantia do juiz natural. Assim se posicionou a Corte:

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia del 17 de noviembre de 2009, p.33-34.

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 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.

Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.h de la Convención.⁸⁵

Seguindo a mesma linha do caso acima citado (julgamento de civis pela Justiça Militar), importa registrar também o Caso Lori Berenson Mejía Vs. Peru.

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, aquellos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que satisfaga las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece.⁸⁶

Outrossim, no caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, a Corte exarou o entendimento de que somente os recursos que permitam uma revisão completa da decisão impugnada asseguram o duplo grau de jurisdição previsto no artigo 8.2.”h” da Convenção Americana. Naquela oportunidade, declarou a Corte:

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia del 30 de mayo de 1999, p. 53

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru, Sentencia de 25 de Noviembre de 2004, p. 99.

En este punto debemos preguntarnos qué es lo que pudiera exigirse del recurso mencionado en el artículo 8.2 h) de la Convención, dentro del criterio de máxima protección de los derechos del individuo y, por lo tanto, conforme al principio de inocencia que le sigue acompañando mientras no se dicta sentencia firme, y del derecho de acceder a la justicia formal y material, que reclama la emisión de una sentencia “justa” (inclusive condenatoria, aunque con un contenido punitivo diferente del que pareció adecuado en primer término). ¿Se trata de una revisión limitada, que pudiera dejar fuera aspectos verdaderamente relevantes para establecer la responsabilidad penal del sujeto? ¿Basta con una revisión limitada, que aborde algunos aspectos de la sentencia adversa, dejando otros, necesariamente, en una zona inabordable y por lo mismo oscura, no obstante la posibilidad de que en éstos se hallen los motivos y las razones para acreditar la inocencia del inculpado?

La formulación de la pregunta en aquellos términos trae consigo, naturalmente, la respuesta. Se trata de proteger los derechos humanos del individuo, y entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no sólo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior --que sería superior en grado, dentro del orden competencial de los tribunales-- debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas (...). Es evidente que esas necesidades no se satisfacen con un recurso de “espectro” reducido, y mucho menos --obviamente-- cuando se prescinde totalmente de cualquier recurso, como algunas legislaciones prevén en el caso de delitos considerados de poca entidad, que dan lugar a procesos abreviados. [...]

Con respecto a la sentencia dictada en el Caso Castillo Petruzzi, un Juez de la Corte produjo un Voto concurrente razonado en el que se refirió a este asunto, *inter alia*, aunque lo hiciera a propósito de la inobservancia del recurso en la hipótesis de un juicio militar: “no se respetó el derecho de las víctimas a una segunda instancia (porque los organismos que intervinieron en la revisión de la sentencia) no se desempeñaron como tribunales que reexaminaran la totalidad de los hechos de la causa, ponderaran el valor del acervo probatorio recaudaran las pruebas adicionales que fueran menester, produjeran, de nuevo, una calificación jurídica de los hechos en cuestión a la luz de las normas penales internas y fundamentaran argumentativamente es calificación” (Voto concurrente del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, correspondientes a la Sentencia del Caso Castillo Petruzzi y otros, del 30 de mayo de 1999).⁸⁷

Também no caso Mohamed vs. Argentina, em que o Sr. Carlo Alberto Mohamed foi condenado pela suposta prática de homicídio culposo em segunda instância por um tribunal que revogou a decisão absolutória de primeira instância, entendeu a Corte que o duplo grau de jurisdição se trata de uma garantia absoluta do indivíduo frente ao Estado, que deve ser

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de Julio de 2004, p. 106-107.

assegurada a toda pessoa declarada culpada pela prática de um delito. Assim, se pronunciou a Corte:

El artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de “[t]oda persona inculpada de delito”. En el último inciso en que expone esas garantías, cual es el h), protege el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. La Corte entiende que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena.

Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado⁸⁴. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención.

Para confirmar la interpretación de esta Corte de que se trata de un derecho que asiste al condenado, resulta relevante acudir al lenguaje concreto del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁵ que, al referirse al derecho a recurrir del fallo, expresamente establece que es una garantía que tiene “[t]oda persona *declarada culpable* de un delito” (énfasis agregado). En otra oportunidad la Corte ha manifestado que dicha norma del Pacto es “muy similar” al artículo 8.2.h de la Convención Americana.⁸⁸

Pelo exposto, considerando o teor das mencionadas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível inferir que a mesma confere ao duplo grau de jurisdição previsto no artigo 8.2.h da Convenção Americana e no artigo 14, n° 5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o caráter de garantia absoluta, não admitindo sua supressão em circunstância alguma. O duplo grau de jurisdição para a Corte constitui garantia processual inflexível, que não pode ser afastada por qualquer motivo, devendo ser outorgada até mesmo para os acusados titulares de foro por prerrogativa de função que são julgados diretamente em segunda instância.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mohamed vs. Argentina. Sentencia del 23 de noviembre de 2012, p. 30.

