

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

MARCOS LEITE GARCIA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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 Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Lucas Gonçalves da Silva; Marcos Leite Garcia – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-403-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”, promoveu a quarta edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico que propuseram reflexões sobre aspectos da Dignidade Humana de setores sociais marginalizados, cuja vulnerabilidade se potencializou em face da pandemia de Covid-19, como por exemplo: catadores de material reciclado; pessoas idosas; pessoas com deficiência, para além dos imigrantes que aportaram no Brasil nesse período.

Os trabalhos também tocaram a importância das políticas públicas para a proteção das crianças e adolescentes em face das desigualdades sociais, acirradas em razão da pandemia, onde foram considerados os impactos da interseccionalidade racial, étnica e de gênero. Nesse contexto foram abordadas inclusive as vulnerabilidades específicas das filhas e filhos de imigrantes e refugiados nesse período.

Os artigos apresentados trataram de temas, que nesse momento de pandemia ganharam especial relevância, tais como: Liberdade de Expressão e seus possíveis limites e o Direito ao Esquecimento, cuja utilização equivocada pode ocasionar violência à dignidade pessoal ou

coletiva. Em contexto de violência também a violência contra mulher foi objeto de discussão nesses artigos apresentados, demonstrando o seu aumento no espaço doméstico, nesse período de confinamento.

Ressaltamos, com igual relevância os trabalhos que discutiram o papel do Estado Democrático de Direito em face da eficácia material dos Direitos Fundamentais, quer flexibilizando patentes em tempos de pandemia, quer atuando para garantir o Direito Fundamental à Saúde, inclusive considerando os transtornos mentais que emergiram com força nesse período. Também foram colocados em discussão os limites do ativismo judicial.

Desta forma, o primeiro artigo de Érico Antonio Pereira Santos, Letícia Abati Zanotto e Marcos Leite Garcia, intitulado “Ascensão dos governos autocratas de extrema direita e a ameaça ao Direito Fundamental à Governança” trata de investigar as consequências da ascensão dos governos autocratas na governança e o advento dos governos autocratas de extrema direita que agem para minar o ideal de governanças nos Estados, mitigando os direitos fundamentais, os direitos humanos e a transparência e informação.

Depois, Renata Apolinário de Castro Lima, Roberta Maciel Campolina e Roberto Apolinário de Castro apresentam o “O direito de punir do Estado e as violações às garantias fundamentais dos presidiários no sistema carcerário brasileiro”, cujo tema-problema trata da violação dos direitos dos presidiários inseridos no sistema carcerário brasileiro e a inação estatal, buscando medidas eficazes de ressocialização destes e a não violação ou o mínimo cerceamento possível de seus direitos fundamentais, a partir da leitura da Lei de Execuções Penais.

Em seguida, Ana Paula Penha Aragão, Cassius Guimaraes Chai e Amanda Cristina de Aquino Costa em “A batalha moral e a guerra de hostilidades virtuais: o limiar entre discurso de ódio e liberdade de expressão em perspectiva comparada Brasil, Inglaterra e Alemanha” discutem os limites entre o exercício da liberdade de expressão e o discurso de ódio no espaço virtual, por meio da análise da legislação e jurisprudência brasileira em perspectiva comparada aos instrumentos existentes na Inglaterra e na Alemanha, com a finalidade de inibir e combater o discurso de ódio no ambiente virtual.

Ato contínuo, Ricardo Alexandre Costa e Angela Everling no artigo denominado “Esfera pública, acesso democrático ao mundo do trabalho e gênero: desafios ainda atuais” enfatizam as teorias de gênero e sua relação com o poder (patriarcado) na busca pelo acesso

democrático à esfera pública, especialmente ao mundo do trabalho, pela promoção da igualdade, na busca das mudanças necessárias para garantia de acesso democrático e equidade.

No quinto artigo nominado “Análise público-privada da Lei da Liberdade Econômica e seus princípios contratuais garantistas: estudo sobre a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”, Arthur Bridges Venturini e Sérgio Henriques Zandona Freitas tratam dos impactos causados pela disseminação da Covid-19 e da intervenção mínima e excepcional da revisão contratual, por meio da promulgação da Lei 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica.

O sexto artigo intitulado “As unidades socioeducativas pós-decisão pela 2ª Turma do STF no Habeas Corpus 143988/ES”, Márcia Haydée Porto de Carvalho, Jossianny Sá Lessa e Juliane Silva Santos analisam os impactos decorrentes da decisão proferida no Habeas Corpus 143988/2020 pela 2ª Turma do STF, segundo a qual as unidades de internação de adolescentes não devem ultrapassar a capacidade para as quais foram projetadas.

Depois, Fernanda Resende Severino e Lilian Mara Pinhon em “Educação jurídica nas escolas: uma forma de efetivar o direito à educação” tratam da educação jurídica e a possibilidade de ser ensinada nas escolas, como uma das formas de efetivar o direito fundamental à educação.

Logo em seguida, o artigo “Inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal em favor do juiz: uma crítica à posição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Nunes Marques no julgamento do Habeas Corpus n.º 164.493” de Ana Isabel Mendes, Marcelo Martins Piton e Marcos Leite Garcia analisa a inadmissibilidade de provas ilícitas, prevista no artigo 5º, LVI, da Constituição do Brasil de 1988 e sua utilização para se comprovar a suspeição de magistrado, uma vez que na relação processual, é representante do Estado.

O nono artigo, “Intervenção mínima e excepcionalidade na revisão contratual sob o viés do Estado Democrático de Direito de Gabriela Oliveira Freitas e Arthur Bridges Venturini cuida da Lei nº 13.874/2019 que alterou o Código Civil, inserindo o parágrafo primeiro no artigo 421, cujo conteúdo previu dois novos princípios atrelados ao direito contratual, o da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual, que devem estar harmonizados com os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal.

O décimo artigo, de autoria de Thaís Gleice Andrade e Deise Marcelino Da Silva “Liberdade de expressão e a proteção de direitos das crianças e adolescentes frente ao exposed nas redes

sociais trata do estudo da liberdade de expressão frente ao fenômeno do exposed, a fim de estabelecer os limites à liberdade de expressão e proteger os direitos das crianças e dos adolescentes.

O décimo primeiro artigo, “O direito ao duplo grau de jurisdição nos países do Mercosul: foro por prerrogativa de função e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, de Lucia Carolina Raenke Ertel e Jessica de Jesus Mota estuda o direito ao duplo grau de jurisdição para os réus com foro por prerrogativa de função, diante da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) nos países do Mercosul.

Na sequência, Gabriela de Vasconcelos Sousa e Sérgio Henriques Zandona Freitas, no artigo intitulado “O direito ao esquecimento na esfera internacional: estudo comparativo de sistemas para concretização garantista no Brasil” examinam o julgamento do Tema 786, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da (in)existência do direito ao esquecimento no Brasil.

