III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALEXANDRE MANUEL LOPES RODRIGUES

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alexandre Manuel Lopes Rodrigues; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-331-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Uma vez mais impossibilitados do encontro presencial em razão da vigência da Pandemia provocada pela pulverização do Covid-19, reunimos, numa tarde de sábado do inverno brasileiro, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Tamanha é a envergadura dos trabalhos ora apresentados que a ausência do contato pessoal e do calor dos debates presenciais foi minimizada pela profundidade e qualidade das discussões virtuais que versaram sobre os assuntos doravante apresentados.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, publicado em razão do III Encontro Virtual do Conpedi:

Os autores Filipe Ribeiro Caetano e Carmen Hein De Campos, em A 'GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA' COMO FUNDAMENTO (IN)VÁLIDO PARA A PRISÃO PREVENTIVA, discutem a (in)validade da garantia da ordem pública para a decretação de prisão preventiva, afirmando a imprescindibilidade da demonstração de necessidade (periculum libertatis) para a imposição da segregação cautelar. Trata-se, pois, de trabalho crítico quanto às práticas ora vigentes em cotejo com a Constituição Federal de 1988.

Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque e Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque, em A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES ENQUANTO COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO APTO A INFLUENCIAR A ATIVIDADE DE DOSIMETRIA DA PENA PELO JUIZ, sustentam que os procedimentos de Justiça Restaurativa podem também ser adotados em casos de delitos mais graves, com potencial de repercutir favoravelmente ao condenado no momento da determinada da medida de pena. Objetiva o artigo, através de metodologia dedutiva e revisão bibliográfica, apresentar, assim, sem pretensão de esgotar a matéria, razões pelas quais a Justiça Restaurativa pode ser igualmente adotada como técnica alternativa nos delitos de maior gravidade e expor de que maneiras um eventual acordo restaurativo pode influenciar na dosimetria da pena à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Hamilton da Cunha Iribure Júnior, Rodrigo Pedroso Barbosa e Douglas de Morais Silva, em A EVIDENTE AUSÊNCIA DE CELERIDADE NO PROCESSO PENAL: INÚTIL

TENTATIVA DE CELEBRAR AS GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS, analisam o atraso da prestação jurisdicional e o consequente declínio das garantias fundamentais. O marco teórico se sustenta no pensamento Iluminista de Beccaria frente ao autoritarismo de um Estado punitivista. A problemática situa-se na investigação das consequências da ausência de celeridade na prestação jurisdicional penal. Aplicando a metodologia analítico-dedutiva conclui-se que as garantias processuais estatuídas na Carta Constitucional ficam fragilizadas, à medida que o Estado não cumpre metas humanitárias. A nova ordem processual garantista não compactua com a morosidade de um Estado que não prima pela efetividade dos direitos fundamentais.

Gisele Mendes De Carvalho e João Vitor Delantonia Pereira, em A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A RÉUS REINCIDENTES: UMA ANÁLISE CRÍTICA, externam uma compreensão sobre os fundamentos e os requisitos necessários ao emprego do princípio da insignificância, bem como criticam o entendimento doutrinário e jurisprudencial que nega sua aplicabilidade aos réus reincidentes. Com efeito, estudam o princípio bagatelar como causa de exclusão de tipicidade material, em consonância com a teoria da tipicidade conglobante. Noutro giro, examinam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colhendo-se o entendimento da Corte sobre a temática. Por fim, expõem as razões que os levaram a consignar a total viabilidade da aplicação do princípio da insignificância às condutas perpetradas por réus reincidentes.

Cristina de Albuquerque Vieira e Geovana Faza da Silveira Fernandes, em A PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS E OS DESAFIOS NA GESTÃO DAS AUDIÊNCIAS CRIMINAIS, externam que a necessidade de realização do isolamento social, decorrente do novo coronavírus, ensejou uma migração abrupta do trabalho presencial para o remoto, obrigando o Poder Judiciário a tomar iniciativas imediatas a fim de retomar o andamento dos processos judiciais. Uma das medidas mais impactantes na esfera criminal foi a autorização pelo Conselho Nacional de Justiça de realização das audiências de modo virtual. Assim, propõem examinar os desafios estruturais, materiais e éticos de implantação das audiências criminais virtuais, bem como algumas estratégias de superação, orientadas ao cumprimento das finalidades para as quais o ato processual se destina.

José Claudio Monteiro de Brito Filho e Juliana Oliveira Eiró do Nascimento, em A PERMANÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA APÓS O PERÍODO DE PANDEMIA PROVOCADA PELO VÍRUS SARSCOV-2, discutem a permanência da audiência de custódia por meio da videoconferência após o período de pandemia do Sarscov-2. O objetivo é analisar a possibilidade de realizar tal ato por videoconferência de forma regular após o surto causado pelo Coronavírus. Concluem o texto

com o entendimento de que a utilização da virtualidade para concretizar a audiência de custódia não assegura adequadamente os direitos e garantias do preso, não sendo possível a sua concretização regular por esse meio tecnológico, devendo ser apenas paliativo e temporário.

Carolina Trevisan de Azevedo, em A TENSÃO ENTRE A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO E O DIREITO À SAÚDE EM MEIO À CRISE PANDÊMICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HC 188.820 DO STF, explora, a partir do HC 188.820 do STF, a tensão observada nos Tribunais brasileiros entre a Política de encarceramento e o Direito à Saúde durante a atual pandemia. Opta-se pela metodologia de revisão bibliográfica para alcançar algumas considerações quanto à liminar que acolheu, parcialmente, em dezembro de 2020, o pedido de concessão de prisão domiciliar para os integrantes do grupo de risco da Covid-19, em estabelecimentos superlotados, desde que não respondam por crimes envolvendo violência ou grave ameaça. Pontua a autora que, apesar de representar um avanço, a decisão apresenta um caráter restritivo e algumas questões em aberto.

Andréa Flores e Karina Ribeiro dos Santos Vedoatto, em A TUTELA DA DIGNIDADE DAS VITIMAS CRIMINAIS NO DIREITO BRASILEIRO– AVANÇOS E PERSPECTIVAS, sustentam que, com as atrocidades decorrentes da 2ª Guerra Mundial, inicia-se a busca pela tutela da dignidade das vítimas. A partir daí, pesquisas buscaram identificar a vitimização, suas causas, espécies e consequências, levando ao surgimento de documentos reconhecendo direitos dos ofendidos, que não se mostraram suficientes para tutelá-los. As pesquisas demonstraram que muito deve ser feito no ordenamento jurídico brasileiro, em que, embora haja legislações reconhecendo direitos às vítimas, o caminho a ser percorrido é longo, seja pela edição de legislações, seja pela implementação de políticas públicas.

Yasmin Monteiro Leal e Yuri Anderson Pereira Jurubeba, em ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 199/2019 E A POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO NO PROCESSO PENAL, tecem uma análise crítica da PEC nº 199/2019, que visa antecipar o trânsito em julgado para segunda instância. Para efetivar tal intento, apresentam uma pesquisa qualitativa, alcançada por meio de pesquisa tecnológica, livros e artigos. Apresentam, outrossim, uma síntese do processo penal brasileiro, além de uma cronologia plenária do STF relacionada ao princípio da presunção de inocência e ao momento da execução penal, sem prejuízo da apresentação da referida PEC. Obteve-se, em conclusão, que o atual processo penal influencia para impunidade e insegurança jurídica.

