



Enero 2016 - ISSN: 1988-7833

O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Ricardo de Jesus Colares de Oliveira

Orientador: MSC Sebastião Ricardo Braga Braz

RESUMO

Este trabalho discorre a respeito do Duplo Grau de Jurisdição como Direito Fundamental Implícito da Carta Brasileira de 1988 e sua interpretação motivada por ideologias políticas e sociológicas por parte dos juízes da Corte Constitucional Brasileira, ao negar tal direito aos réus da Ação Penal 470. Tal análise é fruto de vasta pesquisa bibliográfica, que entre outros considerou a observância de normas que regem o direito constitucional internacional e sua aplicação prática no mundo jurídico e quais os reflexos disso internamente nos países signatários do Pacto de San Jose da Costa Rica. Tendo assim observado, que no todo a referida ação penal, exerceu importante papel no combate a impunidade na história recente do Brasil, porém cometeu desproporções, ao negar o duplo grau de jurisdição, concedendo a todos os acusados o direito a não revisão das sentenças até mesmo aos réus que não possuíam foro por prerrogativa de função.

Palavras Chaves: Foro por Prerrogativa do Função; Supremo Tribunal Federal; Mensalão, Efetividade dos Pactos Internacionais; Constituição.

ABSTRACT

This work talks about the Double Degree Jurisdiction as Fundamental Right Implicit the Brazilian Constitution of 1988 and its interpretation motivated by political and sociological ideologies by the judges of the Brazilian Constitutional Court, in denying that right to defendants of criminal action 470. Such analysis It is the result of extensive literature search, which among other considered the observance of rules governing international constitutional law and its practical application in the legal world and what consequences it internally in the signatory countries of the Pact of San Jose of Costa Rica. Having thus observed that in all the said criminal action, played an important role in combating impunity in the recent history of Brazil, though committed disproportions, to deny the two levels of jurisdiction, giving all the accused the right not to review of sentences even to defendants who had no liner by prerogative function.

Key Words: Lining for Prerogative Function; Federal Supreme Court; Monthly allowance, Effectiveness of International Covenants; Constitution.

INTRODUÇÃO

Fruto de um momento político e social vivido por mais de duas décadas de vigência do Regime Militar, que dentre outras coisas, cerceou do cidadão brasileiro liberdades de pleno exercício de seus direitos fundamentais, a Carta Brasileira promulgada em Outubro de 1988, é considerada quanto ao modo de elaboração dogmática ou histórica, e analítica quanto à sua extensão dado esse momento de repressão de direitos vividos em outrora.

O texto normativo dispõe, através de seu Bloco de Constitucionalidade, de um extenso número de Direitos e Garantias Fundamentais, por todo ele e também por leis que fazem parte da legislação extravagante do país. O que define também, dentre outros, seu caráter garantista e rígida quanto a modificação de seus comandos, ao declarar expressamente no seu parágrafo 4º, inciso IV, do artigo 60, não ser objeto de deliberação legislativa, a Proposta de Emenda Constitucional, tendente a abolir, os direitos e garantias individuais.

E tais regramentos, tem aplicação imediata e abrange a todos, por respeito ao Princípio da Igualdade, garantido através do *caput* do artigo 5º tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O que por si só, segundo a melhor doutrina vigente, não pode ser afastada de outros direitos e garantias fundamentais, decorrentes do regime legal instituído pela própria Carta e dos princípios por ela mesma adotado, ou dos tratados e convenções internacionais em que a República Federativa do Brasil tenha ratificado, nos termos do seu parágrafo 2º, do mencionado artigo.

Dessa forma, como não entender ser direito e garantia fundamental implícito à Carta Brasileira, o direito ao Duplo Grau de Jurisdição? Pois considerando o já mencionado período de Ditadura Militar, em que a lei e a ordem eram arbitrariamente interpretadas à luz do que se considerava subversivo e contrário ao Governo? Considerando que a Assembleia Nacional Constituinte instaurada para criar o atual texto, era formada por grande parte de descontentes com o regime de

exceção, será que seria interesse desse legislador originário, desconsiderar o instituto da revisão processual como o direito de quem quer que fossem, e ainda que este tivesse foro por prerrogativa de função, como o que ocorre nos julgamentos dos atuais congressistas frente ao Supremo Tribunal Federal pátrio?