Em o “O direito de recusa à aplicação de vacinas: a liberdade versus o direito à vida e à saúde”, Deise Santos Curt e Luis Filipe Fernandes Ferreira se dedicam a estudar a taxa de cobertura vacinal do Programa Nacional de Imunizações que vem caindo nos últimos anos afetando, inclusive, o combate à Covid-19, trazendo de volta doenças já erradicadas e diminuindo a expectativa de vida nacional, em especial pela disseminação de fake news contrárias à vacinação, fato que gera o conflito entre o direito individual de não se vacinar (direito à liberdade) versus o direito coletivo à vida (direito à vida).

O décimo quarto artigo, "Reflexos da covid-19 nas relações entre gênero, orientação sexual e violência", de Letícia Abati Zanotto e Estéfani Luise Fernandes Teixeira examina os da Covid-19 em relação às questões de gênero, orientação sexual e violência, a partir da teoria queer, dos dados publicados sobre violência contra mulheres e LGBTQIA+, da e a crise sanitária mundial.

Em “Representatividade feminina: a necessária veiculação de propostas de cunho feminista, Gabriela Oliveira Freitas e Anna Lúcia Di Napoli Andrade e Braga abordam a necessidade de representação feminina no Legislativo, a partir do conceito de representação de Hanna Piktin e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo de Rosemiro Pereira Leal, enfatizando a desigualdade de gênero na composição do Congresso Nacional, que obsta a adequada representação popular, que seria essencial para a legitimidade democrática do processo legislativo.

No décimo sexto artigo, intitulado “Responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet: análise do tema 987 do STF, Jamile Magalhães Barreto Fontes e Zulmar Antonio Fachin refletem sobre a discussão trazida pelo Tema 987 de Repercussão Geral no STF e a necessidade de se ter uma reserva de jurisdição para caracterização da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Por fim, no último artigo “Teoria dos mandados de criminalização e o direito do consumidor como direito fundamental”, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e Thais Caroline Brecht Esteves Gouveia discutem a teoria dos mandados de criminalização e a proteção jurídico penal do direito do consumidor, com ênfase na natureza de direito fundamental deste e do bem jurídico penal protegido.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Com efeito, divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação da apresentação, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente, desejamos a todos uma excelente leitura.

Organizadores:

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza - Universidade Nove de Julho - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

**O DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NOS PAÍSES DO MERCOSUL:
FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A CONVENÇÃO AMERICANA
SOBRE DIREITOS HUMANOS.**

**THE RIGHT TO DOUBLE DEGREE OF JURISDICTION IN MERCOSUR
COUNTRIES: FORUM FOR PREROGATIVE OF FUNCTION AND THE
AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS.**

**Lucia Carolina Raenke Ertel ¹
Jessica de Jesus Mota ²**

Resumo

Este estudo investiga como os países do Mercosul tratam em sua legislação o direito ao duplo grau de jurisdição para os réus com foro por prerrogativa de função, considerando sua adesão à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH) e o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre o tema. Utiliza-se às técnicas de pesquisa bibliográfica, legislativa, e jurisprudencial. Conclui-se que o Brasil prevê ações penais originárias pela Corte Superior do país sem direito a recurso para um juiz ou tribunal superior, incorrendo em violação ao artigo 8.2.h.da CADH. Já os demais países membros do Mercosul cumprem o artigo.

Palavras-chave: Duplo grau de jurisdição, Foro por prerrogativa de função, Mercosul, Convenção americana sobre direitos humanos, Corte interamericana de direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This study investigates how mercosur countries treat in their legislation the right to double jurisdiction for defendants with a forum for prerogative of function, considering their adhering to the American Convention on Human Rights (ACHR) and the position of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). It is used in bibliographic, legislative, and jurisprudential research techniques. It is concluded that Brazil provides for criminal proceedings originating by the Superior Court of the country without the right to appeal to a judge or superior court, inviolation of Article 8.2.h ACHR. The other mercosur member countries comply with the article.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Double degree of jurisdiction, Foreby prerogative of function, Mercosur, American convention on human rights, Inter-american court of human rights

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Integrante do Grupo de Pesquisa "Por que uma sociologia histórico-constitucional para a América Latina?" da UFRGS.

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), bolsista CAPES. Pesquisadora no Núcleo de Pesquisa em Direito Penal e Criminologia – NUPECRIM/Cnpq.

1. INTRODUÇÃO

O foro por prerrogativa de função é uma garantia penal que gera muitos debates. Os argumentos favoráveis à existência de uma instância diferenciada para julgar detentores de determinados cargos públicos, tanto cargos políticos como da estrutura administrativa institucional, são consistentes. A narrativa de quem justifica o fim do foro por prerrogativa de função por considerar que se trata de um “foro privilegiado” também encontra defensores. Independente da justificativa teórica para a existência desta garantia, o fato de ela existir em diversos ordenamentos jurídicos a torna, por si só, objeto de estudo com muitas possibilidades de pesquisa.

Nesta pesquisa não se fará um juízo de valor acerca da justificativa da existência da garantia do foro por prerrogativa de função. Considera-se a previsão legal desta garantia para realizar uma análise do direito ao duplo grau de jurisdição dos réus condenados em primeira instância por cortes superiores, em razão do foro por prerrogativa de função nos países que integram o Mercosul. O problema de pesquisa consiste, portanto, na verificação da situação atual sobre a efetivação do direito ao duplo grau de jurisdição para réus com foro por prerrogativa de função no Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, considerando que os quatro países são signatários da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos que garante em seu artigo 8.2.h o direito de recorrer da sentença perante um juiz ou tribunal superior.

A pergunta que esta pesquisa pretende responder é: como os países do bloco econômico do Mercosul tratam em sua legislação o direito ao duplo grau de jurisdição para os réus com foro por prerrogativa de função, considerando sua adesão à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema? A hipótese é de que a integração como bloco político-econômico não significa que há unidade nesse tratamento, bem como de que os países pesquisados não efetivam o direito ao duplo grau de jurisdição para réus com foro por prerrogativa de função nos termos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Utiliza-se do método indutivo, partindo-se dos dados individuais de cada país para se alcançar uma resposta para o contexto do Mercosul neste tema. Também foi realizada pesquisa bibliográfica, pesquisa legislativa, e pesquisa jurisprudencial das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A escolha metodológica pelo recorte geográfico do Mercosul se justifica em razão de se tratar de um bloco político-econômico de países

latino-americanos para cooperação internacional que foi também parte do processo de consolidação da democracia recém (re)inaugurada nesses países, assim como por todos os países membros serem também signatários da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e integrarem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A primeira parte do artigo é dedicada ao conceito de duplo grau de jurisdição nos termos da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na segunda parte é realizado o levantamento sobre a garantia processual penal do foro por prerrogativa de função e sobre o direito ao duplo grau de jurisdição nestes casos em cada um dos países membros do Mercosul, bem como a análise acerca da efetivação ou não deste direito, nos termos dados pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ao final, verifica-se que a hipótese inicial não foi totalmente confirmada pelos resultados encontrados ao longo da pesquisa. De fato, a integração como bloco político-econômico de Brasil, Argentina Paraguai e Uruguai não se reflete em tratamento uniforme quanto à garantia processual penal do foro por prerrogativa de função. Constatou-se que enquanto o Brasil prevê ações penais originárias pela Corte Superior do país, sem direito a recurso para um juiz ou tribunal superior, os demais países membros do Mercosul tratam de forma semelhante entre si a questão do processamento de ações penais em face de ocupantes de cargos públicos eletivos, com destaque para a figura do *desafuero*, que uma vez aprovado, permite o processamento e julgamento destes réus pelas instâncias judiciais ordinárias.

