

## 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

## 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 desagrade. 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 quanto formais da decisão.

Paceli (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 ofício, 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 rejuizado 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 desagrade 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 máquina 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.

Sobre o assunto, o autor da presente monografia se dedicou em outro texto, onde já ponderou que a norma princípio difere-se da regra por inúmeros atributos, dentre eles, o concernente à interpretação. 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.

Paceli (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 feita, 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 Costa 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 o autor da presente entende 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:

Ficou demonstrado na primeira seção da presente monografia, a importância de compreender a sistemática da competência criminal. Dentro dessa esfera, há a presença da classificação da competência em material, formal e território. 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 socioeconômica, filiação político-partidária, título nobiliárquico, círculo de relações pessoais etc) do acusado (o chamado foro *ratione 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 vêniam, 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 dispõe 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 functionae* do STF. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 22, vol. 106. Jan-fev/2014**.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais 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](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.