Marcelo de Almeida Nogueira e Roosevelt Luiz Oliveira do Nascimento, em AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, fazem uma análise da eficácia da Pena Privativa de Liberdade e lembram a incidência grande de reincidência. Nessa ordem de ideias, fazem uma apologia das chamadas penas restritivas de direitos, uma vez que, afinal, a pena não pode ser encarada, tão somente, como uma manifestação de Poder do Estado.

Pedro Franco De Lima, Francelise Camargo De Lima e Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima, em ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA, buscam demonstrar a assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia. O objetivo é verificar em que medida a regulação da vida cotidiana por parte do Estado faz com que a integralização do Direito Penal com o Direito Administrativo se torne possível. Aborda-se o paralelo existente entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, através do estudo das técnicas de reenvio. A abordagem do tema foi feita através do método dedutivo e dialético, em que o estudo da assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia foi apresentado utilizando-se das diversas fontes de conhecimento.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, em CIBERCRIMINALIDADE E IMIGRAÇÃO: A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E SEU PROTOCOLO ADICIONAL PARA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO E DA XENOFOBIA PRATICADOS POR MEIO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS, externa uma problemática radicada na necessidade de mecanismos que obstaculizem a transformação da internet em um território de propagação de crimes de racismo e xenofobia. A partir do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental analisa-se: a) em que medida a Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade viabiliza respostas coordenadas a uma forma de criminalidade que requer uma persecução penal que perpassa pela cooperação internacional; b) a importância do Protocolo adicional à Convenção de Budapeste na incriminação do racismo e da xenofobia praticados por meio de sistemas informáticos.

Isabela Andreazza dos Anjos e Fábio André Guaragni, em CORRUPÇÃO PRIVADA E TRATAMENTO INTERNACIONAL, intentam averiguar qual é o tratamento conferido pelos instrumentos internacionais e pela legislação estrangeira à corrupção e, mais especificamente, à corrupção privada. Para tanto, realizando uma pesquisa explanatória e utilizado como procedimento de pesquisa o bibliográfico e o documental, busca-se compreender como a doutrina vem interpretando o tema e avaliar se existe uma orientação

quanto à criminalização da corrupção privada no âmbito internacional e consenso quanto aos modelos de tipificação. Ao final, foi observada grande heterogeneidade no que diz respeito aos modelos de tipificação.

Gabriela Silva Paixão, em HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE SEUS FUNDAMENTOS E PERMANÊNCIA, revela que o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), um híbrido de hospício e prisão, permanece no Brasil em oposição à desinstitucionalização promovida pela Reforma Psiquiátrica. Diante dessa contradição, a autora analisa os fundamentos teórico-normativos de sua existência; a conjugação do interesse científico do Direito Penal e da Psiquiatria em patologizar o crime; e sua permanência baseada apenas na noção de periculosidade presumida do louco-infrator. Busca-se, também, compreender como a medida de segurança atua enquanto instrumento de contenção do crime-louco. Para tanto, realizou-se pesquisa teórica sobre o tema, por meio de acesso à bibliografia especializada e da coleta de dados legislativos e jurisprudenciais.

Marcelo Costenaro Cavali e Vanessa Piffer Donatelli da Silva, em INSIDER TRADING: ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO CRIME DE USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA, examinam aspectos do crime de uso indevido de informação privilegiada, previsto no art. 27-D da Lei n. 6385/1976 desde o advento da Lei n. 10.303/2001. Além da jurisprudência existente sobre esse crime nos vinte anos de vigência do tipo penal, são analisadas questões controversas, como a competência para o julgamento e processamento do delito, os possíveis sujeitos ativos do crime, o conceito de informação privilegiada e o significa de seu uso indevido, além do rol de valores mobiliários.

Priscilla Macêdo Santos e Lorena Melo Coutinho, em MÃES VIGIADAS: UM ESTUDO SOBRE A EFICÁCIA SOCIAL DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641 CONCOMITANTE À APLICAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ESTADO DE ALAGOAS, apresenta uma pesquisa empírica elaborada no Estado de Alagoas para averiguar os efeitos do HC coletivo 143.641 deferido pelo STF em 2018, que decidiu por converter a prisão processual preventiva em prisão domiciliar para mulheres na condição de gestantes ou mães com filhos de até 12 anos, associado à aplicação da medida cautelar do monitoramento eletrônico. Partindo da abordagem dedutiva, buscou-se contribuir ao debate processual penal com análise documental de decisões judiciais alagoanas concomitante à realização de entrevistas semiestruturadas com todos os atores processuais e administrativos envolvidos no afã de averiguar os impactos na realidade das mães vigiadas pelo Estado.

Fernanda Analu Marcolla e Alejandro Knaesel Arrabal, em MEDIAÇÃO TECNOLÓGICA E FRAUDE DIGITAL: IMPACTOS NA PANDEMIA POR COVID-19, externam trabalho que tem por objeto de investigação o fenômeno da fraude digital no plano da mediação tecnológica, considerando os impactos presentes na pandemia da Covid-19. Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, legislativa e de dados obtidos a partir de fontes indiretas, o estudo indica que, em decorrência no isolamento social, muitas atividades econômicas migraram para a modalidade home office, o que aumentou o número de acessos a rede global de computadores. Observou-se que a falta de segurança tecnológica associada ao crescente acesso à rede por usuários tecnologicamente vulneráveis, tem implicado no incremento de fraudes digitais.

Adriane Garcel, Laura Gomes de Aquino e Eleonora Laurindo de Souza Netto, em O DOLO A PARTIR DO GIRO LINGUÍSTICO: UMA PROPOSTA, objetivam, como solução à problemática da insuficiência das teorias psicológicas e normativas na caracterização do dolo, apresentar um novo paradigma interpretativo a partir da filosofia da linguagem e da teoria significativa. Propõe-se compreender o dolo como um compromisso com o resultado, no qual os jogos de linguagem atribuem significado à ação. Como metodologia, parte-se da análise bibliográfica dos trabalhos de Vives Antón, Ludwig Wittgenstein, Paulo César Busato e Rodrigo Cabral para explicar o maior grau de reprovabilidade inerente às condutas dolosas, bem como a caracterização do dolo eventual.

Alexandra Fonseca Rodrigues e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues, em O PODER PUNITIVO ESTATAL X OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO: ESTABELECENDO AS REGRAS PARA UMA RACIONALIDADE PENAL, objetivam efetivar uma análise do Poder Punitivo Estatal e dos direitos fundamentais do acusado à luz de uma racionalidade penal crítica e valorativa. O escopo é o de entender quais os limites para que o exercício do jus puniendi estatal não sacrifique os direitos e garantias do réu, reservando a este um papel de inimigo estatal. Para tanto, será proposto o estudo das relações de Poder Estatal, especialmente no âmbito criminal; dos direitos fundamentais do acusado; e das regras que devem ser obedecidas para a construção de um Direito material e processual Penal mais efetivo, crítico e constitucionalizado.

Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, em O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO JULGADOR ORIGINÁRIO E A (IN)APLICABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, tratam da competência originária do STF em julgar crimes comuns e a (in)aplicabilidade do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Trata-se de um texto fruto de pesquisa teórica e documental, em que, a partir da utilização do método lógico-abstrato, a questão é discutida à

luz do texto constitucional, que não possibilita qualquer ressalva quanto ao direito ao recurso, e o Pacto de São José da Costa Rica.