2. O DIREITO DE RECORRER DA SENTENÇA PARA UM JUIZ OU TRIBUNAL SUPERIOR PARA A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, conhecida também como Pacto San José da Costa Rica, é o principal instrumento de proteção dos direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (GOMES, MAZZUOLI, 2009). Em vigência desde 1978, a Convenção traz em seu artigo 8 um rol de garantias judiciais que devem ser asseguradas para todas as pessoas acusadas de um delito. Entre as garantias elencadas, se encontra o direito de recorrer da sentença para um juiz ou tribunal superior:

Artigo 8. Garantias judiciais

(...)

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

(...)

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, 1978).

O texto positivado na Convenção não é suficiente para determinar os termos do direito ao duplo grau de jurisdição. É preciso considerar o conceito de duplo grau de jurisdição adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na sua função de intérprete da Convenção. Foi no julgamento dos casos *Barreto Leiva vs. Venezuela* (2009) e *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (2014) que a Corte Interamericana de Direitos Humanos fixou o seu entendimento quanto à efetivação do direito ao duplo grau de jurisdição para réus com foro por prerrogativa de função, conforme a seguir exposto.

Na decisão do caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* (2009), a Corte IDH reconheceu que o julgamento em única instância de Oscar Henrique Barreto Leiva, pela Corte Suprema de Justiça da Venezuela, violou o direito de recorrer da sentença condenatória e condenou a Venezuela pela não observância do artigo 8.2.h da Convenção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009)¹. Na decisão sobre o caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (2014) a Corte condenou o Suriname pela inobservância da efetivação do direito ao duplo grau de jurisdição para o petionário Liakat Ali Alibux que foi julgado e condenado em única instância pela Alta Corte de Justiça do Suriname, por possuir foro por prerrogativa de função na condição de Ministro das Finanças do Suriname (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014)².

Nas duas decisões, a Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou e manteve o entendimento de que o direito ao duplo grau de jurisdição deve ser garantido também para os

¹ Oscar Henrique Barreto Leiva foi condenado a um ano e dois meses de prisão pela prática de crime contra o patrimônio público por atos de sua gestão como Diretor Geral Setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da República da Venezuela no ano de 1989. Barreto Leiva foi julgado pela Corte Suprema de Justiça da Venezuela em razão da conexão com réus que possuem foro por prerrogativa de função porque também foram processados o Presidente da República, um Senador e um Deputado.

² Liakat Ali Alibux foi julgado e condenado em única instância pela Alta Corte de Justiça do Suriname, pela prática, durante o exercício de seu cargo como Ministro das Finanças do Suriname no período entre dezembro de 1999 e agosto de 2000, do delito de falsificação de uma carta de proposta do Conselho de Ministros do Suriname que aprovava o valor de 900 mil dólares estadunidenses para a compra de um imóvel para o Ministério do Desenvolvimento Regional, valor que teria sido revertido em favor de Alibux. A pena imposta à Alibux foi de um ano de detenção e inabilitação para exercer o cargo de Ministro pelo período de três anos.

réus que possuem foro por prerrogativa de função, sob pena de violação do artigo 8.2.h da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1969).

Para a Corte, o direito de recorrer para um juiz ou tribunal superior abrange a ampla revisão da sentença recorrida, ou seja, as questões de fato e de direitos devem ser revistas considerando que há uma interdependência entre as questões fáticas e a aplicação do direito na atividade jurisdicional, o que significa que *“una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho”* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E MINISTÉRIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 2021, p. 72), razão pela qual um recurso deve possibilitar o controle de todos os aspectos impugnados da sentença condenatória. Nesse sentido, a Corte defende que a íntegra revisão da sentença condenatória é o que proporciona a dupla conformidade judicial ao confirmar o fundamento e outorgar maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado, ao mesmo tempo em que proporciona maior tutela aos direitos do condenado.

Além da revisão tanto das matérias de fato como das de direito, o duplo grau de jurisdição, no conceito da Corte, deve ser oportunizado para todos os condenados, sem exceções, e é necessário que esta revisão seja realizada por um juiz ou tribunal distinto daquele que prolatou a decisão recorrida: uma dupla revisão pelo mesmo tribunal não concretiza a garantia prevista no artigo 8.2.h da Convenção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009). Também o recurso de apelação não deve possuir formalidades que imponham restrições ao direito de recorrer da sentença: *“La posibilidad de ‘recurrir del fallo’ debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 168).

A Corte assentou o entendimento de que o direito de recorrer da sentença para um juiz ou tribunal superior tem como objetivo proteger o direito de defesa ao evitar que uma sentença adotada em procedimento viciado ou que contenha erros em prejuízo ao réu adquira a qualidade de coisa julgada (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009). Nesse sentido, para a Corte, o julgamento pelo tribunal de maior hierarquia não significa que a sentença será livre de erros ou vícios e que as garantias judiciais do réu serão observadas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014).

Por fim, a Corte posicionou-se no sentido de que os Estados possuem uma margem para regular o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, no entanto, essa regulação não

pode resultar na imposição de restrições que contrariem a essência deste princípio. Dessa forma, o estabelecimento interno de jurisdições distintas da jurisdição ordinária para o julgamento de determinadas autoridades públicas em razão do cargo que ocupam é possível desde que sejam oportunizadas a estes réus todas as garantias judiciais elencadas no artigo 8 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1978).

Ou seja, o foro por prerrogativa de função somente é compatível com a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1978) se for garantido o direito de recorrer da sentença condenatória para estes réus. Nesse sentido, a Corte inclusive exemplifica que seria possível garantir o direito ao duplo grau de jurisdição aos réus com foro por prerrogativa de função nesses casos mediante o julgamento por uma turma do tribunal, sendo proporcionado o recurso ao pleno da Corte, não participando da revisão da sentença os membros que já se manifestaram na decisão recorrida (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009). Com fundamento nesse entendimento consolidado acerca da abrangência do direito ao duplo grau de jurisdição a Corte IDH tem condenado os países nos quais os recursos existentes não proporcionam a ampla revisão da sentença, imponham exceções ao duplo grau de jurisdição ou possuam formalidades que imponham restrições ao exercício desse direito.

