

Ação Penal 470, o Direito ao contraditório e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Eduardo Biacchi Gomes

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Brasil.
Pós-Doutorado pela Universidade de Barcelona / Universidade Federal do Rio de Janeiro -UFRJ, Espanha
Professor pelo Centro Universitário Internacional, UNINTER, Brasil
ebgomes@me.com

Luis Alexandre Carta Winter

Doutor em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo, USP - Brasil.
Professor pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR - Brasil
luisalexandrecartawinter@yahoo.com.br

Aline Ferreira Montenegro

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Brasil.
ebgomes@me.com

Resumo: O Caso do “mensalão” deu azo a uma repercussão e a uma publicidade inobserváveis outrora no ordenamento jurídico brasileiro. Esses fatores corroboraram para a formação de um clamor social *sui generis*, por uma punição rápida e exemplar, todavia é imperioso salientar que o julgamento está inserido no ambiente de um Estado Democrático de Direito, e, portanto, as garantias processuais, das quais todo acusado tem direito, devem ser observadas.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Estado Democrático de Direito; garantias processuais.

Introdução

A história é repleta de casos emblemáticos que receberam a atenção de grande número de pessoas envolvidas no contexto fático que circundava a celeuma. Na recente história brasileira pode-se destacar o julgamento da ação penal nº 470 como o maior exemplo de evento ao qual se concedeu uma publicização assaz exacerbada.

O referido caso penetrou na vida da maioria dos brasileiros por intermédio dos jornais, dos programas de televisão, da internet, sendo alvo de discussão e comentários nos mais variados âmbitos da vida dos brasileiros. Devido à repercussão e publicidade gozada pelo denominado “caso do mensalão” criou-se um clamor popular muito grande visando-se à condenação rápida e eficiente dos acusados. Isso apenas foi potencializado devido ao fato dos tipos penais imputados aos réus estarem intimamente ligados a uma das principais causas (senão a principal) de grande parte dos problemas e da ineficiência do Estado brasileiro: a corrupção.

Quando toda essa carga emotiva contamina um julgamento cria-se um ambiente favorável ao desrespeito de garantias processuais constitucionalmente consagradas, ou mesmo trazidas por intermédio de tratados internacionais anteriormente ratificados, em prol da suposta proteção de alguns institutos vagos tais como a “ordem pública”, “defesa social”, “clamor social”, entre outros.

O presente artigo visa a expor essa situação, trazendo a baila mais especificamente alguns aspectos jurídicos e processuais relacionados ao julgado, exarado pelo Ministro Celso do Mello, que possibilitou que os Embargos Infringentes opostos pelas defesas, nos termos do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, fossem julgados pela Suprema Corte.

1 Embargos infringentes e o julgamento da ação penal nº 470

A ação penal nº 470, a qual ficou popularmente conhecida como “julgamento do mensalão”, ganhou grande repercussão nacional, tendo sido

acompanhada por grande parte da população brasileira, por intermédio da imensa cobertura realizada pelos mais variados meios de comunicação. Ademais, o interesse *sui generis* da sociedade brasileira deriva-se do sentimento de repúdio à corrupção, em especial na seara política.

Com efeito, criou-se uma grande expectativa em torno da possível condenação dos acusados - pessoas ligadas à política brasileira - em virtude do reconhecimento da prática de delitos relacionados a atos de corrupção. A supracitada condenação de fato ocorreu – ao menos no tocante a vários dos acusados -, iniciando-se logo após o julgamento uma nova discussão, referente à possibilidade, ou não, de interposição de instrumento recursal.

Em que pese nem Código de Processo Penal, nem a Constitucional Federal, como tão pouco a legislação prevejam um recurso para as decisões de mérito prolatadas pelo pleno da Corte Constitucional brasileira, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no seu artigo 333 dispõe da seguinte forma

Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma:

- I – que julgar procedente 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, for desfavorável ao acusado.¹

Outrossim, de acordo com o supracitado diploma regimental em uma decisão não unânime que julgar determinada ação penal procedente seria cabível o instrumento recursal dos Embargos Infringentes. Faz-se mister ressaltar, também, a exigência trazida no parágrafo único do dispositivo em tela, o qual condiciona o cabimento dos embargos, no que

¹ Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2013_versao_eletronica.pdf Acesso em: 02/03/2014

tange às decisões oriundas do Plenário, à ocorrência de no mínimo 04 (quatro) votos divergentes.