André Giovane de Castro e Emanuele Dallabrida Mori, em PANDEMIA DE COVID-19 E MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, os autores revelam que a pandemia de Covid-19 desafia os controles sanitário e securitário. Enfatizam que o trabalho objetiva analisar o sistema carcerário brasileiro à luz dos direitos humanos e da violência, bem como refletir a adoção do monitoramento eletrônico, com o intuito de conter a disseminação do vírus, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A partir da metodologia do estudo de caso, considerando a seleção e o exame de jurisprudência, observou-se a resistência à utilização da tornozeleira eletrônica e a necessidade de contestar a racionalidade punitiva.

Luiza Cristina de Albuquerque Freitas, em TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS AO DE ESCRAVO: O RECONHECIMENTO DO CRIME A PARTIR DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR, revela que, apesar de formalmente proibido, o trabalho em condições análogas a de escravo continua sendo utilizado no Brasil. O estudo tem como objetivo analisar a interpretação dada ao artigo 149 do CPB pelo TRF-3 e permitiu constatar que, no âmbito do TRF 3, diferentemente dos demais, o conceito de trabalho escravo é desassociado da necessária restrição de liberdade do trabalhador, sendo reconhecida a alternatividade do tipo penal e, ainda, a tutela da dignidade da pessoa como bem jurídico protegido.

Alexander Rodrigues de Castro e Wanderson Fortunato Loiola Silva, em VIOLÊNCIA SEXUAL DE MENORES, A DIGNIDADE HUMANA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, abordam o tratamento que as legislações, ao longo da história, dispensaram à criança, a iniciar pelo Código de Hamurábi até o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mostram a chegada da criança, vítima de violência sexual intrafamiliar, ao Sistema de Justiça, e as principais dificuldades observadas pelos profissionais para o enfrentamento do fenômeno, bem como seus reflexos nos direitos da personalidade. Por último, apontam alternativas à proteção da criança à luz da legislação vigente. Para tanto, o trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, legislação e jurisprudência.

Lidiane Moura Lopes e Maria Vitória de Sousa, em ‘GASLIGHTING’ E A SAÚDE MENTAL: OS EFEITOS DA PANDEMIA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER, discutem a violência psicológica contra a mulher,

que ganha contornos de crueldade na figura do “gaslighting”, já discutido a tempo na dramaturgia e que se revela como o comportamento que leva o agressor a incutir na mente da vítima que esta está perdendo a sanidade. Analisa-se a proteção constitucional dada a mulher contra as formas de violência doméstica, as principais medidas de enfrentamento da questão, notadamente diante do isolamento social provocado pela pandemia causada pelo COVID-19.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Inverno de 2021

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO JULGADOR ORIGINÁRIO E A (IN) APLICABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

THE FEDERAL SUPREME COURT AS ORIGINAL JUDGER AND THE (IN) APPLICABILITY OF FUNDAMENTAL LAW TO THE TWO DEGREE OF JURISDICTION

Francisco Geraldo Matos Santos
Renato Ribeiro Martins Cal

Resumo

O presente artigo tem como objeto de discussão a competência originária do STF em julgar crimes comuns e a (in)aplicabilidade do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Trata-se de um texto fruto de pesquisa teórica e documental, em que, ao utilizar o método lógico-abstrato, confirmou-se a hipótese de que não há compatibilidade à referida situação, na medida em que o próprio texto constitucional não possibilita qualquer ressalva quanto ao direito ao recurso – no sentido técnico -, ainda que tenhamos uma convenção internacional que preveja o direito fundamental em questão.

Palavras-chave: Duplo grau de jurisdição, Direito ao recurso, Direito fundamental, Processo penal

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the STF's original competence to judge common crimes and the (in) applicability of the fundamental right to the double degree of jurisdiction. It is a text resulting from theoretical and documentary research, in which, using the logical-abstract method, the hypothesis that there is no compatibility to the referred situation was confirmed, insofar as the constitutional text itself does not allow any qualification. as to the right to appeal - in the technical sense - even though we have an international convention that provides for the fundamental right in question.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Double degree of jurisdiction, Right to appeal, Fundamental right, Criminal proceedings

1. INTRODUÇÃO

A preocupação do nosso constituinte em prever a competência originária dos tribunais superiores fora preponderante em relação a qualquer implicação prática mitigadora de direitos e garantias fundamentais. Esse é o ponto crucial da discussão.

Ainda que tenhamos uma discussão teórica – e também prática – de que a prerrogativa de foro acabe por materializar interesses políticos – e outros interesses -, o fato é que ao atribuir competência originária ao Supremo Tribunal Federal (STF) – instância máxima de aplicação jurídica no sistema brasileiro – para julgar crimes comuns, percebe-se, de antemão, a incompatibilidade para com o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.

Utilizamos a categoria "direito humano", por entendermos que a referida demonstra ampliação significativa quando comparada à categoria "direitos fundamentais". E para tanto, partimos da seguinte questão problema: a competência originária do STF para julgar crimes comuns nas ações penais originárias, prevista constitucionalmente, viola o princípio do duplo grau de jurisdição diante de uma decisão desfavorável ao acusado?

Este artigo é fruto de uma pesquisa teórica e documental, tendo na literatura, e nas disposições do Texto Constitucional Vigente, bem como, legislação internacional correlata, respectivamente, suas fundamentações. É de se pontuar, no entanto, que o método utilizado de análise fora o lógico-abstrato, na medida em que utilizamos a abordagem jurídica vinculada ao silogismo jurídico como ferramenta metodológica.

Além desse introdutório, o artigo é composto por três seções, mais as considerações finais. Na próxima seção, discutirá acerca do duplo grau de jurisdição e sua (in)aplicabilidade no julgamento originário do STF de crimes comuns. Na sequência, a próxima seção irá ser discutido a natureza jurídica do princípio do duplo grau de jurisdição e a última seção, se propõe uma análise acerca da problemática envolvendo os embargos infringentes como eventual cumprimento ao duplo grau de jurisdição, que, inclusive, fora nossa hipótese em sentido contrário, que fora confirmada.

2. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E SUA (IN)APLICABILIDADE NO JULGAMENTO ORIGINÁRIO DO STF DE CRIMES COMUNS: INCORPORAÇÃO, NATUREZA JURÍDICA, CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E EFEITOS

Prolatando a sentença, no âmbito processual penal, surge para o acusado, em função do princípio da presunção de inocência, bem como, e, principalmente, do duplo grau de jurisdição o direito a recorrer, dada a natureza humana que é inconformada com algo que lhe é prejudicial.

O direito de recorrer, embora detenha fundamento na legislação infraconstitucional, por meio do CPP, a sistemática do tema reúne uma conjugação de análise que vai muito além de meros procedimentos, mas que abarca, de forma direta, direitos fundamentais.

Isso se acentua ainda mais no campo penal, na medida em que essa área, como já discorrido na primeira seção da presente monografia, está inculcada de caráter fragmentário, subsidiário e de intervenção mínima, dada as maneiras com que o Estado se propõe a solucionar as lides que lhe são submetidas, dentre elas, com a aplicação da pena restritiva de liberdade, que no âmbito interno, é considerada a de maior valia para o alcance da tutela penal.

Nessa conjuntura, nota-se a ideia de ser cediço tratar-se da própria natureza humana o inconformismo diante daquilo que lhe desagrada. Poucos são aqueles inertes quando há uma imposição alheia que dificulta a sua liberdade (no sentido amplo da palavra).