Em síntese, cumpre registrar que foi por meio da Corte que se desenvolveu uma sólida jurisprudência no sentido de proteção absoluta ao duplo grau de jurisdição, o que, por sua vez, avigorou e estimulou o uso dos mecanismos de proteção dos direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano.

5 CONCLUSÃO

Como cediço, o propósito deste trabalho foi questionar a aplicação da súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal que diz “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de um dos denunciados”.

A princípio, se fizermos uma rápida leitura do enunciado sumulado, perceberemos que ele enseja o *simultaneus processus* em caso de conexão ou continência decorrente da prática de crimes em concurso de agentes por pessoas que possuam foro por prerrogativa de função e aquelas que não o possuam, bem como entre as que possuam foro privativo distintos.

Como expusemos, o objetivo principal de nossa pesquisa era analisar tão somente a atração por conexão ou continência do processo de pessoas não titulares de foro privilegiado, quando estas tivessem seu processo atraído pelo foro por prerrogativa de função de outro denunciado. Nosso intuito era demonstrar que tal atração malferia o princípio do duplo grau de jurisdição, e que, por esta razão, seria imperioso separar os processos para fins de julgamento.

Lado outro, registramos que não seria objeto de estudo desse trabalho os casos de atração por conexão e continência do processo de pessoas titulares de foro por prerrogativa de função distintos. E a razão lógica para fazermos isso decorre da situação privilegiada que estes já se encontram, que exclui, por si só, a garantia do duplo grau de jurisdição. Ou seja, não seria possível defender a separação de processos de pessoas titulares de foro por prerrogativa de função distintos com base no princípio do duplo grau de jurisdição, tendo em vista que o foro privativo suprimi, de *per si*, a aplicação da referida garantia.

Não obstante, consignamos que uma grande parcela dos doutrinadores defende a separação de processos nesse caso, com fundamento no princípio do juiz natural e na natureza absoluta da competência *ratione functionae* prevista pela Constituição Federal. Outros, no entanto, entendem ser conveniente a aplicação da súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal aos titulares de foro por privativos distintos.

Após delimitarmos com precisão nosso objeto de estudo, buscamos compreender a origem autônoma do princípio do duplo grau de jurisdição, bem como sua natureza como norma de índole material constitucional.

Entendemos que não seria proveitoso para a nossa pesquisa buscar o reconhecimento do princípio do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional implícita, derivada de outros princípios constitucionais, tais como, o princípio do devido processo legal, o princípio da ampla defesa, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o princípio da isonomia e o princípio do Estado Democrático de Direito. Ainda, segundo alguns doutrinadores, poderia ser ele deduzido da própria estrutura e organização judiciária dos Tribunais brasileiros. Se considerássemos o duplo grau de jurisdição corolário dos princípios que a própria súmula diz não violar, concluir-se-ia que a aplicação da súmula também não violaria os seus decorrentes. Assim, restaria prejudicada nossa argumentação, pois o princípio do duplo grau de jurisdição é o único fundamento por nós utilizado para questionar a errônea aplicação da súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal no que se refere à atração por conexão ou continência do processo do corréu não titular de foro por prerrogativa de função.

Dedicamos um capítulo inteiro para tratar do princípio do duplo grau de jurisdição. Traçamos em minúcias todos os contornos da referida garantia, buscando sempre compreender sua autonomia e sua natureza como norma constitucional. Consignamos que o duplo grau de jurisdição é uma garantia de revisão de decisões judiciais finais, por um órgão diverso do que a proferiu e, em regra, de hierarquia superior na ordem judiciária. Ademais, vimos que o duplo grau só restará observado quando o recurso permita um reexame integral da decisão do juízo *a quo*, ou seja, uma revisão completa de toda a matéria de fato e de direito da decisão guerreada. Assim, conforme visto os recursos extraordinário e especial, por possuírem fundamentação vinculada, não ensejam a concretização do princípio do duplo grau de jurisdição.

Outrossim, vimos que as vantagens derivadas do reconhecimento do princípio superam, em muito, as suas desvantagens. Sua adoção é muito mais consentânea com os fins do Estado Democrático de Direito e com a proteção dos direitos fundamentais, do que seria a sua extirpação do ordenamento jurídico. Como visto, o duplo grau permite o controle político da decisão judicial, bem como enseja a correção de eventuais erros da decisão, ocorridos em razão da natural falibilidade humana, e ainda incentiva uma maior diligência do julgador no momento de prolatar sua decisão, tendo em vista saber que poderá ela ser revista por um órgão jurisdicional superior.

Além das vantagens verificadas na adoção do princípio, cremos ser o mesmo uma garantia autônoma e de cunho constitucional. Defendemos em todo o trabalho o entendimento da constitucionalidade do princípio do duplo grau de jurisdição em razão, principalmente, da cláusula aberta do § 2º, do artigo da Constituição Federal, que admite, visivelmente, que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo governo brasileiro ingressem no nosso ordenamento jurídico no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Em assim sendo, considerando que o duplo grau de jurisdição está expressamente previsto em dois tratados internacionais de direitos humanos, quais sejam, o Pacto de São José da Costa Rica (artigo 8.2.h) e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (artigo 14. n° 5), ambos ratificados pelo Estado brasileiro, é evidente a sua natureza como norma constitucional material e autônoma no âmbito processual penal.