O que se pode entender como Devido Processo Legal? É possível desassociar este instituto jurídico, do uso da parte dos acusados (em qualquer instância – a nosso entender) do contraditório e da ampla defesa, valendo-se dos meios de recursos para tanto e em respeito ao já citado Princípio da Isonomia? Faz sentido garantir a revisão das sentenças de mérito, por contribuir para a segurança jurídica dos vereditos, e que injustiças, muitas vezes irreparáveis sejam cometidas? Argumento aceito, parte-se para a necessidade de se entender como Direito Fundamental o Duplo Grau de Jurisdição, a luz do caráter garantista e dogmático da Constituição Brasileira.

Seguindo essa reflexão inicial, faz-se necessário esclarecer que o presente trabalho tem como principal objetivo, analisar o posicionamento fático do Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Carta Brasileira, a respeito do Duplo Grau de Jurisdição como direito fundamental durante o julgamento da Ação Penal 470 (Caso Mensalão), à luz da interpretação implícita das intenções, do constituinte originário de 1988 e através da posição do Brasil, como país signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica, estabelecendo elo comparativo entre este e a realidade de alguns dos principais países que também ratificaram o mesmo, e adotam postura garantista a respeito do instituto do Duplo Grau de Jurisdição como direito fundamental, quer seja implícito, quer não.

Dessa forma, concluir com a reflexão a lume da não proporcionalidade adotada pela Suprema Corte brasileira a respeito de negar aos acusados da referida Ação Penal 470 o direito ao Duplo Grau de Jurisdição a até aqueles que não tinham foro por prerrogativa de função, mais que tiveram seus julgamentos naquela Corte Constitucional conferidos apenas pelo instituto jurídico da continência. O que não é difícil de entender que a estes não só faltou o direito de acesso ao reexame jurisdicional, como também não foi observado o Princípio do Juiz Natural,

Embora, a própria Corte Constitucional, através do direito sumular já tivesse assegurado o contrário disso através da Súmula 704 – mesmo admitindo-se que o Direito não é algo estático, e esta às regras dos movimentos sociais – sempre.

Mas o desafio maior deste trabalho foi responder propondo cientificamente as seguintes perguntas: Como processar então, a Ação Penal que se inicia no órgão máximo na justiça do País, se não há mais outra instância superior a ela? Como preencher o hiato deixado pelo Constituinte Originário de 1988, entre o artigo 5º LV e o Artigo 102, I, b da Constituição Federal de 1988, considerando o caráter garantista da Carta Política em vigência no país?

O resultado final, contendo tais propostas, poderá ser encontrado no trabalho ora apresentado.

1 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O DIREITO COMPARADO.

Baseado no ordenamento jurídico pátrio, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição não se encontra positivado na Carta Brasileira, ele deriva do Princípio do Devido Processo Legal e do Princípio do Juiz Natural, ambos considerados como Direito e Garantias Fundamentais pela Constituição.

Dessa forma, corresponde a um direito implícito no qual a todos é garantido o reexame de matéria fática e das provas que fizeram parte do convencimento do Juiz de primeira Instância (juízo *a quo*) a um órgão superior (juízo *ad quem*).

No Brasil o Supremo Tribunal Federal é, de acordo com o texto constitucional, o guardião da Constituição em vigência. E é competente para julgar ações, inclusive no âmbito penal dos legitimados ao foro por prerrogativa de função. E dessa forma, se a ação penal já se inicia no órgão máximo de julgamento, ainda caberia reexame?

A resposta é complexa, pois o Brasil é signatário de dois pactos internacionais que creditam o caráter de Direitos Humanos ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, através do artigo 8.2.h da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) e o artigo 14.5 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

Nesse sentido, coube ao Comitê de Direito Humanos da ONU (Organização das Nações Unidas) e responsável direto pelas ações fruto do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a emissão da jurisprudência internacional (Communication nº 662/1995) informar que se um processo criminal for iniciado em instância superior e única num país, é direito humano dos réus recorrerem da decisão.

E nesse sentido, a jurisprudência da ONU, afirma que esse direito existe mesmo na hipótese de o recurso ser posto ao mesmo órgão jurisdicional, promovendo dessa forma, o direito de reexame amplo da matéria de direito e dos elementos constitutivos de prova. Direito que deve ser observado sem nenhuma distinção de pessoa ou sua posição social perante o tribunal do país que o julga.

Do entendimento do referido Comitê de Direito Humanos, extrai-se que o Brasil, embora tenha soberania para fazer diferente, era esperado que internamente entendesse o Duplo Grau de Jurisdição como direito fundamental, tendo feito reserva legal para isso. Ou seja, deveria haver em nossa Carta Magna ou em nossa legislação extravagante, comando específico, informando que era cabível o reexame ainda que em sede das ações já iniciadas no Supremo Tribunal Federal, vez que, no entender daquele órgão a não garantia ao duplo grau de jurisdição viola diretamente o PIDCP¹.

