



6

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E A GARANTIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. A COMPETÊNCIA PELA PRERROGATIVA DA FUNÇÃO E A SUA CESSAÇÃO: AUTOS DO PROCESSO PERMANECEM NO ÓRGÃO QUE DETÉM A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA.

The application of the natural judge's principle and the warranty to the double jurisdiction degree. The competence for the function prerogative and your end: the process stay in the organ that has the original competence.

Breno Ferreira Moraiz

Discente da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Amazonas – UFAM.

RESUMO

A aplicação do princípio do juiz natural e da garantia ao duplo grau de jurisdição, quando da cessação da competência pela prerrogativa de função, que acontece no término do mandato legislativo, no âmbito da competência processual-penal, serve para afirmar que os autos do processo devem permanecer no órgão em que inicialmente instruído. Para tanto, defende-se a reabilitação da Súmula n° 394 do Supremo Tribunal Federal, bem como a

constitucionalidade do art. 84, §1º, do Código de Processo Penal. Ao final, conjugam-se argumentos jurídicos para defender a inexistência da garantia ao duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo uma análise técnica da Ação Penal nº 470, conhecida como “Mensalão”, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Competência por prerrogativa de função; juiz natural; duplo grau de jurisdição.

ABSTRACT

The application of the natural judge's principle and of the warranty to the double jurisdiction degree, when it finishes the competence for the function prerogative, that happens when of the end of the legislative mandate, in the field of the procedural-penal competence, it is to affirm that the process should stay in the organ in that initiated. For so much, it defends the rehabilitation of “Súmula nº 394” of Federal Supreme Court, as well as the constitutionality of the art. 84, §1º, of the Code of Penal Process. At the end, there are analyzed juridical arguments to defend the inexistence of the warranty to the double jurisdiction degree in the brazilian juridical system, allowing a technical analysis of the Criminal procedure nº 470, known as "Mensalão", that is in judgment in Federal Supreme Court.

KEYWORDS: Competence for function prerogative; natural judge; double jurisdiction degree.

SUMÁRIO

Introdução; 1. O princípio do Juiz Natural; 2. A constitucionalidade do art. 84, §1º, do Código de Processo Penal; 3. A garantia ao duplo grau de jurisdição; A inexistência de consagração constitucional da garantia ao duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro; 5. A Ação Penal nº 470 (“Mensalão”); Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Pretende-se demonstrar que, quando da cessação da prerrogativa de função, os autos do processo iniciado devem continuar no órgão que detém a competência originária, obedecendo, sobretudo, ao princípio do juiz natural e à garantia ao duplo grau de jurisdição. Para tanto, colacionam-se argumentos de ordem doutrinária e jurisprudencial que corroboram para esse sentido. Atualmente esse ideário é minoritário e tem encontrado resistência para a sua aplicação, mas possui grande arcabouço técnico-jurídico, tendo sido outrora adotado pelo Supremo Tribunal Federal. E isto é assim porque considerado o instituto da prerrogativa de função como um privilégio (equivocadamente), e não uma garantia, como é reconhecido constitucionalmente.

1. O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Defendendo a posição de que, quando da cessação da prerrogativa de função, os autos do processo iniciado devem permanecer no órgão que detém a competência originária, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula nº 394: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício” e a Súmula nº 451: “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional”. É bem verdade que a Súmula nº 394 foi cancelada quando do julgamento de questão de ordem do Inquérito 687/ SP, DJU 09/11/2001. Entretanto, desde sua formulação até o seu cancelamento, ela teve ampla eficácia, sendo inclusive mantidos os julgamentos com base nela. Portanto, seu cancelamento teve eficácia *ex nunc*, e o STF determinou que os processos que estivessem em tramitação naquele Tribunal voltassem à primeira instância.

Na esteira dessa discussão, encontra-se a aplicação do princípio do juiz natural, consagrado no art. 5º, inciso LIII, da Constituição brasileira de 1988, que preleciona: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Depreende-se a chamada competência *ante facto*, pois juiz natural é juiz pré-constituído. Para Tourinho

Filho¹ é “evidente que essa competência persistiria mesmo após a cessação do exercício funcional, desde que a infração houvesse sido cometida durante o exercício do cargo, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem instaurados após a cessação da função”. Continua: “Se a Lei Maior atribuiu ao Supremo Tribunal Federal e a outros tribunais competência para processar e julgar determinadas pessoas em razão do cargo, evidente que a competência pelos crimes cometidos no exercício do cargo não pode ser alterada *post factum*”².