3. AS TENSÕES ENTRE O DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO:

Os quatro países membros do Mercosul são signatários da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, tendo ratificado a convenção com reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos³. Portanto, vinculam-se aos termos da Convenção e à interpretação desta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso porque os Estados têm a livre vontade de serem signatários de um tratado internacional, e, uma vez ratificado o tratado, o Estado passa a ter o dever de respeitá-lo, devendo cumprir com a obrigação que assumiu no livre exercício de sua soberania (MAZZUOLI, 2016, p. 127).

³ A Argentina ratificou a Convenção em 14 de agosto de 1984, com reconhecimento da competência da Corte em 05 de setembro do mesmo ano. O Brasil ratificou a Convenção em 09 de setembro de 1992 e reconheceu a competência da Corte em 10 de dezembro de 1993. O Paraguai ratificou a Convenção em 18 de agosto de 1989 e reconheceu a competência da Corte em 26 de março de 1993. O Uruguai ratificou a Convenção em 26 de março de 1985 e reconheceu a competência da Corte em 19 de abril do mesmo ano. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm. Acesso em 20 mai. 2021.

Para além dessa vinculação geral, decorrente do princípio *pacta sunt servanda*, a própria Convenção Americana Sobre Direitos Humanos traz em seu texto normativa acerca da necessidade de comprometimento dos Estados parte em respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e garantir o pleno exercício destes a todas as pessoas, sem discriminação de qualquer natureza (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1978)⁴. A Convenção também dispõe sobre o dever de adequar o ordenamento interno às disposições da Convenção para tornar efetivos os direitos e liberdades nela previstos, caso estes ainda não estejam garantidos pela legislação vigente no país (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1978)⁵.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a obrigação de respeitar os direitos do tratado “*necesariamente comprende la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal, lo cual exige que el Estado y sus agentes no cometan acciones que violen tales derechos*” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E MINISTÉRIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 2013, p. 24). O Estado que não respeita os direitos, as garantias e as liberdades protegidas pela Convenção incorre em um ilícito internacional, ainda que esta responsabilidade internacional derive de “*actos o omisiones de cualquier poder, órgano o autoridad pública, independientemente de su jerarquía, que violen la convención Americana*” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E MINISTÉRIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 2013, p. 25).

Portanto, é necessária a observância pela legislação interna dos países signatários da Convenção para que se possa afirmar que os direitos e garantias nela elencados são cumpridos e não há violação e conseqüente responsabilidade internacional. Para verificar como os países do bloco econômico do Mercosul tratam em sua legislação interna o direito ao duplo grau de jurisdição para os réus com foro por prerrogativa de função foi realizada consulta à Constituição, Regimento Interno da Corte Superior e ao Código de Processo Penal de cada

⁴ “Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”

⁵ “Dever de adotar disposições de direito interno 2. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

país. Além disso, para o Brasil se aprofundou mais como se dá o tratamento desta garantia, diante da disponibilidade maior de fontes para a pesquisa.

3.1. BRASIL

No Brasil o foro por prerrogativa de função está previsto no artigo 102, inciso I, alíneas ‘b’ e ‘c’ da Constituição que traz a competência penal originária do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988)⁶. Assim, são julgados originariamente pelo STF o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do STF, os Ministros de Estado o Procurador-Geral da República, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, e os membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (BRASIL, 1988).

No ordenamento jurídico brasileiro, a competência em razão da prerrogativa de função é considerada uma regra absoluta. Assim, prevalece em relação à competência em razão do local do crime e da matéria. Ainda, o foro por prerrogativa de função, quando estabelecido na Constituição, como é o caso dos réus de ações penais originárias do STF, prevalece inclusive sobre a competência do tribunal do júri (LOPES JR, 2014, p. 344).

Verifica-se, portanto, que a competência penal originária do tribunal plenário do STF abrange apenas os acusados que possuem foro por prerrogativa de função decorrente do cargo público que ocupam. Segundo Aury Lopes Júnior (2014, p. 341), a determinação da competência em razão da pessoa por meio do foro por prerrogativa de função proporciona garantias para quem julga e para quem é julgado, ao assegurar a independência do julgador. Eugênio Pacelli (2008) leciona que o estabelecimento de foro por prerrogativa de função foi fixado pelo legislador constituinte “atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais” (OLIVEIRA, 2008, p. 182), dado que um órgão colegiado estaria mais distante da influência de pressões externas, bem como possibilitaria um julgamento por profissionais mais experientes (OLIVEIRA, 2008)

⁶ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: (...)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) 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, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (...)”

Em 2018, no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal Originária nº 937, o Supremo Tribunal Federal firmou novo entendimento acerca do sentido e alcance temporal do foro por prerrogativa de função. Anteriormente, o foro por prerrogativa de função se aplicava aos crimes cometidos no exercício do cargo independentemente da existência de relação entre o crime cometido e o cargo ocupado pelo agente. A mudança de entendimento sobre o alcance do foro por prerrogativa de função foi justamente no sentido de restringi-lo para alcançar apenas os crimes praticados durante o exercício de um mandato e que possuam relação com o cargo, considerando as atribuições exercidas nessa função (BRASIL, 2018).

Também houve mudança no critério da realocação de instância quando do final do exercício funcional pelo agente: foi fixada a tese de que após o final da instrução processual, havendo publicação para apresentação de alegações finais, a competência constitucional para processar e julgar a ação não será alterada em razão de o agente público deixar de ocupar o cargo. Para as demais situações, está mantido o disposto na Súmula 451 do STF “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional” (BRASIL, 1964).

A justificativa do Supremo Tribunal Federal para este novo entendimento foi no sentido de reduzir a impunidade e proporcionar a responsabilização de agentes públicos pelos crimes cometidos por eles (BRASIL, 2018). A primeira condenação de um réu com foro por prerrogativa de função no Brasil ocorreu em 2010, no julgamento da Ação Penal 396 que foi ajuizada em 1989. Ainda, conforme pesquisa realizada por José Mário Wanderley Gomes Neto e Ernani Carvalho apenas 3% das ações penais processadas perante a jurisdição originária do STF em razão do foro por prerrogativa de função resultaram em condenação dos réus (CARVALHO; GOMES NETO, 2021).