Na medida em que há uma decisão penal desfavorável, surge para o condenado o direito de recorrer. Lopes Júnior (2010) pondera que o fundamento do sistema recursal gira em torno de dois argumentos: falibilidade humana e inconformidade do prejudicado, tendo em vista a consciência da falibilidade do julgador.

Esse mesmo autor esclarece que a ideia de recurso está vinculada ao meio processual através do qual a parte que sofreu o gravame solicita a modificação, no todo ou em parte, ou a anulação, de uma decisão judicial ainda não transitada em julgado, no mesmo processo em que ela foi proferida (LOPES JÚNIOR, 2010).

De forma diferente, Schietti Cruz (2013) pondera que a ideia de reformar uma decisão não se deve apenas à visão retrospectiva, mas também, de forma prospectiva. Entende o mencionado autor (SCHIETTI CRUZ, 2013, p. 39) que:

> [...] o interesse de recorrer, o qual decorre da sucumbência, não deve limitar-se à verificação do prejuízo ou gravame causado à parte pela decisão jurisdicional, mas deve incluir o proveito, a vantagem, o benefício que a futura decisão prolatada em grau de recurso possa representar para os interesses da parte recorrente. Autoriza-se, assim, o recurso não pela que a parte perdeu com a decisão impugnada, mas pelo que ela pode ganhar com o êxito da impugnação.

Carrara (2009), analisando o processo histórico, identifica que a ideia de recurso nasce associada ao Estado Absoluto. Naquela estrutura estatal, o poder de decidir pertencia ao Rei,

que, por sua vez, diante da impossibilidade de apreciar todos os conflitos, o delegava aos seus funcionários, muito embora ainda mantinha a possibilidade de exercê-lo para que reexaminasse as questões, em uma espécie de controle tanto dos aspectos materiais quantos formais da decisão.

Pacceli (2014) pondera que no âmbito jurisdicional, há duas perspectivas com as quais se pode elaborar uma teoria dos recursos, a primeira, do interesse do Estado no controle dos atos jurisdicionais por ele praticados e a segunda, vista do ângulo dos interesses dos jurisdicionados, ou seja, das partes que se submetem às decisões e aos demais atos processuais da jurisdição.

Aury Lopes Júnior (2010b) e Pacceli (2014) apontam essa problemática quando da discussão do recurso no processo penal. Não se pode utilizar dos mesmos mecanismos apresentados no processo civil para efetivar no âmbito penal. Ora, se a discussão do processo civil gira em torno do poder ser, no processo penal, é o ser que está sendo pondo pauta. Nesse processo o que se afronta é a liberdade do acusado que está em risco, diferentemente do processo civil, que é, em síntese, do patrimônio.

Sendo assim, a necessidade de reformar uma decisão que seja desfavorável ao acusado é inerente do próprio Estado Democrático de Direito, em que prima pela Dignidade da Pessoa Humana, de modo a perquirir além de prestar a atividade jurisdicional, que esta, seja efetivamente justa ou que, ao mesmo, se aproxime ao máximo da justiça.

2.1 DO REEXAME NECESSÁRIO *VERSUS* RECURSO VOLUNTÁRIO: a(s) maneira(s) de exteriorização do direito ao recurso:

Antes de analisar contextualmente o duplo grau de jurisdição em sua nuances, mister se faz compreender que, na teoria geral dos recursos, vigora um instituto que não é importante a sua discussão apenas pelo seu significado, mas também, pelos efeitos que a ele são inerentes.

Os recursos são dotados de uma característica crucial: voluntariedade. Isso quer dizer que, recorre-se apenas daquilo que a vontade humana se detém a fixar o inconformismo. O duplo grau de jurisdição decorre disso, mesmo porque, se assim não fosse, certamente o sistema acusatório, cujo entendimento dominante atesta sua caracterização no ordenamento jurídico brasileiro, certamente estaria em conflito.

Ocorre que, na seara recursal brasileira, há a presença de um instituto que não se inclui dentro dos recursos, trata-se do reexame necessário (erroneamente definido como recurso de ofício), que, diga-se logo, tem total intolerância a semelhança entre ambos termos: recurso e reexame necessário. Passemos a sua discussão.

Pacceli (2014) com a maestria que lhe é característica, muito bem se expressou ao argumentar ser totalmente afronta à CRFB/88 o reexame necessário. Isso porque, segundo o jurista, atribuir ao Tribunal a obrigação de rever as decisões de concessão de habeas corpus, decisão absolutória e de arquivamento de inquérito, em processos de crimes previstos na Lei 1.521/51 e da decisão que conceder a reabilitação, estar-se-ia diante um juízo de oficio, inquisitivo, de um juízo que não prima pela inércia (princípio basilar do processo brasileiro). Analisando a luz do ordenamento originário de 1941, seria perfeitamente possível, pois em alguns casos o próprio magistrado era o titular da ação penal. Todavia, com as reformas do CPP, bem como, o surgimento da CRFB/88, em que uma de suas funções primordiais, além da organização da estrutura do Estado, trata-se da estipulação de direitos e garantias individuais, ainda mais com a solidificação das ideias de Luigi Ferrajoli, não há que se argumentar a conciliação desse instituto na estrutura moderna, muito embora os Tribunais Superiores ainda insistam em atribuir-lhe a permanência.

Aceitar o reexame necessário como sendo constitucional, é argumentar em favor de que a presunção de inocência seja uma exceção. É defender a ideia de que a regra não é a liberdade, mas sim, a prisão. É fortalecer o entendimento de que dentro da presunção de não culpabilidade e o interesse público de que os seus agentes "dificilmente" erram, este prevalece em detrimento daquele princípio.

Nessa linha de raciocínio ao contrário do que ocorre com os recursos em geral, cujo efeito é o devolutivo, em matéria de reexame necessário, o que se vislumbra é o translativo, ou seja, devolve-se ao Tribunal "ad quem" toda a matéria objeto de discussão no juízo "a quo", mesmo porque não há iniciativa das partes em pretenderem sua reforma, mas o próprio CPP já determina. Isso sim, ao contrário ao exercício do direito de recorrer, afronta realmente a celeridade processual.

Em suma, após a CRFB/88, embora os Tribunais Superiores ainda tenham a firmeza de aquiescer o reexame necessário como legítimo, o mesmo é terrivelmente afrontoso aos direitos do acusado, em especial, com fundamento no sistema acusatório e no princípio da presunção de inocência.

Assim sendo, o reexame necessário não é um recurso porque além de lhe faltar a voluntariedade; ele não dialético, na medida em que não existe razões nem contrarrazões, não se submete aos pressupostos recursais objetivos, como por exemplo, o prazo. E por fim, não se destina a proteção do princípio da *reformatio in pejus*.

O sentido de recurso aqui discutido, que embasa a sistemática do duplo grau de jurisdição, refuta a caracterização de recurso ao reexame necessário, motivo pelo qual, todas as ideias que a seguir se expõe, não se aplica ao referido instituto.

2.2 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E SUA INCIDÊNCIA NO PROCESSO PENAL: MITOS E VERDADES

Do ponto de vista de ser um direito fundamental, o duplo grau de jurisdição, é, na verdade, a configuração do direito ao recurso. A teoria geral dos recursos que a doutrina tenta apresentar, é, em síntese, uma compilação do processo civil. Ocorre que, os juristas críticos defendem a inadmissibilidade dessa roupagem civilista quando se está diante de um processo totalmente distinto, embora alguns afirmem ser a jurisdição uma.