Primeiramente, em virtude dos Embargos Infringentes – a serem interpostos em relação a decisões de mérito proferidas pela Corte Constitucional em última e única instância – estarem previstos tão somente em dispositivo regimental, constatou-se a sua legalidade. Outrossim, havia um grande clamor popular, assim como de diversos setores da mídia para que as penas cominadas fossem aplicadas desde logo, uma vez que o processo já possuía 07 (sete) anos de tramitação, tendo em visto que a denúncia foi oferecida pelo Ministério Público Federal em 30/03/2006, sendo o julgamento “finalizado” no ano de 2013.

Essa questão ensejou grande discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sendo que após a votação de 10 (dez) dos 11 (onze) ministros o “placar” apontava para um empate em 5x5, entre aqueles que aprovavam e os que discordavam da possibilidade da interposição do referido instrumento recursal. Destarte, o décimo primeiro e decisivo voto foi de lavra do decano da Corte Constitucional brasileira, o Ministro Celso de Mello.

Em que pese o festejado ministro tenha sido um dos mais duros no tocante à imputação de responsabilidade penal e à cominação de penas aos acusados do “mensalão”, o posicionamento por ele adotado foi favorável à possibilidade de interposição do recurso de Embargos Infringentes.

Os Embargos Infringentes configuram-se como um meio de impugnação de decisões privativo da defesa, cujo principal objetivo é evitar que o julgamento ganhe um viés injusto, tendo em vista que se há divergência entre os julgadores há indícios de que, no mínimo, alguns pontos não se encontram totalmente resolvidos, sendo possível a ocorrência de um resultado diverso².

2 “Trata-se de impugnação privativa da defesa, cuja previsão parece estar fundada no receio de que possa se cristalizar, contra o réu, um julgamento injusto, pois a existência de um voto mais favorável constitui indício de que a solução dada á causa, no mínimo, não é pacífica”. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal: teoria**

O Código de Processo Penal brasileiro traz a previsão do instrumento recursal no artigo 609 (mais especificamente no parágrafo único) disciplinando os Embargos Infringentes de modo semelhante ao disposto no regimento interno da corte constitucional brasileira ³.

Uma das principais nuances relativa aos Embargos Infringentes é a questão da divergência. Ela é o fundamento e limite do referido instrumento recursal, uma vez que se não houver discordância entre o veredicto dos julgadores não será oponível essa modalidade de embargos. Ademais, a matéria a ser discutida no recurso limita-se à divergência, ou seja, nas hipóteses em que a discordância for apenas parcial tão somente serão rediscutidas as questões controversas, aquilo que restou incontroverso não será analisado mais uma vez, conforme se depreende lição de Ada Pellegrini Grinover

Finalmente, observa-se que, no recurso em exame, é a divergência que limita a extensão da matéria que pode ser impugnada. Dessa forma, se o desacordo for total, integral será o reexame da matéria decidida no julgamento que ensejou os embargos; se parcial, a impugnação pela via dos embargos estará limitada ao que ficou decidido sem unanimidade ⁴

Destarte, resta clarividente, no tocante ao julgamento da Ação Penal nº 470, que tão somente os temas que possuírem decisões controvertidas poderão ser objeto de novo julgamento impulsionado pela oposição de Embargos Infringentes. Nesse diapasão, ainda, importa destacar a necessi-

geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 165

- 3 Código de Processo Penal. Art. 609. § 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 de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 21/02/2014
- 4 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance op. cit. p. 168.

dade da ocorrência de no mínimo 04 (quatro) votos divergentes, pouco mais de 1/3 dos 11 julgadores.

Por derradeiro, é imprescindível trazer a baila o trecho do voto do eminente ministro Celso de Mello, no qual ele discorre a respeito da validade da previsão, bem como do manejo, do instrumento recursal ora em apreço, leia-se:

Na realidade, o diploma legislativo em questão, embora pudesse fazê-lo, absteve-se de disciplinar o sistema recursal interno do Supremo Tribunal Federal, o que representou, na perspectiva do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a preservação do conteúdo eficaz da regra inscrita no inciso I do art. 333 do RISTF.⁵

2 A duração razoável do processo como garantia processual do acusado

Aury Lopes JR. é claro ao afirmar que no Processo Penal “forma é garantia”, referência que se faz essencial, pois a observância das regras do processo é fundamental para que todas as garantias constitucionais sejam respeitadas e nenhum abuso ocorra em face, principalmente, daquele que está na posição de acusado ou investigado. Abaixo segue uma passagem da obra do mencionado autor

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie* giuridica processuale, isto é, o conceito de

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal/MG nº 470. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf Acesso em: 24/02/2014. p. 20 e 21.

tipicidade processual e de tipo processual, pois forma é garantia. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil.⁶

Destarte, é mister salientar que não apenas a forma processual, mas o processo penal em si, constituem um plexo de garantias ao acusado, não sendo configurando desde logo como uma punição, mas como um meio de se chegar a ela. Sendo assim, parece nítido que o processo é um rito pelo qual se deve passar a fim de que determinado indivíduo possa a vir ser punido em decorrência da prática criminosa.