Com base nestes dados, sem a realização de uma análise crítica, a defesa do argumento de que o foro por prerrogativa de função não é uma garantia processual e sim um privilégio torna-se fácil. No entanto, esta mesma pesquisa aponta que o baixo número de condenações entre 1989 e 2016⁷ decorre de um padrão comportamental do Supremo Tribunal Federal o qual chamaram de “autorrestrição silenciosa em matéria penal” (CARVALHO; GOMES NETO, 2021, p. 15). Essa opção pela autorrestrição foi verificada diante dos resultados obtidos na pesquisa empírica: 72% das ações penais do período analisado não

⁷ Foram objeto da pesquisa referida o universo de 615 ações penais originárias do Supremo Tribunal Federal que abrangeram o período de fevereiro de 198 e julho de 2016.

tiveram julgamento de mérito, 58% dos casos foram remetidos para outra instância e 16% ainda estavam aguardando julgamento. O percentual de processos sem julgamento de mérito aumentou para 85% quando incluídas ações penais em que a punibilidade foi extinta em razão da prescrição (CARVALHO; GOMES NETO, 2021).

Para os autores da pesquisa os dados empíricos permitem afirmar que atribuir esse resultado de baixas condenações em ações penais originárias apenas ao excesso de trabalho do STF decorrente do seu acúmulo de funções como tribunal de última instância, tribunal constitucional e tribunal penal originário para réus com foro por prerrogativa de função seria ingênuo uma vez que foi observado “um comportamento inteligente, omissivo e estratégico, resultante de sofisticado cálculo de custos políticos e organizacionais, (...) de modo a selecionar o que "vale a pena" ser julgado e o que "não vale" (CARVALHO; GOMES NETO, 2021).

No Brasil o debate acerca do cabimento de recurso em ações penais originárias do STF teve espaço durante o julgamento da Ação Penal 470, caso conhecido como Mensalão. O vigésimo quinto Agravo Regimental na Ação Penal 470/MG foi interposto pelo condenado Cristiano de Mello Paz contra decisão monocrática do Ministro Joaquim Barbosa que inadmitiu os embargos infringentes opostos em face da condenação na Ação Penal 470/MG, de competência originária do STF. Na decisão agravada, o Ministro Joaquim Barbosa inadmitiu os embargos infringentes interpostos fundamentado na impossibilidade de cabimento desse tipo de recurso em ações penais originárias, dado que a Lei 8.038/90, que dispõe sobre os processos de competência originária no STF e no STJ, não elencou os Embargos Infringentes no rol de recursos cabíveis (BRASIL, 2013).

A maioria dos votos foi pelo cabimento dos embargos infringentes em sede de ação penal originária no STF, com fundamento de que que o artigo 333, inciso I do Regimento Interno do STF, está vigente, não tendo sido revogado pela Lei nº 8.038/90. Para os Ministros, a referida lei poderia ter disciplinado os embargos infringentes, mas manteve-se silente, de forma que, nos termos do artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, manteve-se “a preservação do conteúdo eficaz da regra inscrita no inciso I, do artigo 333, do RISTF” (BRASIL, 2013, p. 22).

Nesta decisão foi possível identificar dois blocos de posicionamento no STF quanto ao direito ao duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias. O primeiro, de que o princípio do duplo grau de jurisdição não se aplica às ações penais originárias do STF porque

a Constituição Federal já garante o “privilégio” de ser julgado diretamente pela mais alta Corte não havendo privilégios adicionais e que esta não é uma garantia constitucional. E o segundo, de que o direito ao duplo grau de jurisdição deve ser garantido para todos os réus, inclusive os que possuem foro por prerrogativa de função por ser este o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos havendo dever do país em respeitar as disposições da Convenção, sendo os embargos infringentes uma forma, ainda que insuficiente, de garantir esse direito nas ações penais originárias do STF.

O recurso de embargos infringentes previsto no regimento interno do STF não contempla o direito ao duplo grau de jurisdição visto que não cumpre os requisitos e a amplitude definidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na interpretação do artigo 8.2.h da Convenção. Isso porque, primeiro, o recurso de embargos infringentes previsto no artigo 333, inciso I, do RISTF (BRASIL, 1980), impõe restrições ao exercício do direito ao recurso ao exigir a existência de quatro votos favoráveis à absolvição. Em segundo lugar, o recurso é direcionado para o mesmo tribunal, de forma que será julgado pelos mesmos Ministros que prolataram a decisão recorrida, não havendo um efetivo duplo grau de jurisdição diante da ausência de um juiz ou tribunal superior distinto do que prolatou a primeira decisão para julgar o recurso.

Há, portanto, um descompasso entre a previsão internacional e o regramento jurídico interno acerca do tema. Internacionalmente a compatibilidade entre o direito ao duplo grau de jurisdição e o foro por prerrogativa de função é adotada e defendida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto que no Brasil as duas garantias são consideradas incompatíveis pelo STF e por parte da doutrina. Fato é que o Brasil descumpra o artigo 8.2.h da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos ao manter essa forma de tratamento jurídico aos réus de ações penais originárias perante o STF em razão do foro por prerrogativa de função.

3.2. ARGENTINA

Em termos técnicos, os artigos 69 e 70 da *Constitución de La Nación Argentina de 1994* tratam das imunidades parlamentares: imunidade de opinião e imunidade de prisão que existem como forma de proteger o parlamento como instituição, como órgão deliberativo

(SPECTOR, c2021). O artigo 69⁸ traz a proibição da prisão de senadores ou deputados enquanto durar o seu mandato, exceto em caso de flagrante delito, situação em que a Câmara deverá ser informada da prisão (ARGENTINA, 1994). Já o artigo 70⁹ estabelece acerca da possibilidade de a Câmara suspender um deputado ou senador do exercício de suas funções quando este for acusado perante as instâncias ordinárias, colocando-o à disposição do juízo competente para julgamento (ARGENTINA, 1994). Ainda, no artigo 68 da Constituição está prevista a imunidade parlamentar pelas opiniões e discursos proferidos no desempenho do mandato (ARGENTINA, 1994)¹⁰.

Não há na *Constitución de La Nación Argentina* ou em outra lei do ordenamento jurídico argentino a previsão de jurisdição distinta para aqueles que estão no exercício de um mandato eletivo como há no Brasil. São as imunidades parlamentares já mencionadas que são chamadas de *fueros* no país vizinho. Além disso, há a *Ley de Fueros* (Ley nº 25.320/2000) que regulamente a possibilidade de *desafuero*, ou seja, qual o procedimento para que um legislador, funcionário ou magistrado que possui alguma imunidade constitucional possa cumprir a pena a que foi condenado na justiça comum, nos termos do artigo 1º da *Ley de Fueros* (ARGENTINA, 2000).