Ilustrando a reflexão da jurisprudência internacional citada, podemos lembrar do julgamento, em âmbito interno, da Ação Penal 470 no Supremo Tribunal Federal, que ficou conhecida como o “Caso do Mensalão”. Onde o Presidente do Supremo Tribunal Federal declarou diferentemente do até aqui analisado a luz da

¹ Human Rights Committee, General Comment nº 32, Article 14: right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007), para. 47.

responsabilidade brasileira com a observância do Tratado de São José da Costa Rica, ao declarar que no âmbito interno o direito ao duplo grau de jurisdição não constitui direito fundamental. Além é claro da discussão inicial por desmembrar ou não o referido processo, tendo em vista que nele haviam réus com e sem foro por prerrogativa de função.

Dessa forma e, considerando a maioria de votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (9 votos favoráveis e 2 votos contra) ficou mantido naquela Corte Constitucional o julgamento da Ação Penal 470, julgando-se assim todos os 40 réus. Em virtude de apenas 3 deles terem direito ao foro por prerrogativa de função. Na época o ex-ministro Márcio Thomas Bastos, assim se manifestou, *verbis*:

A Constituição quer que as pessoas que não tenham foro sejam julgadas pelo juiz natural e que lhe seja assegurado duplo grau de jurisdição - disponível em <<http://portal.pps.org.br/helper/printData/235087>>

Assim como o Ministro Ricardo Lewandowski, ao afirmar que se o não desmembramento ocorresse, o Supremo Tribunal Federal, estaria assim, negando vigência ao Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Decreto nº. 678/1992, que concede o direito de recorrer à instância superior no caso de eventual condenação. Porém, pelas regras de conexão e continência, quando se têm multiplicidade de crimes e de autores, cabe ao próprio Pretório Excelso o julgamento.

O que mais tarde restou aos acusados apenas a interposição de Embargos Infringentes, os quais segundo a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos não constituem de fato um recurso em sentido estrito.

Dois casos semelhantes a Ação Penal 470, aconteceram na Venezuela e mereceram parecer da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do direito de acesso dos réus ao duplo grau de jurisdição. O caso dos réus Oscar Enrique Barreto Leiva, autonomamente contra o Presidente do país Carlos Andrés Pérez e um Senador chamado Alejandro Izaguirre.

No primeiro caso, Barreto Leiva, ocupava um cargo de confiança do Presidente da República na Venezuela, e acabou condenado a prisão por crimes contra a propriedade pública, ou seja, corrupção. Sendo este julgado diretamente pela “*Corte Suprema de Justicia*”, e não teve o direito ao Duplo Grau de Jurisdição pela sentença aplicada. Diante disso a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que a justiça venezuelana havia violado o direito ao duplo grau de jurisdição do réu, nos termos do artigo 8.2.h do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Da mesma forma em que a Corte Interamericana se pronunciou no julgamento da petição 50/00 onde o ex-ministro venezuelano Reinaldo Figueiredo Planchart, compunha o rol de acusados juntamente com o ex-presidente do país Carlos Andrés Pérez e o ex-senador Alejandro Izaguirre, onde os dois últimos que gozavam de foro privilegiado.

Ao se posicionar a respeito da petição do ex-ministro Reinaldo Figueiredo Planchart, a Comissão Interamericana, (caso 11.298 de 13 de abril de 2000. Informe nº 50/00, §129 observou que o direito ao duplo grau de jurisdição implica em uma garantia real que não admite exceções, constituindo um requisito essencial do devido processo legal e de caráter inderrogável.

Diante do até aqui refletido, é possível entendermos que toda a questão está relacionada a “garantia” do benefício ao foro por prerrogativa de função, contido no § 1º do Artigo 53 da Carta Brasileira que desloca a competência penal do “*persecution criminis*” para a Suprema Corte Brasileira, é uma das normas históricas contidas na dogmática da Constituição promulgada em 1988, pós o Regime Militar, como forma de combater, ou melhor evitar, cassações políticas cometidas através dos Atos Institucionais. O que é possível pensar, que tal privilégio em dias atuais já não tem mais sentido de existir, e dessa forma é de se entender o posicionamento do Supremo Tribunal Brasileiro em não entender como Direito Fundamental o duplo Grau de jurisdição as ações de sua competência por isso.