Citando Figueiredo Dias, Tourinho salienta que o princípio do juiz natural apresenta tríplice significado: “a) põe em evidência o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência; b) procura ele explicitar um ponto de referência temporal: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o fato criminoso que será objeto do processo; c) pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente”.

A ideia é, portanto, que o acusado deve ser processado e julgado pela autoridade competente ao tempo da prática da infração. Assim, a competência é determinada pela qualidade do acusado no instante do cometimento da infração que lhe é imputada e não no dia em que o procedimento é instaurado.

Segundo José Afonso da Silva, a garantia do juiz natural é confirmada pela garantia da inexistência de juízo ou tribunal de exceção, constante o inciso XXXVII, do art. 5º da CF/88, sendo uma verdadeira garantia jurisdicional penal: “acolhendo-se aí o princípio do juiz natural, pré-constituído, pelo qual é vedada a constituição de juiz *ad hoc* para o julgamento de determinada causa; admite-se, contudo, o foro privilegiado, mas apenas os indicados na própria Constituição, como o privilégio de Prefeito de ser julgado perante o Tribunal de Justiça (art. 29, X), o de Deputados Federais, de Senadores e Presidente da República de serem processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal”³.

Noutras palavras, desobedecida a competência originária do tribunal para o réu com prerrogativa de função, estar-se-ia mudando as regras do jogo de forma discricionária, desrespeitando a garantia do juízo natural e a segurança jurídica, instituindo-se um verdadeiro juízo de exceção. Segundo esse prisma, tem-se que o cancelamento da Súmula nº 394 violou

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161.

² Idem, p. 162.

³ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. São Paulo: Mallheiros, 2010. p. 439.

a cláusula pétrea de garantia do juiz natural, que nem por emenda constitucional pode ser alterada, haja vista o art. 60, § 4º, da CF/88.

De outro lado, se se admitir o cancelamento da referida súmula, a eficácia deveria ser para o futuro, não admitindo que os processos em tramitação voltassem ao foro comum, pois o litígio deve ser solucionado perante o juízo em que foi iniciado. Defende-se, assim, a constitucionalidade da Súmula nº 394 e sua reabilitação. Reconhecido o contrário, a súmula já nascera inconstitucional, pois havia criado um juiz natural ao arrepio do ordenamento e, por conseguinte, todos aqueles condenados com base nela, deveriam sustentar um juízo revisional, fundamentando na nulidade do juiz incompetente.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 84, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Na mesma esteira, defende-se a constitucionalidade do art. 84, §1º, do Código de Processo Penal, pois ripristinou (parcialmente, porque limitada aos atos administrativos praticados pelo agente) o entendimento constante na Súmula nº 394. Aqui, não se trata, é verdade, como afirmou, equivocadamente, o voto condutor do julgamento da ADIN nº 2797, proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, de uma inconstitucionalidade formal por interpretação inautêntica, muito menos de ampliação de competência do STF por meio de lei ordinária, mas sim de uma interpretação conforme à Constituição, para vincular unicamente os atos administrativos do agente “à circunstância objetivamente verificável de ser o ato relacionado ao exercício do cargo – sem que essa disciplina resulte acréscimo algum de competência dos Tribunais além do que fixado pela Constituição Federal” (trecho do voto do Min. Joaquim Barbosa, ADIN nº 2797). Quanto ao parágrafo segundo, a discussão diz respeito, aí sim, de ampliação de competência do STF para o julgamento de ação de improbidade administrativa, donde se conclui pela inconstitucionalidade formal, pois somente por emenda constitucional pode-se chegar àquele resultado. A discussão nesse caso é maior, porque diz respeito à natureza dos atos, não se podendo fazer analogia entre as ações penais e as ações de improbidade administrativa, como quer a referida lei.

Colaciona-se outro argumento de ordem jurisprudencial: o julgamento que cancelou a Súmula nº 394 teve como fundamento sobrepujante razões de política judiciária. Não se mensurou a desobediência à garantia ao duplo grau de jurisdição nem ao juiz natural,

corretamente, é verdade, porque não há a referida desobediência. Mas, o que chama a atenção, é que dentre as justificativas apresentadas, a maior é que a manutenção da prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal para aqueles que perderam o seu mandato, acabaria por inviabilizar os trabalhos da Corte, pois o exercício daquela competência originária sobrecarregaria ainda mais seus ministros. Para tanto, colacionam-se trechos do voto do Min. Sidney Sanches, relator do Inq 687/SP:

(...)25. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.