Quanto ao presidente da república, não há previsão expressa de *fuego* na *Constitución de La Nación Argentina*, no entanto, o artigo 53 estabelece que o Presidente somente poderá ser acusado, por crimes comuns ou de responsabilidade, perante o Senado por pedido da Câmara dos Deputados (ARGENTINA, 1994). O *Código Procesal Penal Federal* (Decreto 118/2019) da Argentina dispõe em seu artigo 36 que o Ministério Público Fiscal deverá observar o procedimento previsto na lei ao formalizar a investigação em face de um legislador, funcionário ou magistrado sujeito a *desafuero* (ARGENTINA, 2019).

Verifica-se, portanto, que diante da ausência de previsão de uma jurisdição penal originária em tribunais superiores para o julgamento de pessoas que ocupam cargos políticos, não há, *a priori*, um conflito com o direito ao duplo grau de jurisdição para estes réus. Isso

⁸ “Artículo 69.- Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho.”

⁹ “Artículo 70.- Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento.”

¹⁰ “Artículo 68.- Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador.”

porque as imunidades parlamentares não influenciam no direito de recorrer e o novo Código de Processo Penal Argentino prevê o direito a recurso para todos os réus nos seguintes termos: “*artículo 21.- Derecho a recurrir. Toda persona tiene derecho a recurrir la sanción penal que se le haya impuesto ante otro juez o tribunal con facultades amplias para su revisión*”(ARGENTINA, 2019).

Por fim, cumpre destacar que o Estado Argentino foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por descumprimento do direito ao duplo grau de jurisdição no caso *Mendoza y Otros vs. Argentina* porque o recurso previsto na época admitia apenas a revisão das questões de direito, descumprindo com o critério da ampla revisão da sentença que inclui também as questões de fato (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS E MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 2013). Nota-se que o texto do novo Código de Processo Penal aprovado em 2019 expressamente menciona a ampla revisão por outro juiz ou tribunal como requisitos do direito de recorrer, como uma alteração legislativa que contempla o disposto no artigo 8.2.h da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

3.3. PARAGUAI

O ordenamento jurídico do Paraguai não prevê jurisdição diferente da ordinária para o processamento e julgamento de ações penais em face de autoridades públicas e políticas (PARAGUAI, 1992). O tratamento diferenciado que existe para os membros da Câmara dos Deputados, Senadores e Magistrados, é a imunidade pelas palavras e opiniões manifestadas no exercício das suas funções e a proibição da prisão em flagrante dos ocupantes daqueles cargos públicos, conforme artigo 255 Constituição do Paraguai (PARAGUAI, 1992).

O artigo 191¹¹ da Constituição do Paraguai garante que deputados e senadores não podem ser presos desde o dia da eleição até o final do exercício das funções, exceto em caso

¹¹ “*Artículo 191 - DE LAS INMUNIDADES Ningún miembro del Congreso puede ser acusado judicialmente por las opiniones que emita en el desempeño de sus funciones. Ningún Senador o Diputado podrá ser detenido, desde el día de su elección hasta el cese de sus funciones, salvo que fuera hallado en flagrante delito que merezca pena corporal. En este caso, la autoridad interviniente lo pondrá bajo custodia en su residencia, dará cuenta de inmediato del hecho a la Cámara respectiva y al juez competentes, a quien remitirá los antecedentes a la brevedad. Cuando se formase causa contra un Senador o un Diputado ante los tribunales ordinarios, el juez lo comunicará, con copia de los antecedentes, a la Cámara respectiva, la cual examinará el mérito del sumario, y por mayoría de dos tercios resolverá si ha lugar o no desafuero, para ser sometido a proceso. En caso afirmativo, le suspenderá en sus fueros.*”

de delitos que tenham pena corporal, devendo ser imediatamente avisada a Câmara a que pertence o parlamentar, bem como o juiz competente. Nos casos em que ocorrer a prisão, esta se dará por meio de custódia domiciliar até a comunicação para a casa legislativa a que pertence o acusado (PARAGUAI, 1992).

Além disso, sempre que apresentada uma denúncia em face de um senador ou deputado, o juiz competente deve enviar uma cópia dos autos para a Câmara que irá realizar uma análise sumária do mérito e deverá decidir por maioria de dois terços se é realizado ou não o *desafuero* para que o parlamentar seja submetido ao processo. Ou seja, não há previsão de jurisdição originária de tribunal superior para processar e julgar os ocupantes destes cargos, mas há, a necessidade de *desafuero* para que eles possam ser processados e julgados pelas instâncias ordinárias (PARAGUAI, 1992)

O artigo 328¹² do *Código Procesal Penal* do Paraguai dispõe sobre o procedimento de *desafuero*, como a remoção dos obstáculos fundados em privilégios ou imunidades estabelecidas na Constituição. Além disso, também determina que as imunidades constitucionais não se estendem aos corrêus que não as possuam, devendo o processo continuar em face destes (PARAGUAI, 1998).

A Constituição prevê também a possibilidade de juízo político em face do Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros da Suprema Corte de Justiça, Membros do Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, Fiscal Geral do Estado, Defensor Público, Controlador Geral e Subcontrolador Geral da República. Nos termos do artigo 225¹³ somente poderão ser submetidos a juízo político pelo mal desempenho das funções, pela prática de crimes no exercício dos seus cargos ou ainda pela prática de delitos comuns. Nos casos de delitos comuns, os autos serão encaminhados para a justiça ordinária (PARAGUAI, 1992).

Quanto ao direito ao recurso em geral, este está previsto nos artigos 449 e seguintes do *Código Procesal Penal* do Paraguai. Os recursos previstos se aplicam para aqueles que

¹² “Artículo 328. DESAFUERO. Cuando se opongan al procedimiento obstáculos fundados en privilegios o inmunidades establecidos en la Constitución Nacional, se procederá conforme a ésta, según el caso, de las siguientes maneras: (...)”

¹³ “Artículo 225 - DEL PROCEDIMIENTO El Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes. La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos, En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria.”

possuem imunidades constitucionais, uma vez que sendo realizado o *desafuero* o procedimento penal tramitará na justiça comum (PARAGUAI, 1998).

Verifica-se, portanto, que no Paraguai, assim como na Argentina, existem imunidades parlamentares de opinião e de prisão, bem como a necessidade de *desafuero* pela casa legislativa para que o deputado ou senador seja processado e julgado. Porém, a tramitação do processo criminal se dá perante a justiça comum, de forma que o parlamentar acusado tem direito a todos os recursos previstos no *Código Procesal Penal*. Com base nessas informações, é possível afirmar que não há um conflito com o direito ao duplo grau de jurisdição para réus com foro por prerrogativa de função no Paraguai.

3.4. URUGUAI

No ordenamento jurídico uruguaio não há previsão de jurisdição diferenciada da justiça comum para o processamento e julgamento de ações criminais que tenham como réus ocupantes de mandatos eletivos. Isso não significa que não existe um tratamento diferenciado em relação ao processo criminal em face dos ocupantes de cargos no poder legislativo e executivo do país: a *Constitución de La Republica Oriental del Uruguay* (1967) prevê imunidades parlamentares. Ainda, todas as imunidades parlamentares mencionadas se aplicam também para o Presidente e para o Vice-Presidente da República, conforme disposto no artigo 171¹⁴ da Constituição.