Todavia, concomitantemente a isso, o processo é um instrumento que visa a garantir que as regras processuais, bem como os direitos fundamentais do acusado sejam respeitados nesse “caminho”, a fim de que o resultado extraído do julgamento possa ser - em relação a todos os indivíduos envolvidos - o mais próximo possível do ideal de justiça bem como da preservação da dignidade da pessoa humana.

A duração razoável do processo deve ser interpretada primordialmente como uma garantia do processo do acusado, deixando-se a necessidade social de uma resposta ao caso penal, em segundo plano. Esse é um posicionamento defendido à luz do texto constitucional, conforme a estrutura principiológica nele disposta. Em que pese a celeridade do processo seja um direito do acusado, deve-se olhar a celeuma com cautela, conforme alerta Aury Lopes JR

No processo penal, o princípio da celeridade deve ser reinterpretado à luz da epistemologia constitucional de proteção do réu, constituindo, portanto, um direito subjetivo processual do imputado. Sua existência funda-se na garantia de que los procesos

6 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.58.

deben terminar lo más rápidamente que sea posible em interes de todos, pero ante todo em resguardo de La dignidad Del imputado. Somente em segundo plano, numa dimensão secundária, a celeridade pode ser invocada para otimizar os fins sociais ou acusatórios do processo penal, sem que isso, jamais, implique sacrificio do direito de ampla defesa e pleno contraditório para o réu⁷

A celeridade do processo não pode ser imposta a qualquer custo, do contrário haverá o atropelo das garantias fundamentais inerentes ao devido processo penal. Faz-se necessário num primeiro momento observar as regras processuais, garantindo-se ao acusado todos os meios de defesa, visando a um processo penal empiricamente democrático.⁸

O déficit estrutural vislumbrado em todas as instâncias da sociedade brasileira, inclusive no tocante ao Poder Judiciário, é um dos principais fatores que colaboram para a impossibilidade de haver um processo penal célere. Devido a esse fato, deve-se analisar com muito cuidado tentativas de agilizar a tramitação processual, uma vez que na grande maioria das vezes essa aceleração do processo condiciona e é condicionada pela violação de garantias fundamentais do acusado.⁹

7 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 152.

8 Na temática atinente aos recursos, dois são os princípios fundamentais que se defrontam e devem ser conciliados. De um lado, a imposição do princípio da justiça leva a pensar que, quanto mais se examinar uma decisão, mais possível será a perfeita distribuição da justiça. Do outro lado, a observância do princípio da certeza jurídica impõe a brevidade do processo, a exigir que a decisão seja proferida de uma vez por todas, sem procrastinações inúteis, no menor tempo possível. A preocupação dos modernos sistemas processuais tem sido a de conciliar os dois princípios, de modo a encontrar um ponto de equilíbrio, garantindo o duplo grau de jurisdição, sem deixar infinitamente aberta a possibilidade de reexame de decisões.” GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit. p.21

9 “Contudo não se pode cair no outro extremo, no qual a duração do processo é abreviada (aceleração antigarantista) não para assegurar esses direitos, senão para violá-los, atropelando as garantias fundamentais LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v.1. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 186.

A brevidade de um processo, especialmente no que tange aos casos penais geralmente dão azo a um processo penal arbitrário e inquisitório, no qual o acusado ganha status de objeto de prova. Hipóteses como essa violam sobremaneira um processo penal, vislumbrado à luz das garantias constitucionais, tais como o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência.¹⁰

Faz-se oportuno ressaltar, novamente, que a duração razoável do processo é uma garantia individual do acusado, a qual deve ser observada a fim de que o indivíduo que responda a um processo penal não sofra com os ônus e embaraços de ser um acusado penal por demasiado período de tempo. Esse pensamento é muito bem sintetizado por Leonardo Costa de Paula, veja-se:

A duração razoável do processo é garantia individual. Sua vinculação se dá diretamente àqueles envolvidos dentro da relação jurídica que é objeto do processo. Como o foco é o processo penal, deve-se ter em mente que a duração do processo é uma garantia do acusado, pessoa que sofre diretamente os danos pela dilação indevida.¹¹

A análise, mesmo que breve, da duração razoável do processo faz-se imprescindível no presente trabalho acadêmico, uma vez que em relação ao

10 Como define PASTOR, não há nada mais demonstrativo de arbitrariedade de um procedimento que os juízos sumários ou sumaríssimos em matéria penal, pois eles impedem que o imputado possa exercer todas as faculdades próprias de um processo penal adequado à Constituição democrática. Isso nos remete a um primeiro ponto de partida, que é analisar o problema a partir da perspectiva dos direitos do imputado. O processo penal reclama tempo suficiente para satisfação com plenitude, de seus direitos e garantias processuais.”. *idem*.