26. Além disso, quando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte.

Mas os tempos são outros. Já não são tão raras as hipóteses de Inquéritos, Queixas ou Denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente da República.

E a Corte, como vem acentuando seu Presidente, o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição, enquanto se aguardam as decantadas reformas constitucionais do Poder Judiciário, que, ou encontram fortíssimas resistências dos segmentos interessados, ou não contam com o interesse maior dos responsáveis por elas.

E não se pode prever até quando perdurarão essas resistências ou esse desinteresse.

(...)

31. Se não se chegar a esse entendimento, dia virá em que o Tribunal não terá condições de cuidar das competências explícitas, com o mínimo de eficiência, de eficácia e celeridade, que se deve exigir das decisões de uma Suprema Corte.

Os riscos, para a Nação, disso decorrentes, não podem ser subestimados e, a meu ver, hão de ser levados em grande conta, no presente julgamento. (grifo nosso)

Na direção oposta do Min. Sidney Sanches, e em outro contexto, é bem verdade, quando do julgamento de Questão de Ordem do Inquérito 2245/ 2006, sob o manto do STF, em que se discutia a viabilidade de desmembramento do processo, transferindo os réus sem prerrogativa de foro para julgamento em primeira instância, sobretudo pela inviabilidade da manutenção dos trabalhos da Suprema Corte, frente a mais de quarenta réus, o Min. Eros Grau votou pela manutenção do processo no STF, ponderando: “A Corte deve enfrentar esse desafio. O excesso de trabalho não justifica nada. Trabalho tomando mais de mil decisões por mês. Se tivesse a possibilidade de encontrar motivos relevantes para reduzir a minha carga de trabalho, em nome da qualidade das minhas decisões, eu a alegaria”. Fica, portanto, a lição para o Min. Sidney Sanches e os demais que o acompanharam.

3. A GARANTIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Quanto à alegada ofensa ao duplo grau de jurisdição que a manutenção dos processos na instância originária acarretaria aos detentores de foro por prerrogativa de função, excepcionalmente no foro originário do Supremo Tribunal Federal (pois os processos onde a competência originária é dos demais tribunais – TJ’s, TRE’s, TRF’s, STJ – admitem-se recursos para a instância imediatamente superior, conforme o ordenamento legal), entende-se que essa regra é excepcionada pela própria Constituição quando determina o foro por prerrogativa de função. Noutras palavras, a primeira norma cede frente à segunda, numa aplicação clássica de sopesamento de importância, como salienta José Afonso da Silva no fragmento apontado alhures, bem como Ada Pellegrini e coautores: “Casos há, porém, em que inexistente o duplo grau de jurisdição: assim, *v.g.*, nas hipóteses de competência do Supremo Tribunal Federal, especificada no art. 102, inc. I, da Constituição. Mas trata-se de exceções constitucionais ao princípio, também constitucional. A Lei Maior pode excepcionar às suas próprias regras”⁴.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 81.

Antes de estabelecer a importância desse instituto, é preciso definir sua natureza jurídica. É princípio, regra ou garantia? Segundo Canotilho⁵, as normas podem ser regras ou princípios. Suas diferenças baseiam-se, quanto ao: grau de abstração; grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto; caráter de fundamentalidade no sistema; proximidade da ideia de direito e a natureza normogênica. Simplificando, dado o caráter restritivo das regras e valorativo dos princípios, não se pode incluir o duplo grau de jurisdição em nenhuma das duas classificações.

Resta a opção pela garantia. José Afonso da Silva preleciona que elas se confundem com os direitos, mas é possível fazer sua devida distinção. Isso porque, as garantias são disposições assecuratórias dos direitos. Assim, segundo sua classificação, poder-se-ia compreender o duplo grau de jurisdição como uma “garantia constitucional, porque se caracteriza como imposição, positiva ou negativa, aos órgãos do Poder Público, limitativa de suas condutas, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais”⁶. Restaria concluir que o direito do devido processo legal é garantido, na exata medida e com as devidas mitigações constitucionais, pela garantia do duplo grau de jurisdição, sendo um verdadeiro instrumento, porque serve de meio de obtenção das vantagens e benefícios decorrentes daquele direito que visa garantir. É esse o posicionamento do Min. Joaquim Barbosa, dando ao duplo grau de jurisdição a natureza jurídica de garantia: “É verdade que a estatura de Emenda Constitucional ora dada à Convenção torna o princípio do duplo grau de jurisdição uma garantia de julgamento do recurso por Tribunal Superior” (AI 601832-AgR / SP).