Vimos que a competência por prerrogativa de função foi discriminada pela própria Constituição Federal, enquanto que a competência por continência ou conexão trata-se de regra estritamente infraconstitucional, estabelecida no Código de Processo Penal.

Por todas as razões expostas, evidenciamos que a aplicação da súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal às pessoas que não possuem foro por prerrogativa de função, fazendo com que sejam julgadas diretamente pelo juízo de segundo grau, em razão, exclusivamente, das regras de conexão e continência previstas no Código de Processo Penal, malfere o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Se os processos não fossem reunidos, o cidadão comum seria julgado pelo juízo de primeiro grau e teria garantido o duplo grau de jurisdição. Entretanto, observa-se que, pela sistemática proposta pela súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal, o coautor, cidadão comum do povo, que não exerce qualquer função pública, não terá direito ao duplo grau de jurisdição, porquanto seria julgado diretamente por um Tribunal, sem direito a um recurso que o permita impugnar, de forma ampla, todas as questões tratadas pela decisão do juízo *a quo*.

Ora, não é certo que uma regra prorrogatória de competência (conexão e continência), prevista em uma lei ordinária, qual seja, o decreto-lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), subtraia do acusado não titular de foro por prerrogativa de função, o seu direito, constitucionalmente assegurado, ao duplo grau de jurisdição. Isto é, não é tolerável que uma garantia com assento constitucional, seja suprimida por uma regra de prorrogatória de competência prevista em legislação ordinária.

De mais a mais, sobreleva notar que conquanto se adote a tese da supralegalidade das normas internacionais de direitos humanos, não podemos admitir que a garantia do duplo grau

de jurisdição seja restringida por regras de prorrogação de competência previstas no Código de Processo Penal, eis que, da mesma forma, o status normativo supralegal, embora esteja abaixo da Constituição, prevalece sobre a legislação ordinária.

Como visto, aos colacionarmos algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, percebemos o casuísmo que permeia a aplicação da súmula, o que, por sua vez, inviabiliza a determinação das situações em que deva ou não ocorrer o desmembramento do processo dos corréus não titulares de foro privativo, acarretando uma reprovável insegurança jurídica.

Por esta razão, nos propusemos a fazer uma nova reflexão sobre a aplicação da súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal, e concluímos que o enunciado sumulado não deve ser aplicado, em hipótese alguma, aos corréus não titulares de foro privativo quando cometam delitos em concurso com aqueles que detenham foro por prerrogativa de função. Isto é, para nós o desmembramento dos processos das pessoas não titulares de foro privativo é medida que se impõe, em respeito ao direito daqueles ao duplo grau de jurisdição.

Diante da postura da mais alta Corte jurisdicional de nosso país em desrespeitar a garantia do duplo grau de jurisdição, entendemos, por bem, que seria conveniente o estudo dos mecanismos de proteção dos direitos humanos do Sistema Interamericano. Para isso, colacionamos algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos com intuito de mostrar que a mesma confere tratamento absoluto ao duplo grau de jurisdição, não admitindo sua supressão em hipótese alguma. Expusemos, com hialina clareza, o mecanismo de denúncia individual perante a Comissão Interamericana. Nosso propósito, em síntese, foi estimular o uso de tais mecanismos por aqueles que eventualmente tenham seu direito ao duplo grau de jurisdição limitado.

Destacamos, *in fine*, que para se entender a dimensão da importância que o duplo grau de jurisdição possui para a sociedade, é preciso, antes, esclarecer que vivemos em um Estado Democrático de Direito. Se o Estado de Democrático de Direito é o promotor e garantidor da justiça social, sendo informado pelo princípio da segurança jurídica e pelo sistema de direitos fundamentais, nada mais razoável do que compreender o princípio do duplo grau de jurisdição como primado para viabilização do referido Estado, na medida em que possibilita uma tutela jurisdicional mais segura e mais acertada, garantindo-se, assim, a concretização de direitos fundamentais, como o direito de acesso à ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de direito constitucional. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo, Saraiva, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições de processo civil. São Paulo: Classik Book, 2000.

DESTRO, Carlos Alberto. O duplo grau de jurisdição. vol. IV. Presidente Prudente: Revista da Toledo, 2001.

FILHO, Vicente Greco. Manual de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALLI, Maria Beatriz. et al. O sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

JAYME, Fernando G. Direitos humanos e sua interpretação pela Corte Interamericana de direitos humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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. São Paulo: Manole, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES Jr., Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito internacional Público. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MUCCIO, Hidejalma. Curso de Processo Penal. vol. II. Bauru, SP: Edipro, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 5. ed. Bahia: JusPodivm, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. vol. III. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Anotado. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 1998.

WUNDERLICH, Alexandre. Escritos de Direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2002.