11 DE PAULA, Leonardo Costa. **Duração razoável do processo no projeto de lei 156/2009**. *in*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 203.

caso em tela (“mensalão”) havia um enorme clamor social por um cumprimento de pena instantâneo em detrimento da aceitação da possibilidade de oposição dos Embargos Infringentes. Destarte, é necessário ter-se em conta que um processo penal célere é, antes de tudo, um direito do próprio acusado, necessitando-se conjugá-lo com outros princípios, entre eles o da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.¹²

Nessa sentido segue o entendimento de Leonardo Costa de Paula o qual afirma que a despeito da opinião midiática, a duração razoável do processo não é vinculada tão somente a uma resposta efetiva para a sociedade¹³.

3 A garantia ao duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição configura-se como o direito individual do sujeito prejudicado por uma decisão judicial de possuir a faculdade de encaminhar o seu caso, por intermédio de recurso, a tribunal hierarquicamente superior, a fim de que outros julgadores possam analisar os elementos de fato e de direito, decidindo novamente o caso, concedendo-se, com isso, maior segurança e legitimidade ao decreto judicial¹⁴.

12 “Se depreende da digressão tratada que a duração razoável do processo é um meio termo entre a aplicação irracional de uma punição que não respeite a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e que vá se espraiando pelo tempo, permitindo a perda da prova, aviltando o direito do réu, uma vez que o próprio processo é tido como uma pena indireta”. *ibid.* p. 206.

13 Continua o autor: “O cuidado que se deve ter, portanto, quando se fala na demora ou não do processo embute duas questões imprescindíveis: a primeira, que o processo não pode ser tão rápido que não seja possível a colheita de prova suficiente para uma resposta judicial adequada, de outro lado, que não se permita ao processo durar tanto que a essência da prova seja perdida e ainda, que o acusado sofra com a duração demasiada de um processo, que por si só já é uma mazela” *ibid.* p.204

14 “A exigência do duplo grau de jurisdição, enquanto 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. 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.” PACELLI, Eugenio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 886.

O supracitado princípio recebe muitas críticas da jurisprudência, tanto na esfera penal, quanto na seara cível, principalmente em virtude da ausência de previsão expressa no texto constitucional. A fundamentação em prol do duplo grau de jurisdição era um corolário de alguns outros princípios, entre eles a ampla defesa, o devido processo legal, e mesmo da própria lógica atinente ao ordenamento jurídico pátrio.

Essa discussão pendeu para o reconhecimento do princípio ora em apreço a partir do momento em que o Brasil ratificou o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), uma vez que o referido documento prevê o direito ao duplo grau de jurisdição no artigo 8º, item 2, aliena h, taxando como garantia mínima de toda a pessoa o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.¹⁵

Ada Pellegrini Grinover corrobora com o entendimento supraexposto, aduzindo que o duplo grau de jurisdição passou a vigorar, a partir de 1992, como norma supralegal

Seja como for, um sistema de juízo único fere o devido processo legal, que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático. E a partir de 1992, pela ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o princípio do duplo grau integra o direito positivo brasileiro, em nível supralegal, mediante a norma do art. 8, n. 2-h, do

15 “Pode-se afirmar, assim, que a garantia do duplo grau, embora só implicitamente assegurada pela Constituição brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada jurisdição superior. Em outro enfoque, que negue tal postura, a garantia pode ser extraída do princípio constitucional da igualdade, pelo qual todos os litigantes, em paridade de condições, devem poder usufruir ao menos de um recurso para a revisão das decisões, não sendo admissível que venha ele previsto para algumas e não para outras.” GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit. p. 23. Convenção Americana de Direitos Humanos: Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em 21/02/2014.