Destarte, sua importância consiste em evitar o arbítrio individual de um único julgador, que às vezes pode proferir decisões conflitantes com o Direito. Visto que o juiz age segundo sua ciência e consciência, ele não está adstrito às teses jurídicas propaladas pelos Tribunais Superiores, em que pese a existência de súmulas vinculantes, que permitem ao insatisfeito valer-se de um sucedâneo recursal diretamente ao Supremo, qual seja, a Reclamação. Assim, a garantia ao duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Livraria Almedina Coimbra. 1993. pp. 165-170.

⁶ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. São Paulo: Mallheiros, 2010. p. 189.

Refletindo sobre a sua positivação, Ada Pellegrini e coautores asseveram: “O duplo grau de jurisdição é, assim, acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive pelo brasileiro. O princípio não é garantido constitucionalmente de modo expresse, entre nós, desde a República; mas a própria constituição incumbe-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos da jurisdição (art. 102, inc.II; art. 105, inc. II; art. 108, inc. II), prevendo expressamente, sob a denominação de *tribunais*, órgãos judiciários de segundo grau (v.g., art. 93, inc. III). Ademais, o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho, leis extravagantes, leis de organização judiciária preveem e disciplinam o duplo grau de jurisdição.”⁷

Permissa venia, discorda-se do pensamento apresentado pelos renomados escritores. É que não há um direito ao duplo grau de jurisdição, e o STF tem reiterado esse posicionamento, “a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito, como nas hipóteses em que outorga possibilidade de recurso ordinário ou apelação para instância imediatamente superior (arts. 102 II; 104, II; 108, II)”⁸. No mesmo sentido, Alexandre de Moraes: “Menciona a Constituição Federal a existência de juízes e tribunais, bem como prevê a existência de alguns recursos (ordinários constitucionais, especial, extraordinário), porém não existe a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição. Dessa forma, há competências originárias em que não haverá o chamado duplo grau de jurisdição, por exemplo, nas ações de competência originária dos Tribunais”⁹. Para tanto, colaciona-se jurisprudências do Supremo Tribunal Federal:

RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EM HABEAS
CORPUS Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento:
29/03/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da
Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1.
Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser
atribuída, **o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda**

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 81.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 495.

⁹ DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85.

clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às

leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. **4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força abrogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.** III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afóra os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos

outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais *ad qua*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada. (grifo nosso)

AI 601832 AgR/SP - SÃO PAULO. AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 17/03/2009.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. **ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.** PRECEDENTE.

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária. 2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, hierarquia constitucional. **3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro,**

isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. 4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição. 5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função e, por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. O agravante foi julgado por 14 Desembargadores Federais que integram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal e fez uso de rito processual que oferece possibilidade de defesa preliminar ao recebimento da denúncia, o que não ocorre, de regra, no rito comum ordinário a que são submetidas as demais pessoas. 6. Agravo regimental improvido. (grifo nosso)

RHC 80919/ SP - SÃO PAULO. RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator: Min. NELSON JOBIM. Julgamento: 12/06/2001. Órgão Julgador: Segunda Turma.

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. PREFEITO. EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. CONCURSO FORMAL. **DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**. REGIME PRISIONAL. DIREITO SUBJETIVO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INDULTO. CRIME CONTINUADO. PENAS ALTERNATIVAS. CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO. [...] **4. No ordenamento jurídico-brasileiro não existe a garantia do duplo grau de jurisdição. A Constituição concede aos Prefeitos foro especial por prerrogativa de função. Determina que sejam julgados originariamente pelo Tribunal de Justiça (CF, art. 29, X).** 5. É possível ao condenado à pena superior a 04 anos e não

excedente a 08, desde que não reincidente, cumprir a pena em regime inicial semi-aberto (CP, art. 33, § 2º, b). Não se trata, porém, dedireito subjetivo. O Juiz deve observar os critérios do CP, art. 59. Inviável em HABEAS. 6. O pedido de indulto deve ser formulado no Juízo da execução penal. O reconhecimento do crime continuado implica em reexame de prova. Inviável em HC. 7. Para a concessão de penas alternativas o agente não pode ter sido condenado à pena superior a 04 anos de reclusão. Ou qualquer que seja a pena se o crime for culposo. O recorrente foi condenado à pena de 04 anos e 06 meses de reclusão. O crime não é culposo. Nem pode ser reincidente em crime doloso. O paciente possui mais de uma condenação. Não cabe HABEAS contra decisão condenatória transitada em julgado. Negado provimento. (grifo nosso)