Assim, se passa a analisar o duplo grau de jurisdição, como sendo um dos desdobramentos do processo penal democrático, sem, contudo, realçar a ideia civilista tão difundida.

Segundo Carrara (2009) o princípio do duplo grau de jurisdição é uma norma que corporifica um direito típico da cidadania, encontra sua origem na Revolução Francesa, como parte desse processo histórico de ruptura com o absolutismo, com a superação da ideia de um poder incontrastável, e enuncia a possibilidade de o inconformado com uma decisão judicial submeter essa questão à cognição de dois órgãos julgadores sucessivamente, na mesma relação processual.

O princípio do Duplo Grau de Jurisdição indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), que corresponde à denominada jurisdição inferior, garantindo um novo julgamento por parte dos órgãos da jurisdição superior, ou órgãos de segunda instância. Todavia, considera-se que existem argumentos prós e contra a aplicabilidade do Duplo Grau de Jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange aos argumentos favoráveis, entende Lopes Junior (2011) que a revisão das decisões do magistrado de 1º grau, por parte de um órgão hierarquicamente superior, é fundamental para o controle da atividade do juiz; o duplo grau tem por finalidade não permitir o controle da atividade do juiz, mas propiciar ao vencido a revisão do julgado; defende-se que os juízes de 2º grau têm maior experiência e, assim, maior possibilidade de fazer surgir soluções adequadas aos diversos casos concretos. Assim, acredita-se que o juiz mais experiente pode ter a última palavra acerca da situação conflitiva; a influência psicológica que o duplo grau exerce sobre o juiz de primeira instância que está ciente de que sua decisão será revista por outro órgão

do Poder Judiciário de hierarquia superior. Dessa forma, o problema é o de exigir maior responsabilidade do juiz de 1º grau, sendo completamente descabido aceitar que o juiz somente exercerá com zelo e proficiência suas funções quando ciente de que sua decisão será revista. Partindo desse raciocínio, o juiz de 1º grau deve ter maior poder e responsabilidade para que a função jurisdicional possa ser exercida de forma mais racionalizada e efetiva.

Schietti Cruz (2013) na mesma linha de raciocínio defende existirem quatro argumentos que favorecem a aplicação do duplo grau de jurisdição: controle de qualidade, realizado pelo juízo "ad quem", confiabilidade, por ser rejulgado por outros magistrados, maior experiência desses magistrados que julgam novamente, e, por fim, o fato de que a segunda decisão decorre de um colegiado, o que, em suma, significa maior probabilidade de acertos.

Os argumentos contrários ao Duplo Grau de Jurisdição, fincados em respeito ao Princípio da imediação refere-se ao princípio interligado à oralidade, sendo que defende a atuação do juiz mediante a apreciação das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo. Assim, é necessário que o juiz possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras, baseado na impressão imediata que delas teve, e não em informações de outros. Outra desvantagem do Duplo Grau de Jurisdição diz respeito à demora da prestação jurisdicional, visto que recomenda a não exigência ao exercício do Duplo Grau de Jurisdição, com exceção naquelas causas de maior complexidade, diante das quais o órgão de 2º grau dificilmente chegaria a uma decisão diversa daquela que foi tomada pelo juiz de 1º grau de jurisdição, e por fim, entende os opositores que o Duplo Grau de Jurisdição tem nítida relação com a ideia de que a jurisdição exercida pelo juiz de 1º grau não merece confiança e, assim, não deve ter poder para decidir sozinho as demandas (LOPES JÚNIOR, 2011).

Refutando às críticas, Schietti Cruz (2013, p. 26) disserta:

> Ao contrário do que usualmente ocorre no processo civil, sede em que os litígios, via de regra, traduzem uma disputa entre duas pessoas em torno de um bem, no processo penal é o Estado que usa de toda sua estrutura e poder para acusar a pessoa que se acredita autora de uma infração penal, com risco de ser ela privada não apenas de sua liberdade, mas de todos os consectários lógicos de uma condenação criminal (nome, honra, família, saúde, emprego, lazer, etc.).

Fazendo um paralelo ao reexame necessário, muito mais democrático seria, se esse instituto fosse aplicado em todos os casos em que o Estado apresentasse uma condenação. Isso levaria a diminuir os erros no judiciário quando à punição de inocentes e legitimaria muito mais a existência da aplicação de sanções aos verdadeiros culpados. Mas, em síntese, alguns

problemas decorreriam disso, dentre eles, a morosidade nos julgamentos brasileiros, além, é claro, da dificuldade em se obter o trânsito em julgado de uma decisão.

A "garantia fundamental da boa justiça", segundo Nery Júnior (1997), associada a ideia da própria configuração de um Estado Democrático não se compatibiliza com o entendimento do juízo único. Assim, recorrer de uma decisão que lhe desagrada é, no mínimo, a mais singela manifestação de obediência aos ditames da dignidade da pessoa humana, do valor à justiça, e todos os consectários do direito brasileiro.

Em matéria penal, a cada decisão que o julgado emite, ele não apenas julga interesses privados (interessa da vítima e do próprio acusado), mas o superior interesse do Estado e da própria comunidade como um todo, que clama pela punição do verdadeiro culpado, e que esta, seja realmente justa. E é de conhecimento notório que o homem é falível, e embora o agente político aja em nome do Estado, a humanidade lhe é inerente, o que, por conseguinte, é afeto à injustiças cometidos pela própria maquina de administração da justiça (SARAGOÇA DA MATTA, 1998).

É indispensável, para se configurar realmente o duplo grau de jurisdição dois pilares: o primeiro, se referindo a possibilidade de reexame integral da sentença de primeiro grau (havendo manifestação nesse sentido pelo recorrente) e o segundo, de que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem jurídica, assim, inclusive, já se posicionou o STF.

No mesmo raciocínio, discorre Pacceli (2014, p. 936):

> Para que se possa falar rigorosamente em duplo grau, porém, é preciso que a revisão seja feita por outro órgão da jurisdição, hierarquicamente superior na estrutura jurisdicional. Não é o caso, por exemplo, do juízo de retratação que poderá ocorrer no recurso em sentido estrito e no agravo de execução, ou ainda a revisão decorrente dos embargos declaratórios. Nesses casos, a substituição da decisão será feita pelo mesmo órgão responsável pela prolação da decisão então impugnada.

O duplo grau de jurisdição tem extrema repercussão histórica, pois como já dito, tem respaldo logo no Estado Absolutista. O que não pode afirmar é que somente após esse momento é que se difunde a ideia de recurso. Carrara (2009) discorre que a origem pós-revolucionária do duplo grau de jurisdição não significa que a ideia de impugnação das decisões e poder não exista desde a antiguidade. Como também, já existia no sistema egípcio, no Código de Manú, em Atenas, em Roma. Enfim, em todos os tempos e em todos os lugares.

3. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O enfoque central do problema de pesquisa que gerou a necessidade do desenvolvimento desse artigo girou em torno da seguinte pergunta: a competência originária do STF para julgar crimes comuns nas ações penais originárias, prevista constitucionalmente, viola o princípio do duplo grau de jurisdição diante de uma decisão desfavorável ao acusado?

Para alcançar o real desiderato do problema, indiscutível seria a necessidade de compreender a natureza jurídica do duplo grau de jurisdição, mesmo porque, conforme sua regulamentação, se observará se há ou não violação no ordenamento jurídico brasileiro.