Pacto, que assegura ao acusado o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 16

Aury Lopes JR. destaca, ainda, que a Convenção Americana de Direitos Humanos possuiria uma natureza materialmente constitucional, apenas não detendo o viés formal de uma norma constitucional visto que não foi objeto do trâmite especial para reconhecimento de determinada norma como constitucional. Portanto, diplomas legislativos infraconstitucionais que contrariem disposições do Pacto de São José da Costa Rica não fazem jus à eficácia, uma vez que inconstitucionais.¹⁷

Nesse diapasão encontra-se o posicionamento do eminente Ministro Celso de Mello, segundo o qual o processo penal deve garantir todos os meios de recurso à defesa, definindo os tribunais e processos como espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus contra eventuais excessos da maioria.¹⁸

O ilustre ministro assevera também que o processo penal é uma garantia instrumental, limitando a atuação do Estado, em prol da defesa efetiva dos acusados

Nesse sentido, o processo penal representa uma fundamental garantia instrumental de qualquer réu, em cujo favor – é o que impõe a própria Constituição da República - devem ser assegura-

16 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit. p. 23.

17 Feito esse esclarecimento, com BADARÓ concluímos que a CADH, diante do disposto nos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição, tem natureza materialmente constitucional, embora formalmente suas normas não sejam constitucionais, por não terem sido aprovadas pelo *quorum* previsto para as emendas constitucionais. De qualquer forma, do ponto de vista do conflito de normas, é de se destacar que toda e qualquer norma infraconstitucional que está em confronto com a CADH será destituída de eficácia, posto que inconstitucional. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v.1. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 156.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal/MG nº 470. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf

rados todos os meios e recursos inerentes à defesa, sob pena de nulidade radical dos atos de persecução estatal.

O processo penal figura, desse modo, como exigência constitucional (“nulla poena sine iudicio”) destinada a limitar e a impor contenção à vontade do Estado e à de qualquer outro protagonista formalmente alheio à própria causa penal.¹⁹

O duplo grau de jurisdição pressupõe a existência de um único reexame, não abrangendo demais recursos que potencializam o número de instâncias revisoras da decisão impugnada²⁰. Schietti elenca como características principais do princípio do duplo grau de jurisdição o controle de qualidade, a confiabilidade, a maior experiência dos juízes e a decisão colegiada.

Ocorre que, em relação à possibilidade de impugnação de decisão proferida na corte suprema algumas das nuances acima expostas não são vislumbradas, principalmente pelo fato do recurso ser analisado pelos mesmos julgadores que proferiram o decisum condenatório, uma vez que os ministros do Supremo Tribunal Federal compõem o topo da hierarquia do judiciário brasileiro, não havendo nenhum tribunal nacional acima da suprema corte.²¹

Outrossim, os Embargos Infringentes são limitados pela divergência, somente podendo ser opostos nas hipóteses nas quais se vislumbrar controvérsias em relação aos julgadores – na Corte Suprema são necessários ao menos 04 (quatro) votos divergentes -, além do fato da matéria a ser abordada no recurso deverá restringir-se àquela controversa entre os ministros, ou

19 Idem.

20 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 496

21 “Se a Constituição consagra competência originária de determinado órgão judicial e não define o cabimento de recurso ordinário, não se pode cogitar de um direito ao duplo grau de jurisdição, seja por força de lei, seja por força do disposto em tratados e convenções internacionais”. Idem.

seja, é possível, e até mesmo provável, que apenas parcela das vicissitudes do caso penal possa ser rediscutida.

Destarte, no que tange aos Embargos Infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, observa-se que representam um corolário do duplo grau de jurisdição, em que pese não correspondam ao referido princípio de uma forma pura, integral. Com efeito, mesmo que com algumas limitações, a previsão e o manejo dos embargos infringentes coadunam com os preceitos de um Estado Democrático de Direito, configurando-se como um importante instrumento a garantir ao acusado um julgamento amparado pela ampla defesa, principalmente nos casos emblemáticos, os quais via de regra dão ensejo a controvérsias entre os ministros

De mais a mais, a própria configuração de um Estado de Direito Democrático – e aqui reside o fundamento político para o duplo grau – não se compatibiliza com a idéia de um processo penal regido pelo juízo único, avesso ao controle interno pelas partes. Os mecanismos de impugnação dos atos jurisdicionais soam, portanto, como natural conseqüência dos princípios democráticos que informam o sistema jurídico de uma nação, assentada sobre o valor da justiça e da dignidade da pessoa humana, ‘garantia fundamental da boa justiça’²²

A aplicação, mesmo que mitigada, do duplo grau de jurisdição no âmbito da Corte Suprema confere, também, maior legitimidade à decisão dos ministros, uma vez que corrobora com os preceitos democráticos, dando-se azo a um número menor de possíveis críticas e dúvidas as quais a idoneidade do julgamento possa ser submetida.