Os *fueros parlamentarios* no Uruguai, são as imunidades e garantias jurídicas que os senadores e deputados têm assegurados na Constituição. A primeira imunidade é a de opinião e de votos emitidos no desempenho de suas funções, previsto no artigo 112¹⁵ da Constituição. A imunidade de prisão está assegurada no artigo 113¹⁶ da Constituição, que somente admite a prisão em caso de flagrante delito com imediata notificação para a casa legislativa que integra o acusado. O artigo 114¹⁷ da Constituição traz a terceira imunidade, que

¹⁴“Artículo 171.- El Presidente de la República gozará de las mismas inmunidades y le alcanzarán las mismas incompatibilidades y prohibiciones que a los Senadores y a los Representantes.”

¹⁵“Artículo 112.- Los Senadores y los Representantes jamás serán responsables por los votos y opiniones que emitan durante el desempeño de sus funciones.”

¹⁶“Artículo 113.- Ningún Senador o Representante, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado, salvo en el caso de delito infraganti y entonces se dará cuenta inmediata a la Cámara respectiva, con la información sumaria del hecho.”

¹⁷“Artículo 114.- Ningún Senador o Representante, desde el día de su elección hasta el de su cese, podrá ser acusado criminalmente, ni aun por delitos comunes que no sean de los detallados en el artículo 93, sino ante su respectiva Cámara, la cual, por dos tercios de votos del total de sus componentes, resolverá si hay lugar a la

assegura que nenhum senador ou deputado poderá ser acusado criminalmente por crimes comuns desde o dia da sua eleição até o dia que encerra seu mandato (URUGUAI, 1967).

Esta previsão não significa impunidade para os legisladores uruguaios, visto que assim como na Argentina e no Paraguai, o ordenamento jurídico do Uruguai também prevê a figura do *desafuero*. A segunda parte do artigo 114 da Constituição dispõe que a respectiva câmara a que pertence o parlamentar poderá, por dois terços dos votos, suspender o legislador do seu cargo para que este fique à disposição do tribunal competente para processar a julgar a ação penal.

A exceção ao *desafuero* está prevista no artigo 93 da Constituição, que autoriza a Câmara dos Deputados a abrir processo criminal perante o Senado, em face dos parlamentares, Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Magistrados da Suprema Corte de Justiça, do Tribunal Contencioso Administrativo, do Tribunal de Contas e da Corte Eleitoral, por violação à Constituição ou outros delitos graves (URUGUAI, 1967). Neste caso, não é necessário o *desafuero* para que o processamento e julgamento criminal ocorra. No entanto, nota-se que este se dá perante o Senado e não perante a jurisdição comum. Neste caso o resultado do julgamento é a perda do mandato, com posterior julgamento perante o juízo competente, nos termos dos artigos 102 e 103 da Constituição (URUGUAI, 1967).

A *Suprema Corte de Justicia* do Uruguai não possui entre as suas competências o julgamento de ação penal originária em razão de foro por prerrogativa de função. A competência penal originária da *Suprema Corte de Justicia* prevista no artigo 239, inciso 1, da Constituição se dá pela matéria: a Corte julga originariamente, em matéria penal, todos os que cometem infrações contra a Constituição e contra o “*Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo*” (URUGUAI, 1967).

A Corte também tem competência originária para (i.) assuntos relativos a tratados, pactos e convenções internacionais com outros Estados; e (ii.) para conhecer as causas dos diplomatas no país nos casos previstos pelo Direito Internacional. Ainda, o *Código del Proceso Penal* do Uruguai traz em seu artigo 23 a competência da *Suprema Corte de Justicia* em matéria penal, o que reitera a competência em razão da natureza nos casos previstos na Constituição, bem como elenca a competência recursal da Corte (URUGUAI, 2014).

formación de causa, y, en caso afirmativo, lo declarará suspendido en sus funciones y quedará a disposición del Tribunal competente.”

O sistema recursal do Uruguai previsto no *Código del Proceso Penal* do Uruguai abrange três tipos de recursos, o recurso de *apelación* (artigo 361 até o artigo 365) contra as sentenças dos juízes letrados de primeira instância e interposto perante os *Tribunales de Apelaciones en lo Penal*; o recurso de *casación* (artigos 368 até 369.4) contra as sentenças definitivas em segunda instância dos tribunais de apelação; e o recurso de *revisión* (artigos 370 até 377) contra as sentenças condenatórias definitivas “*pasadas en autoridad de cosa juzgada, dictadas por cualquier tribunal*” (URUGUAI, 2014). Tanto o recurso de *casación* como o recurso de *revisión* são interpostos perante a *Suprema Corte de Justicia*.

No Uruguai, portanto, assim como na Argentina e no Paraguai, não há um foro por prerrogativa de função na forma que existe no Brasil, com competência originária da Corte Constitucional. O que existe é a previsão de *fueros parlamentarios*, que se aplicam também ao Presidente e Vice-Presidente da República, que consistem em imunidade de voto e opinião, imunidade de prisão e imunidade processual até que ocorra o procedimento do *desafuero*. Ou seja, somente após a Câmara dos Deputados ou o Senado entenderem que há formação de causa e suspenderem o deputado ou senador para que fique à disposição para ser processado e julgado pelo tribunal competente. Uma vez realizado o *desafuero* do *fuero parlamentario*, a tramitação do processo se dá perante a justiça comum, de forma que o acusado tem direito a todos recursos previstos no *Código Procesal Penal*. Assim, não há um conflito com o direito ao duplo grau de jurisdição para réus com foro por prerrogativa de função no Uruguai.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese inicial de que a integração como bloco político-econômico não significa que há unidade nesse tratamento e de que os países pesquisados não efetivam o direito ao duplo grau de jurisdição para réus com foro por prerrogativa de função nos termos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não foi totalmente confirmada pelos resultados encontrados ao longo da pesquisa. A integração como bloco político-econômico de Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai não se reflete em tratamento uniforme quanto à garantia processual penal do foro por prerrogativa de função. Já o tratamento que cada país dá aos réus com foro por prerrogativa de função são distintos. Cada caso possui uma particularidade.

No Brasil o foro por prerrogativa de função se dá pela previsão Constitucional de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar pela prática

de crimes comuns os ocupantes de determinados cargos públicos. Contudo, esta previsão de instância originária no STF, que é a Corte Superior do país, não vem acompanhada de uma previsão recursal adequada ao disposto no artigo 8.2.h da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Há, portanto, uma incompatibilidade entre a previsão internacional e o regramento jurídico interno brasileiro acerca do tema e o país descumpre a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos ao manter essa forma de tratamento jurídico aos réus de ações penais originárias do STF.