Que se trata de um princípio não resta dúvida. Ronald Dworkin (2005), inclusive, faz uma divisão acerca das normas jurídicas, em regras e princípios, o que, na pragmática, se torna enfático, haja vista a existência de casos em que a mera aplicação de regras é suficiente para a resolução do litígio e, em outros, que é necessário a presença de outro elemento tido como regulamentador ou superior, que são os princípios.

Os princípios constitucionais estão implicitamente ligados a todos os dispositivos legais revestidos da classificação regra. Isso nos permite afirmar que, diante dos casos concretos em que se verifica o conflito de normas regras, sempre haverá a possibilidade de por em confronto também, normas princípios. (SANTOS, 2014).

No campo do direito brasileiro, há enorme polêmica concernente a estipulação da natureza jurídica do princípio do duplo grau de jurisdição. Isso porque, não existe expressamente a previsão desse princípio na CRFB/88, o que, em suma, é desnecessário, mesmo porque, um princípio, por ser como tal, não decorre de sua fixação literal.

Nesse sentido, é importante analisar que em dezembro de 2008 algumas mudanças foram identificadas, levando o STF a reavaliar sua jurisprudência. Fato este, observado com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 45, que acrescentou três importantes disposições sobre direitos humanos: a previsão de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos com *status* de emendas constitucionais, desde que aprovados pelo mesmo quórum exigido para essas; a constitucionalização da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional e a criação do incidente de deslocamento de competência para a justiça federal nos casos de grave violação dos direitos humanos (MAUÉS, 2011).

Embora tratem de temas distintos, as inovações da EC nº 45 tinham em comum a valorização constitucional do direito internacional dos direitos humanos, por meio da expressa possibilidade de atribuição de nível constitucional aos tratados sobre a matéria, da sujeição do país à jurisdição penal internacional e da criação de novos instrumentos para cumprir com as

obrigações do Estado brasileiro no que se refere à proteção dos direitos humanos (MAUÉS, 2011).

Em contexto ao tema, importa salientar que havendo uma sentença condenatória surgiria, em tese, para o condenado, embora ainda provisoriamente, já que ainda não se fez coisa julgada, o direito de recorrer à instância superior, visto que no plano internacional, o duplo grau de jurisdição tem proteção jurídica, motivo pelo qual é indispensável a observância do devido processo legal, para impor qualquer medida de natureza sancionatória, e assim, dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em seu art. 8º:

> 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.

Pacceli (2014) afirma que a observância do duplo grau de jurisdição, enquanto uma garantia individual permite ao interessado a revisão do julgado contrário aos seus interesses, implicando o direito à obtenção de uma nova decisão em substituição à primeira. E inclusive, argumenta o autor que para se aplicar os ensinamentos do referido princípio, é preciso que a revisão seja feita por outro órgão da jurisdição, hierarquicamente superior na estrutura jurisdicional.

Ocorre que com a EC 45/2004, em que foi incluído § 3º no art. 5 da CRFB/88, surgiu para o STF um problema concernente a natureza jurídica dos tratados internacionais. Isso porque, dependendo da matéria que o mesmo versa, bem como, da sua data e da forma como foi ratificado pelo Congresso Nacional (CN), há naturezas distintas.

Assim, hoje, a matéria está perfeitamente pacífica no STF na existência de três situações distintas: emendas a constituição, norma supra legal ou lei ordinária.

Cunha Júnior e Novelino (2015) ponderam que os tratados internacionais, posteriores a EC/45 de 2000, que versam sobre direitos humanos e se submeteram aos ditames da maioria qualificada (art. 5º, § 3º da CRFB/88) incorporam-se ao ordenamento jurídico brasileiro com natureza jurídica de EC. Os tratados internacionais anteriores a referida EC, e, por conseguinte, aprovados pelo procedimento ordinário (aquele previsto no art. 47 da CRFB/88), tem natureza jurídica de norma supralegal, ou seja, acima das leis e abaixo da CRFB/88. Já os tratados

internacionais que não versam sobre direitos humanos, mas foram ratificados, tem *status* de lei ordinária.

O Decreto nº 678, de 06 de Novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, tem, por isso, natureza jurídica de norma supralegal, já que foi ratificado antes da EC que inseriu a possibilidade de um tratado internacional que versa sobre direitos humanos ser considerado como EC.

Assim, devido a não incorporação como sendo uma EC, há grande dissenso na doutrina acerca da natureza jurídica do duplo grau de jurisdição, já que expressamente não se encontra na CRFB/88.

Os defensores da sua natureza constitucional argumentam que o mesmo deriva do devido processo legal, outros, por sua vez, argumentam decorrer do princípio do contraditório e da ampla defesa. Calmon de Passos (2000), foi mais além, afirma o autor que o duplo grau de jurisdição está ao lado do juiz natural, da bilateralidade da audiência, da publicidade e da fundamentação das decisões, todos incorporados por meio do "devido processo constitucional".

Desta feira, embora não estando previsto expressamente no texto constitucional, o princípio do duplo grau de jurisdição é um direito fundamental porque está previsto em um tratado internacional que versa sobre Direitos Humanos, devidamente ratificado pelo Congresso Nacional, conforme se exige a própria CRFB/88, de modo a ser incorporado como uma norma supralegal.

No que tange a sua natureza jurídica de direito fundamental, há que se discutir, a *posteriori*, o porquê de classifica-lo como tal. Rodrigues (2013) aponta que falar em Constituição materialmente legítima, diante de um Estado Democrático de Direito é, primeiramente, verificar se a sua atuação juridicamente programada e controlada dos diversos órgãos estatais está pautada na proteção de direitos fundamentais. Aduz o autor, em síntese, que os direitos fundamentais seriam as condições vitais para a existência de um Estado Constitucional Democrático.

Sarlet (2004) distingue três expressões: primeiro, os direitos do homem, como sendo aqueles naturais, cuja positivação ainda lhe falta; depois, os direitos humanos, definidos segundo o autor como aqueles já positivados na ordem internacional e, por fim, os direitos fundamentais, que representaria os direitos validamente reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional interno de cada País.

Levando em consideração a referida classificação do jurista Ingo Sarlet não há dúvida que o direito ao recurso é tipicamente um direito resguardado, que na ordem interna, quer na

internacional; dependerá da preferência do jurista. Isso porque, embora o Pacto de São José da Consta Rica, por versar sobre direitos humanos e ter sido ratificado pelo Congresso Nacional de maneira da legislação ordinária, não retira seu caráter fundamental.

Em suma, Rayol (2013, p. 128) afirma:

> Sem definir, por todos os inconvenientes que qualquer definição carrega, os direitos fundamentais são aqueles direitos do homem, reconhecidos ou não pelo Estado, frutos de um movimento histórico inacabável e de práticas interpessoais e sociais constantes e que se assentem em variadas exigências, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

A partir da presente pesquisa desenvolvida entende-se que o direito ao recurso é um direito fundamental / humano, por se enquadrar na terceira definição de Ingo Sarlet. Todavia, a luz de uma interpretação sistemática, além de ser fundamental, é humano porque o CADH lhe prevê expressamente. Entendendo que, embora se tratem de conceitos distintos, nem um direito é exclusivamente humano, do homem ou fundamental, o que, às vezes, os tornam muito parecidos e, quiçá, cumulativos, exemplo é o duplo grau de jurisdição.

De forma a compreender ainda mais sistemático esse direito, embora não esteja previsto expressamente no texto originário da CRFB/88, há de ponderar que o mesmo decorre de dois princípios explícitos no referido diploma: o contraditório e a ampla defesa.