22 CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 44 e 45).

4 O clamor social e o respeito às garantias fundamentais

No âmbito do processo penal o clamor público dá ensejo a uma suposta necessidade de resposta do poder estatal aos casos penais, sendo especialmente o poder judiciário pressionado a decidir de modo ágil (e de preferência tendo como resultado um decreto condenatório) no caso penal. Essa é a realidade que permeia e perpassa os fatos que ganham grande repercussão social e midiática, tais como o julgamento da Ação Penal nº 470.

O supracitado julgamento foi acompanhado pelos mais variados meios de comunicação, os quais fizeram uma cobertura bastante ampla, transformando o caso do “mensalão” em um verdadeiro espetáculo. A pressão por uma resposta célere, e obviamente condenatória, era imensa, e dela era possível extrair um sentido de que em prol de um julgamento rápido e “efetivo” (com efetividade servindo, *in casu* como sinônimo de condenatório) poder-se-ia abrir mão de diversas formalidades, entre elas garantias fundamentais conferidas aos acusados na esfera penal.

Com efeito, é imprescindível ressaltar que as referidas garantias, entre elas a duração razoável do processo, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição (ainda que em uma modalidade *sui generis*) – sobre as quais já se discorreu no presente artigo –, foram arduamente asseguradas no decorrer de um longo processo histórico de democratização não só do Estado, como do direito.²³ Ademais, faz-se mister salientar a explanação do Ministro Gilmar

23 “ainda que seja realmente criminoso o indiciado e que o crime seja dos mais bárbaros, um largo campo ainda se abre para a atuação da defesa que porá em relevo muitos aspectos da causa, que passariam despercebidos por parte dos julgadores, se contra o rigor da acusação e contra o clamor público não se contrapusesse a argumentação serena e firme de um defensor disposto a cumprir conscientemente o seu dever... A defesa pode, então, ser entendida como o direito individual, irrenunciável e inalienável, daquele contra quem se exercita a atividade punitiva, quanto como garantia de validade do processo penal, pois a sadia existência deste exige, necessariamente, uma “imaneente reciprocidade dialética entre acusação e defesa” AZEVEDO, Noé *apud* CRUZ, Rogério Schietti Machado. *op. cit.* p. 128.

Mendes que destaca a essencialidade concedida pelo texto constituinte originário ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual tem o condão de proteger o homem, a fim de que ele não possa ser tratado como objeto no âmbito de processos judiciais, devendo-se proporcionar a proteção dos indivíduos em face de ofensas e humilhações

A Constituição conferiu significado especial ao princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional (art. 1º, III, da CF/88). Na sua acepção originária, esse princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.²⁴

É imperioso ressaltar que o clamor público é um conceito vago e, portanto, pode ser preenchido da maneira que melhor aprouver a quem possuir o interesse de manipulá-lo, ou apenas lançar-se mão desse subterfúgio. Trata-se de um suposto sentimento da sociedade, todavia esse aspecto também não é dotado de concretude. Quanto maior for a exploração de um fato pelos meios de comunicação, mais potencial de dar azo a um sentimento de insegurança ele terá e, por conseguinte, maior será o clamor social gerado.

Em que pese Odene Sanguiné explorar o assunto mais especificamente em relação à prisão cautelar, a análise por ele realizada é perfeitamente cabível aos mais variados temas de direito e de processo penal, inclusive nas celeumas abordadas no presente trabalho, conforme extrair-se-á da leitura do trecho a seguir

24 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 500.

O alarma social ou clamor público é sem dúvida o mais vago de todos os requisitos da prisão preventiva. Se trata de um estereótipo saturado na maioria das vezes de uma carga emocional sem base empírica, porém que exigirá uma prévia investigação estatística sociológica que meça o efeito social real que o fato haja produzido. O certo é que o alarma social se medirá pela maior ou menor atenção que o fato haja produzido na imprensa ou insegurança, desassossego ou o temor que gera nos cidadãos a execução de determinados delitos ²⁵.

Diante do exposto, resta evidente que ao analisar a Ação Penal nº 470 faz-se necessário atentar-se para as vicissitudes que permeiam o caso concreto, entre elas a repercussão e publicização *sui generis* dos fatos bem como do julgamento, uma vez que o clamor social ao qual se deu ensejo aliado à complexidade da situação fática exige um zelo acima do normal por parte dos julgadores, a fim de que o processo seja mais do que sinônimo de eficiência, tornando-se verdadeiro instrumento de garantias processuais, proporcionando um julgamento idôneo e legítimo aos acusados.

Nesse diapasão, e para finalizar esse tópico, são indispensáveis os termos proferidos pelo Ministro Celso de Mello no acórdão que julgou como possível o manejo dos Embargos Infringes no tocante ao processo do “mensalão”

Se é certo, portanto, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte constitui por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades fundamentais, não é menos exato que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas,

25 SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento de prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). São Paulo: Método. p. 277-279.

como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob de pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal²⁶.