4. A INEXISTÊNCIA DE CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em sendo assim, a garantia ao duplo grau de jurisdição no direito brasileiro é invocada como sucedâneo recursal. Não se pode afirmar, ademais, que é expressa ou implicitamente prevista no ordenamento brasileiro, pois não consta no rol dos direitos fundamentais do art. 5º e sgts. da Constituição. Nem se afirme ainda, que seria prevista implicitamente pelo §2º do referido art. 5º (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”). Isso porque não há tratado que o Brasil tenha aderido que consagre expressamente a garantia ao duplo grau de jurisdição.

Muito menos poder-se-ia afirmar pela previsão do §3º do referido art. 5º (“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”), haja vista a previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, no seu art. 8º, 2, h: “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.” Explico com a conjugação dos argumentos a seguir colacionados:

Primeiro argumento: o referido tratado foi ratificado pelo Brasil em 25.09.1992, época em que o §3º do art. 5º da CF/88 nem existia, pois foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Assim, por manifesta incompatibilidade temporal, e certamente pela inobservância dos requisitos expressos taxativamente na referida norma constitucional, nega-se o caráter de emenda constitucional ao referido tratado.

Segundo argumento¹⁰: o tratado não impõe o duplo grau de jurisdição, pois tem que ser observado, no ponto, o direito interno. “No Brasil, há pluralidade dos graus de jurisdição, exercida na forma do disposto na Constituição e nas leis processuais. Ora, a Constituição estabelece a competência originária do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento dos agentes públicos que ela menciona (artigo 102, inciso I, “b” e “c”).” Como visto anteriormente, o Pacto de São José assegura o direito de recorrer a juiz ou tribunal superior. No caso, entretanto, tem-se julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que é a Corte Constitucional brasileira, e portanto é mais do que um tribunal superior. Assim, o entendimento de que o Pacto, no artigo 8º, h, obrigaria os Estados a prover, no caso, duplo grau de jurisdição, constituiria interpretação extensiva da referida Convenção. Continua o Min. Carlos Velloso:

“A doutrina internacional, porém, adota, de regra, a interpretação restritiva dos tratados, principalmente quando a interpretação extensiva tiver como consequência limitações à soberania estatal ou a submissão do Estado a uma jurisdição internacional, arbitral ou permanente. [...] No caso, a pretensão seria, na verdade, de subordinação da Constituição à convenção, quando é elementar saber que aquela constitui o ápice da pirâmide legal (Kelsen)”.

¹⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *A Constituição não se subordina a tratados*. Artigo publicado na internet. Consulta em: 30/03/2013.

Terceiro argumento: em não sendo emenda constitucional, o Pacto de São José da Costa Rica tem caráter supralegal, conforme orientação do Supremo. Isto é, tem caráter infraconstitucional, mas porque disciplina Direitos Humanos, está acima do ordenamento jurídico comum, o que permite afirmar que toda e qualquer garantia insculpida nesse tratado, deve ter por base a interpretação constitucional, posto que essa é a Lei Maior. Destarte, a Constituição não pode ser interpretada a partir do tratado, mas sim o contrário: o tratado deve ser interpretado conforme a Constituição. Noutras palavras: se a Constituição mesma se excepciona, trazendo mitigação da garantia ao duplo grau de jurisdição, não cabe a um tratado excepcionar regra constitucional, ampliando sua eficácia indevidamente (por vício de forma), pois só emenda constitucional pode fazê-lo.