Decorre da ampla defesa e do contraditório, na medida em que o próprio texto constitucional originário apresenta a possibilidade de as partes contraditarem a tudo o que lhe for conveniente na instrução criminal, na medida da ausência de vedação legal, bem como, se utilizar de todos os meios atinentes a seu direito de defesa.

Todavia, a CRFB/88 apresenta certas matérias e a sua fiel destinação de julgamento, o que, em síntese, resguarda a transparência do devido processo legal. Sendo assim, dentro das competências atribuídas a maior Corte na ordem interna brasileira, está a de julgar crimes comuns de determinados agentes, tendo em vista os cargos por eles ocupados. Assim, surge um problema: de um lado, tem o direito ao duplo grau de jurisdição, que é tido como fundamental, como já discorrido, e de outro, há o devido processo legal atribuído ao STF em julgar esses crimes, o que, hodiernamente, inviabiliza o exercício do duplo grau de jurisdição. Sobre essa situação passa-se ao próximo tópico que discutirá o mencionado.

3.1. COMPETÊNCIA *RATIONE PERSONAE* NO STF E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO:

É cético a importância de compreender a sistemática da competência criminal. Dentro dessa esfera, há a presença da classificação da competência em material, formal e territorial. Na esfera da competência material, incide a existência do julgamento originário pelo STF de julgar crimes comuns imputados aos agentes referidos no art. 102, I, "b" e "c", da CRFB/88, fixado, como já discorrido, como manifestação da proteção da dignidade da função pública do julgador.

Ocorre que, conforme entende Malan (2014, p. 119):

> […] é constitucionalmente ilegítimo qualquer critério de fixação da competência baseado em característica pessoal (v.g., parentesco, condição soeconcômica, filiação político-partidária, título nobiliárquico, círculo de relações pessoais etc) do acusado (o chamado foro r*atione personae*).

Os argumentos favoráveis à instituição e manutenção do referido foro, consubstancia-se na ideia de ser necessário, dada a observância da segurança, imparcialidade e independência no exercício da jurisdição criminal, ao vedar a possível pressão que os órgãos subalternos possam sofrer, dada a ocupação política dos cargos fixados pela CRFB/88 (BARROS, 1990).

Não há qualquer tolerância científica que demonstre que a imparcialidade ou independência dos juízes de primeiro grau possa ser afetada ao julgar crimes do "alto escalão". Isso porque, os defensores da competência originária entendem que o Constituinte instituiu a competência penal originária do STF com base uma presunção, que, data vênia, é completamente inaceitável, dado o caráter extremamente democrático com que os juízes são investidos nos referidos cargos, o que, em suma, não ocorre com os Ministros do STF.

Com a permanência do "foro privilegiado" (que de privilégio nada tem) o que se vislumbra é coexistência de suas significativas restrições pontuais que atingem direitos fundamentais: a primeira, na não incidência do duplo grau de jurisdição (visto como sendo um direito fundamental legítimo de natureza jurídica supralegal), e a outra, a restrição ao contraditório e à imediação na produção da prova oral em juízo.

Malan (2014), inclusive, argumenta que o duplo grau de jurisdição é um direito fundamental unilateral, ou seja, exclusivo do acusado, pois o próprio Pacto de São José da Costa Rica faz menção expressa que toda pessoa acusada pela prática de um delito tem o direito de recorrer para juiz ou tribunal superior. Assim, entende o jurista que o recurso manejado pela acusação não só viola o duplo grau de jurisdição, como também, caracteriza a errônea aplicação da dupla persecução penal pelo mesmo fato (*ne bis in idem* processual).

Diferente do que entende Pacceli (2014) de que é necessário para o incidência do duplo grau de jurisdição, que haja uma revisão (voluntária) por órgão hierarquicamente superior,

Malan (2014) afirma a garantia ao duplo grau de jurisdição implica apenas que o segundo julgamento seja realizado por juízo distinto e dotados de poderes jurisdicionais para reformar a sentença impugnada.

Há, no entanto, juristas que afirmam extrema violação do duplo grau de jurisdição pela fixação da competência originária do STF. Isso porque, segundo o Pacto de São José da Costa Rica, não há nenhuma ressalva expressa, o que, inviabiliza a não determinação de ser absoluto o referido princípio.

Um dos temas que maior repercussão teve no STF nos últimos anos foi o julgamento da Ação Penal 470 (AP 470), que versou sobre o "Caso Mensalão". Isso porque, além de ser uma ação de competência originária do referido tribunal, o que se notou, com grande repercussão foi os reflexos que a referida competência resulta tanto no pragmatismo jurídico, como também, atinentes aos direitos fundamentais dos acusados.

Dentro dos inúmeros debates que se observou durante o mencionado julgamento esteve presente a incidência ou não duplo grau de jurisdição.

Houve aqueles que apresentaram os Embargos Infringentes (EI) como sendo um meio atípico de manifestação do direito ao duplo grau de jurisdição. Outros, por sua vez, negavam qualquer incidência do mencionado princípio, tendo em vista a inexistência de previsão constitucional para tal, o que, por sua vez, ocorre no tocante à competência originária.

Dentro dessa linha de raciocínio, é interessante observar que o conceito técnico de recurso não se compatibiliza com o adotado pelo CPP, da mesma forma, que difere-se do utilizado no tocante a incidência do duplo grau de jurisdição.

Isso tanto é verdade que, ao prever na teoria geral dos recursos, o CPP expressamente identificou o Recurso em Sentido Estrito (RESE), no artigo 581 e ss, a Apelação, no art. 593 e ss, os Embargos, nos artigos 619 e 620, a Revisão no art. 621 e ss, a Carta Testemunhável no art. 639 e ss e o Habeas Corpus (HC) no art. 647.

Ora, algumas incongruências se observam: a primeira no que se refere ao instituto recursal tipicamente que incida sobre o duplo grau de jurisdição. Já ficou observado que para a fiel observância do referido princípio, são necessários dois requisitos: o primeiro de que a haja um recurso, e o segundo, que este seja julgado por um órgão hierarquicamente superior (ou juízo distinto), com competência para reformar / adequar a decisão aos interesses do recorrente. A outra discrepância refere-se à inserção do HC como sendo um recurso, o que, hoje não se enquadra. Isso porque já é pacífico se tratar de uma ação autônoma de impugnação.

Observa-se, então, que não agiu com muito cuidado o legislador, motivo pelo qual a atenção deve se acentuar quando da análise de seus fundamentos. Analisando os recursos

mencionados e correlacionando ao duplo grau de jurisdição, em matéria penal, o instituto eminentemente recursal que tem a habilidade de firmar o duplo grau de jurisdição trata-se da apelação.

4. A QUESTÃO POLÊMICA DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Em 2013 mais uma vez o STF esteve atrelado a um caso emblemático. Talvez, o maior dos últimos anos. Dentro das inúmeras discussões que é inerente ao julgamento de uma ação penal (AP 470) de tamanha magnitude, houve no que tange a incidência ou não dos Embargos Infringentes (EI's) nas ações penais originária do STF.

Trata-se, na verdade, de um tema bastante polêmico que afetou toda a classe jurista e não jurista que se debruçavam sobre a matéria. Isso porque, o Caso Mensalão, se mostrava como sendo a exceção a regra da seletividade do Direito Penal que, na sua grande maioria, atinge apenas a classe pobre. E é por conta de toda essa influência, social e midiática, que muito se conjecturou e se rediscutiu acerca da incidência ou não dos EI's.