5 O duplo grau de jurisdição em face da competência por prerrogativa de função

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a competência por prerrogativa de função no que tange a julgamentos de casos penais nos quais figurarem como acusados indivíduos que desempenham determinadas funções públicas. Essa competência especializada não é uma proteção à pessoa propriamente dita, uma vez que se visa, por intermédio de um tratamento diferenciado, à especial tutela da função pública, ou do cargo público.²⁷

Ademais, a grande maioria dos “privilegiados” com a supracitada prerrogativa é agente político titular de cargo de mandato eletivo, ou, então, membro do Poder Judiciário ou do Ministério Público. Destarte, resta evidente, que o legislador pátrio visou à proteção de funções públicas essenciais à construção cotidiana de um Estado Democrático de Direito, e que, para além disso, são dotadas de grande visibilidade e publicidade, tendo as respectivas imagens constantemente exploradas pelos mais variados meios de comunicação.

O foro por prerrogativa de função transfere aos tribunais (estaduais ou superiores) a competência originária para julgar os casos penais, ficando,

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal/MG nº 470. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf Acesso em: 24/02/2014. p.3 e 4.

27 MOSSIN, Heráclito Antonio. *Compêndio de processo penal: curso completo*. Barueri: Manole, 2010.

com isso, subtraído o julgamento pelo primeiro grau de jurisdição (varas criminais). Dessa forma, o processo será conduzido, desde o início, por um colegiado de julgadores (Juizes, Desembargadores ou Ministros) detentores de uma vasta experiência profissional, visto que se encontram numa posição mais elevada na carreira, comparando-os com os Juizes de Primeiro Grau.

Os tópicos anteriores analisaram a possibilidade da interposição de embargos infringentes no em face da sentença prolatada pelo Superior Tribunal Federal no tocante à Ação Penal nº 470. Essa celeuma foi gerada em virtude da existência de foro de prerrogativa de função, visto que a competência originária para o julgamento dos acusados foi destinada ao Supremo Tribunal Federal, não sendo possível, por exemplo, a interposição de um Recurso de Apelação para um tribunal hierarquicamente superior.

Discussões a respeito do tema são travadas em outras situações em que se visualiza a competência por prerrogativa de função, como, por exemplo, na hipótese de um prefeito acusado pela prática de um crime comum, o qual, segundo o artigo 29, inciso X, da Constituição Federal de 1988, será julgado originariamente pelo Tribunal de Justiça do Estado em que a comarca por ele dirigida estiver situada.²⁸

O sistema recursal brasileiro não prevê, via de regra, meios de impugnação, em especial Recursos Ordinários – que possibilitem uma nova discussão dos fatos – para os casos penais julgados originariamente em segundo grau de jurisdição. Destarte, em virtude desse vácuo legislativo observa-se uma violação ao princípio do duplo grau de jurisdição²⁹.

Schietti atenta-se para o acima discorrido, denominando-o como uma das “mitigações ao duplo grau”. Aduz o autor que as regras que disciplinam a competência no âmbito do processo penal corroboram para o julgamento de determinados indivíduos originariamente em tribunais aos quais, em regra, são destinados os julgamentos de meios de impugnação.³⁰

28 CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 26/03/2014

29 CRUZ, Rogério Schietti Machado. op. cit. p. 45-46

30 Idem

O autor não condena o esse modus operandi, uma vez que considera que ele se justificaria em virtude da tramitação do processo, desde seu marco inicial, perante o tribunal, somando-se a isso, ainda, a circunstância de ao acusado ser assegurado um julgamento perante um órgão colegiado, garantindo-se, com isso, a idoneidade da decisão.

Na mesma toada segue o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, o qual, conforme já apontado no presente trabalho, defende uma aplicação limitada do princípio do duplo grau de jurisdição. Aury Lopes JR. realiza uma síntese interessante do posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal

FERREIRA MENDES explica que o próprio modelo jurisdicional positivado na Constituição afasta a possibilidade de aplicação geral do princípio do duplo grau de jurisdição. Prossegue o autor, esclarecendo que 'se a Constituição consagra a competência originária de determinado órgão judicial e não define o cabimento de recurso ordinário, não se pode cogitar de um direito ao duplo grau de jurisdição, seja por força de lei, seja por força do disposto em tratados e convenções internacionais (AURY p. 459).³¹

Destarte, percebe-se que o eminente Ministro considera as hipóteses de prerrogativa de função como exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição, não sendo possível aplicar o princípio em todas as espécies de casos. Em que pese o posicionamento colacionado acima, parece oportuno enfatizar o posicionamento do Ministro Celso de Mello.