Na Argentina não há previsão no ordenamento jurídico de jurisdição distinta para o processamento e julgamento de ocupantes de cargos políticos. No entanto, há um tratamento diferenciado para estes quando cometem delitos, são as chamadas imunidades parlamentares de opinião e prisão previstas na Constituição. Estas imunidades, que são chamadas de *fueros*, podem ser removidas por meio do procedimento de *desafuero*. Na prática o *desafuero* autoriza que o condenado que possui alguma imunidade constitucional cumpra a pena a que foi condenado pela justiça comum. Assim, diante da ausência de previsão de uma jurisdição penal originária em tribunais superiores para o julgamento de pessoas que ocupam cargos políticos, não há conflito com o direito ao duplo grau de jurisdição para estes réus na Argentina.

No Paraguai também não há previsão de jurisdição distinta da ordinária para o processamento e julgamento de ações penais em face de autoridades públicas e políticas. A Constituição do Paraguai prevê imunidades de opinião e de prisão para os membros da Câmara dos Deputados, Senadores e Magistrados. O *desafuero* no ordenamento jurídico paraguaio remove as imunidades estabelecidas na Constituição para estes réus ao suspendê-los de suas funções e os colocarem à disposição para processamento e julgamento pela jurisdição competente. Não há, portanto, um conflito com o direito ao duplo grau de jurisdição para réus com foro por prerrogativa de função no Paraguai.

No Uruguai a Constituição prevê imunidades parlamentares e não há previsão de jurisdição distinta da comum para o processamento e julgamento de ações penais em face de ocupantes de mandatos eletivos. As imunidades constitucionais são: imunidade de opinião, imunidade de prisão e imunidade de persecução penal. Estas imunidades podem ser afastadas por meio do *desafuero* e o parlamentar fica a disposição para ser processado e julgado pela justiça comum, com direito a todos os recursos previstos no *Código Procesal Penal*. Assim,

não há um conflito com o direito ao duplo grau de jurisdição para réus com foro por prerrogativa de função no Uruguai.

Portanto, sintetizando, a resposta para a pergunta de pesquisa sobre como os países do bloco econômico do Mercosul tratam em sua legislação o direito ao duplo grau de jurisdição para os réus com foro por prerrogativa de função considerando sua adesão à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema é de que o Brasil prevê ações penais originárias pela Corte Superior do país sem direito a recurso para um juiz ou tribunal superior, incorrendo em violação ao artigo 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos termos da interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Já os demais países membros do Mercosul, Argentina, Paraguai e Uruguai, possuem, cada qual com suas particularidades, a figura do *desafuero* que permite o processamento e julgamento dos réus com prerrogativas constitucionais sejam julgados pelas instâncias judiciais ordinárias, e, portanto, tenham direito a todos os recursos previstos no ordenamento jurídico do país, de forma que cumprem o disposto no artigo 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

- ACEVEDO, Euclides; ARAÚJO, Ernesto. BUSTILLO, Francisco; SOLÁ, Felipe. **MERCOSUR 30 años – 1991-2021**. Edición Conmemorativa. Disponível em: <https://www.mercosur.int/documento/mercosur-30-anos-1991-2021-edicion-conmemorativa/>. Acesso em 20 de mai. 2021.
- ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina (1994)**. Disponível em: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/convenciones/inicio/Institucional> Acesso em: 17 mai. 2021.
- ARGENTINA. Código Procesal Penal Federal. Decreto 118/2019. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/319681/norma.htm>. Acesso em 17 mai. 2021.
- ARGENTINA. Ley de Fueros nº 25.320 de 2000. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25320-64286>. Acesso em 17 mai. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 16 mai.2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem na Ação Penal 937/RJ**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 03 de maio de 2018. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>. Acesso em 16 de mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Vigésimo Quinto Agravo Regimental na Ação Penal 470/ MG**. Agravante: Cristiano de Mello Paz; Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 451**. A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Brasília, DF, Supremo Tribunal Federal (1964). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2035>. Acesso em 16 set. 2021.

CASARA, Rubens R.R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: Em busca de uma Compreensão Adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo Penal e Democracia – Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 495-510.

CASTILLO, Javier Calderón; ESTER, Bárbara. **Fueros parlamentários y presidenciales em Latinoamérica**. Centro Estratégico de Latinoamericano de Geopolítica. Disponível em: <https://www.celag.org/fueros-parlamentarios-presidenciales-latinoamerica/>. Acesso em 27 mai. 2021.

CARVALHO, Ernani; GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Pretores condenando a casta? A atuação do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do “foro privilegiado”**. Revista de Estudos Empíricos em Direito. DOI 10.19092/reed.v8i.524. Vol. 8, 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E MINISTÉRIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. **Diálogos: el impacto do Sistema Interamericano em el ordenamiento interno de los Estados**. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogos.pdf> Acesso em 15 mai.2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname**. Sentença de preliminares, mérito, reparações e custas de 30 de janeiro de 2014. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf. Acesso em 15 mai. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela**. Sentença de mérito, reparações e custas de 17 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf Acesso em 15 mai. 2021.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 127.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. Lumen Juris, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San José: 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 15 mai.2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **B-32: Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San José: 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm. Acesso em 20 mai. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE IDH. **ABC de La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Él qué, como, cuándo, donde y porqué de la Corte Interamericana**. San Jose, Corte IDH, 2017, p. 08. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf> Acesso em: 15 mai.2021.

PARAGUAI. **Constitucion de la República de Paraguay (1992)**. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/py_3054.pdf . Acesso em 26 mai. 2021.

PARAGUAI. **Código Procesal Penal**. Ley nº 1286/1998. Disponível em: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/203/ley-n-1286-codigo-procesal-penal>. Acesso em 26 mai. 2021.

PARAGUAI. **Ley nº 609 de 1995 que organiza la Corte Suprema de Justicia**. Disponível em: https://www.pj.gov.py/descargas/ID960_ley_609_95.pdf. Acesso em 26 mai. 2021.

SPECTOR, Horácio. **Fueros o privilegios parlamentarios – Inmunidades legislativas**. Disponível em: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/F/fueros_inmunidades.html. Acesso em 05 de jun. 2021.

URUGUAI. **Constitución de la República (1967)**. Disponível em: <https://www.presidencia.gub.uy/normativa/constitucion-de-la-republica> . Acesso em 16 nov. 2020.

URUGUAI. **Codigo del Proceso Penal (2014)**. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/codigos?page=1> . Acesso em 29 de mai. 2021.

URUGUAI. **Poder Judicial – Reglamento de Oficinas**. Disponível em: <https://www.poderjudicial.gub.uy/transparencia/reglamentos-de-oficinas.html> Acesso em 29 de mai. 2021