Quarto argumento: a própria razão de ser do duplo grau de jurisdição, qual seja, evitar arbítrios desmedidos cometidos por um único julgador. Não é esse o caso de uma Corte composta por 11 ministros, que acabam sendo os revisores natos de qualquer processo sob a relatoria de outro ministro. Destarte, em que pese a figura de um só ministro relator, as decisões do tribunal são resultado de um colegiado, de uma expressão múltipla de vontade, representada pela maioria de seus componentes. Certamente, a necessidade premente de uma revisão restaria satisfeita, isso porque onze juízes julgaram a demanda, e não um só. Para tanto, o Min. Nelson Jobim afirmou: “A inexistência de duplo grau é minimizada pelo exame colegiado” (MI 635/DF, STF).

Quinto argumento: admitida a necessidade de sempre revisar uma decisão de uma Corte Suprema, restaria um ciclo vicioso onde toda e qualquer decisão não se pacificaria, uma vez que sempre submetida a uma entidade superior hierárquica. O professor Nelson Nery Júnior (2003, p.106) preleciona que o duplo grau jurisdicional: "Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser apreciada por órgão de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição do recurso". Assim, pergunta-se: quem seria o guarda do Supremo? Para tanto, cita-se jurisprudência outrora colacionada: “À falta de órgãos jurisdicionais *ad qua*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.” (RHC 79785/ RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EM HABEAS CORPUS, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 29/03/2000).

5. A AÇÃO PENAL Nº 470 (“MENSALÃO”)

Para finalizar, não se poderia deixar de abordar, mesmo que sucintamente, a Ação Penal nº 470, conhecida como o processo do “Mensalão”, que tramita no STF. Os réus condenados arguem a possibilidade de anulação do julgamento pelo desrespeito ao duplo grau de jurisdição, conforme os noticiários, uma vez que por alguns dos acusados terem prerrogativa de foro, todos os demais foram julgados pela máxima instância do país. E o fazem alegando que a Convenção América de Direitos Humanos pretensamente lhes confere essa garantia, como abordado alhures. Entretanto, não merece prosperar o argumento. Com tudo o exposto acima, pode-se colacionar ademais: 1) A reunião para julgamento de todos os réus levou em conta a conexão e a continência entre os diversos crimes praticados, tudo em conformidade com o Código de Processo Penal, arts. 76 e 77; 2) O exame de ações conexas em conjunto tem por escopo a aplicação de duas cláusulas constitucionais: devido processo legal e duração razoável do processo; 3) “O desmembramento pode conduzir a decisões diferenciadas para fatos apreciados fora dos contornos inicialmente vinculados na forma denunciada” (trecho do voto da Min. Cármen Lúcia, no julgamento de Questão de Ordem do Inq. 2245/ STF). Noutras palavras, garante-se a coerência no julgamento e a unidade da jurisdição. Reiteram-se os posicionamentos aqui lançados sobre a incidência do princípio do juiz natural e da garantia ao duplo grau de jurisdição, para afirmar que, no caso em tela, descabe a anulação do referido julgamento, que se presenciou obedecer ao contraditório e à ampla defesa, dados os debates e votos proferidos, e o consumo de quase seis meses de julgamento pela mais alta Corte de Justiça do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todas as razões aqui apresentadas, defende-se que no caso de cessação da competência por prerrogativa de função quando do término de mandato legislativo, os autos do processo devem permanecer no órgão que detém a competência originária, nos casos de crimes praticados durante o tempo do mandato, pois é esse o legítimo órgão competente constitucionalmente.

E isto é assim para zelar até mesmo pelo bom andamento processual, na busca pela justiça célere, uma vez que o processo será julgado por aquele órgão que realizou toda a sua instrução probatória, e que, portanto, lidou mais com ele que qualquer outro julgador. Caso contrário, abrir-se-ia novo prazo para uma nova dilação, a depender do grau de convencimento do novo órgão julgador. E nesse caminho a prescrição corre incessantemente, sempre pronta para alcançar a extinção da punibilidade de condutas delituosas que existiram, e que eram típicas, ilícitas e culpáveis, mas que por um jogo de regras processuais, encontram a sua impunidade.

Nesse diapasão, a visão aqui exposta defende o combate à impunidade e a máxima efetividade das normas constitucionais, numa condizente interpretação sistemática, garantindo a força normativa da Constituição, e reiterando aquilo que Konrad Hesse, em “A Força Normativa da Constituição”, chama de “vontade de Constituinte”, a qual todos sabem ser objeto da República brasileira: a moralidade pública.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Livraria Almedina Coimbra. 1993.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *A Constituição não se subordina a tratados*. Artigo publicado na internet. Consulta em: 30/03/2013.