O duplo grau de jurisdição é um princípio que deve ser aplicado em todos os casos penais, independentemente de serem hipóteses de julgamento originário no Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal. Ademais, os agentes políticos, assim como os agentes públicos, que gozam

31 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. 3. ed. p.459

de prerrogativa de função devem ter a oportunidade de recorrerem dos aspectos fáticos e jurídicos que nortearam o julgamento.

Faz-se necessário assegurar, mesmo que no âmbito do mesmo tribunal, a garantia da interposição do recurso, mecanismo corolário do devido processo legal – garantia fundamental prevista no texto constitucional de 1988. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, deve ser aplicada visando-se à proteção dos indivíduos em face do poder punitivo do estado, ainda mais nos tempos hodiernos, em que a pressão exercida pelos meios de comunicação, sobretudo em casos de grande repercussão, como geralmente são as hipóteses dos acusados que possuem função que lhes garante a competência por prerrogativa de função.

Nesse diapasão, posicionou-se o Ministro Celso de Mello ao argumentar favoravelmente à aplicação do duplo grau de jurisdição nas hipóteses de condenação penal em que houver prerrogativa de foro, leia-se

Esse direito ao duplo grau de jurisdição, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro decretadas, em sede originária, por Cortes Supremas de Justiça estruturadas no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, como obrigatória ³²

Conclusão

O Processo Penal não pode ser entendido como forma de pena, ou mero mecanismo para se atingi-la, pelo contrário, é necessário que se olhe

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal/MG nº 470. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf Acesso em: 24/02/2014

para ele como um meio por intermédio do qual as regras do “jogo” são expressamente previstas, delimitando o âmbito de atuação das partes envolvidas no caso penal, e, com isso, oportunizando ao acusado o usufruto de todas as garantias processuais.

O ordenamento jurídico brasileiro situa-se no âmbito de um Estado Democrático de Direito, no qual há a previsão de diversas garantias, entre elas ampla defesa e o devido processo legal. Em que pese o caso em apreço tenha dado ensejo a um clamor social muito grande, é necessário prestar observância aos direitos dos acusado sob pena de dar azo a um precedente perigoso, em que determinadas garantias são afastadas excepcionalmente.

A prática de crimes, via de regra, causa um sentimento de repúbia no seio social, sendo essa situação potencializada quando se vislumbra isso na esfera política, tão desacredita no tocante à realidade brasileira, contudo, não é razoável atropelar regras processuais em prol de um julgamento mais célere, o devido processo legal merece observância. O professor Geraldo Prado em entrevista concedida ao sítio eletrônico “conjur” alerta para essa questão ao responder a questão “há uma ânsia por justiça a qualquer preço”, conforme trecho a seguir, que além de expor essa controvérsia, encerra o presente trabalho

O crime é sempre algo que choca. É compreensível que a reação da sociedade à notícia do crime seja mais intensa e emocional. O não compreensível é que pessoas com responsabilidade de manter o Estado de Direito ajam como se fossem leigas. Imagina se os médicos escolhessem os pacientes que vão operar pela folha de bons serviços sociais prestados.³³

33 CONJUR. Entrevista com Geraldo Prado. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jul-27/prisao_ao_fica_humana_porque_atinge_ricos?pagina=4 Acesso em: 08/03/2014

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal/MG nº 470. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf Acesso em: 24/02/2014.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em 21/02/2014

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 21/02/2014

CONJUR. Entrevista com Geraldo Prado. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jul-27/prisao_nao_fica_humana_porque_atinge_ricos?pagina=4 Acesso em: 08/03/2014

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 21/02/2014.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Garantias processuais nos recursos criminais. São Paulo: Atlas, 2002.

DE PAULA, Leonardo Costa. Duração razoável do processo no projeto de lei 156/2009. in: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Tradutores Ana Paula Zomer e outros. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade e medidas cautelares diversas: Lei 12403/2011. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal? A bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOSSIN, Heráclito Antonio. Compêndio de processo penal: curso completo. Barueri: Manole, 2010.

PACELLI, Eugenio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013

REGIMENTO INTERNO DO STF. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2013_versao_eletronica.pdf Acesso em: 02/03/2014

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento de prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). São Paulo: Método, PP. 257-295.

▼ recebido em 3 nov. 2014 / aprovado em 25 set. 2015

Para referenciar este texto:

GOMES, E. B.; WINTER, L. A. C.; MONTENEGRO, A. F. Ação Penal 470, o Direito ao contraditório e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 85-108, jul./dez. 2014.