Antes de apresentar em que consistiu a polêmica, é indiscutível tecer duas considerações que atingem plenamente o objeto de estudo da presente monografia. Pois bem.

O primeiro ponto que se cabe mencionar é o fato de que EI não é modo de se alcançar o duplo grau de jurisdição. Em outros dizeres, os embargos infringentes podem ser qualquer coisa na sistemática processual penal, exceto, manifestação do duplo grau de jurisdição. Não é não porque existe vedação, nem porque a sociedade ou o STF diz não ser. Mas apenas porque como já discorrido anteriormente, não estão previstos os dois requisitos essenciais à manifestação do duplo grau de jurisdição: possibilidade de reexame integral da decisão penal e que o novo julgamento seja proferido por juízo hierarquicamente superior.

Ora, não há possibilidade de julgamento integral, na medida em que o objeto dos EI's afeta apenas o que se tem por divergência, como também, não há julgamento por órgão hierarquicamente superior, pois a matéria é destinada ao mesmo juízo que proferiu a decisão, como uma forma, de pressioná-lo a modificar sua decisão.

Outro ponto que se torna imprescindível mencionar, atenta para o fato de que os EI's, diferentemente dos demais recursos no processo penal, só é permitido ao condenado. Não há como a acusação pleitear a reforma da decisão por meio dos EI's, porque o próprio CPP dispões sobre a matéria.

E por fim, é interessante também compreender, que a sistemática dos EI's no CPP não é a mesma do previsto no RISTF. Isso porque o CPP apresenta a possibilidade de oposição dos

EI's, conforme art; 609, Parágrafo único:

> Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação do acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

Enquanto que no art. 333 do RISTF, assim está:

> Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma:
> I – que julgar procedente a ação penal;
> II – que julgar improcedente a revisão criminal;
> III – que julgar a ação rescisória;
> IV – que julgar a representação de inconstitucionalidade;
> V – que, em recurso criminal ordinário, foi desfavorável ao acusado.
> Parágrafo Único. O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta.

Dito isto, passa-se à polêmica. Antes, porém, não se passará a identificar a quem detém a razão, mas apenas, a identificar a questão que gerou a polêmica.

No STF muito se discutiu sobre a possibilidade de haver ou não a permissão da oposição dos EI's porque a lei que instituiu o processamento das ações penais originária do STJ e do STF (Lei N. 8.038/1990) não há expressamente a previsão dos mencionados, o que ocorre apenas no RISTF.

A discussão girou em torno da permanência ou não dos EI's porque não há na referida lei a previsão expressão. Os que argumentaram contrários a permanência apresentaram o argumento de que o RISTF foi recepcionado pela CRFB/88 como lei ordinária, e havendo nova lei que regulamente a matéria, certamente, haveria a revogação da matéria regulamentada. Os favoráveis a permanência, por sua vez, aduziram que não há manifestação sobre a natureza jurídica do RISTF, e mesmo que assim houvesse, não há revogação expressa, tampouco, tácita, mesmo porque, não há incompatibilidade no que tange a esse assunto.

Outra discussão pertine sobre a possível "eternização da ação penal", que possibilitando os EI's a sociedade iria se inquietar sobre a necessidade de aplicação da sanção penal. Os contrários a essa argumentação, aduziram que o simples fato de coibir a possível rediscussão sobre o falível argumento de "eternização", visto o prolongamento, não é capaz de retirar a previsão regimental do referido instituto, mesmo porque, a Constituição existe para a proteção dos acusados, em detrimento do interesse da sociedade.

De suma, incorreu-se nessas teses a discussão. Mas que, ao término, por maioria dos votos (6x5), o STF decidiu pela admissibilidade dos EI's.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de chegar a uma solução clara e objetiva, tampouco, de esgotar a temática, a pretensão albergada na execução desta pesquisa fora identificar o que circula ao entorno da competência originária do STF para julgar crimes comuns nas ações penais originárias, prevista constitucionalmente, e a possibilidade de violação do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição em caso de decisão desfavorável ao acusado.

Algumas incongruências são observadas no que tange à competência ratione personae no STF e o duplo grau de jurisdição, verificando-se, portanto, que para a observância deste princípio são necessários dois requisitos: a existência de um instituto recursal que incida tipicamente sobre o duplo grau de jurisdição, e o segundo, o seu julgamento por um órgão hierarquicamente superior capaz de reformar a decisão atendendo ao interesse dos recorrentes - o que não se observa neste caso. A outra desconexão refere-se à inserção do HC como sendo um recurso, o que, hoje não se enquadra. Isso porque já é pacífico se tratar de uma ação autônoma de impugnação.

No que se refere à sistemática processual penal brasileira, verifica-se que no processo penal, não temos bens disponíveis, o que se está em pauta, é a liberdade do acusado. Desse modo, a reforma de uma decisão que seja desfavorável ao acusado é intrínseco ao Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus primados a Dignidade da Pessoa Humana, de modo que haja a efetiva prestação jurisdicional, mas que esta seja justa ou, ao menos, aproxime-se ao máximo da justiça. A questão, ultrapassa a técnica jurídica e exige uma compreensão sistemática da proteção do acusado face a possibilidade de erros, típicos da falibilidade humana.

A permanência do "foro privilegiado" implica em coexistência de restrições precisas capazes de atingir direitos fundamentais, tais como a não incidência do duplo grau de jurisdição, restrição ao contraditório e a imediação da prova oral em juízo.

REFERÊNCIAS

CADH. Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San José Da Costa Rica**. Disponível em < http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 10 de jul. 2020.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Sistema do processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. II.

CARRARA, Rubens R. R.. O Direito ao Duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. IN: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs.). **Processo Penal e Democracia:** estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Lúmen Iuris: Rio de Janeiro, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal:** doutrina e jurisprudência. 6. ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal:** fundamentos da instrumentalidade garantista. 1. Ed. Rev. e ampl., Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury**. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** 11. Ed. Editora Lumen Juris: Rui de Janeiro, 2016.

MALAN, Diogo. Competência penal *ratione funcionae* do STF. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 22, vol. 106. Jan-fev/2014**.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionals de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. In: **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos** / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos. Acesso em 26 de Junho de 2020. Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo18.php?artigo=18,artigo_11.htm.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**, São Paulo, Saraiva, 1996.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PASSOS, Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. A eficácia dos direitos sociais fundamentais. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coordenação). **Temas atuais de Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013

RODRIGUES, Alexandre Manuel. Tópicos temáticos em direitos. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coordenação). **Temas atuais de Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

SANTOS, Francisco Geraldo Matos Santos. A possível irrupção de uma regra que é (foi) um

princípio: o (ex) princípio da insignificância almejado pelo PL 236/2012. In: LOURENÇO, Cristina Alves (Coordenadora). In: **Estudos Empíricos de Direito Penal**. 1. ed. Editora Perse: Rio de Janeiro, 2014.

SARAGOÇA DA MATTA, Paulo Jorge. O direito ao recurso ou o duplo grau de jurisdição como imposição constitucional, e as garantias de defesa dos arguidos no processo penal português. **Revista Jurídica, n. 22, p. 359, março 1998**.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIETTI CRUZ, Rogério Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 4. 34. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da competência pela prerrogativa de função**. Revista dos Tribunais. Vol 108. P. 397-410. São Paulo: Ed. RT, mar. 2003**.