É de se sublinhar que, nos Estados Unidos, por exemplo, a “*US Supreme Court*”, não tem jurisdição criminal originária para os parlamentares como ocorre no

Brasil. Não há foro privilegiado, não há tratamento diferenciado para nenhum político, independentemente do nível hierárquico que este ocupe. Assim, o “*US District Courts*” julga do Presidente da República, até o mais normal cidadão sem exceção, e assim todos têm direito irrestrito ao Duplo Grau de Jurisdição.

Um bom exemplo disso é o caso do julgamento do Governador do Estado Americano de Maryland, Marvil Mandel², pois após o “*District Court*” só há apenas uma possibilidade de recurso, à “*Court of Appeals*”, lugar aonde se finda o processo dando a oportunidade a quem que seja ao Duplo Grau de Jurisdição normalmente, motivo pelo qual, ao contrário da Venezuela e do próprio Brasil, os Estados Unidos a luz da análise do Comitê de Direitos Humanos, não tem como violar o Direito Fundamental ao Duplo Grau de Jurisdição.

Pois no exemplo dado, caso o Governador Marvil Mandel, entendesse por impetrar recurso a Suprema Corte Americana após ter apelado à “*Court of Apperls*”, esta ao apreciá-lo, teria a discricionariedade “interna corpus” para conhecer ou não do recurso. E, em caso negativo, a sentença obtida na “*Court Apperls*” transitaria em julgado.

Já em Portugal não há a ação penal que se origina nos tribunais para congressistas, porém esses só podem ser processados com autorização das Assembleias.

Por sua vez, na Suíça, embora sua carta não tenha a direta menção ao Foro por Prerrogativa de Função, há por outro lado a possibilidade de julgamento por uma única instância superior.

Na Itália, o Presidente da República é julgado pela Corte Constitucional por seus crimes praticados. Enquanto que na Argentina temos o sistema de forma restrita a limitar a Câmara dos Deputados o direito de acusar perante o Senado, o

² Mandel, Marvil, Governador do Estado Americano de Maryland, acusado de facilitar corrupção por facilitar a liberação das pistas de corrida do condado de Prince George, em troca de própria paga ao próprio Governador a partir do ano de 1971.

Presidente, o Vice-presidente e os demais membros do alto escalão de governo, incluindo os membros de sua Corte Suprema, por mal comportamento e por crimes de responsabilidade e comuns. A Colômbia por sua vez, também adota o Foro por Prerrogativa de Função aos membros de alto escalão.

Ou seja, é de se concluir que o Foro por Prerrogativa de Função e a sua consequência ao Duplo Grau de Jurisdição é muito mais visível em Estados oriundos da “*Civil Law*”, ao invés dos países que adotam os costumes e a jurisprudência em seu sistema, (*Common Law*) como é o caso dos Estados Unidos.

Isso porque o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, tem por gêneses o Direito Romano no período conhecido pela história de “*cognitio extra ordinem*” que introduz a possibilidade do reexame da sentença pelo tribunal Imperial pela parte que se sentia prejudicada, ou seja, a era interposto um recurso de apelação, pleiteando a reforma da decisão preferida anteriormente. Essa forma, considerando efeitos e estrutura, é o que podemos entender como o Duplo Grau de Jurisdição, embora antigamente, tal instituto representasse concentração de poder, controle político e afirmação dos súditos do Império Romano.

Voltando ao Supremo Tribunal Federal do Brasil, e considerando que é o instituto do foro por prerrogativa de função a causa de não haver o duplo grau de jurisdição a exemplo do que se tem nas demais instâncias do processo no direito pátrio, leciona o Ministro do STF Gilmar Mendes.

Qualquer senador julgado pelo Supremo, por exemplo, não terá direito a outro julgamento, como têm os demais cidadãos, que chegam a obter três ou até quatro revisões da primeira decisão. A falácia de que a extinção desse instituto diminuiria a impunidade dos “figurões” não resiste ao óbvio confronto com a duração média dos processos no país, incluindo toda a longa caminhada recursal de praxe. Ou seja, razoável admitir transferindo-se a competência originária desses julgamentos para a primeira instância, de melhor qualidade seria a atuação da Polícia Federal? [Grifo Nosso]. (GILMAR MENDES, 2012)

Ou seja, ao se referir como “de melhor qualidade” o julgamento na primeira instância, está claro, que embora o referido Ministro defenda a manutenção do instituto do foro por prerrogativa de função, ele admiti que por questões alheias a boa técnica jurídica ela deixa lacunas, a qual uma delas podemos concluir que seja o direito ao duplo grau de jurisdição.

2 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.

A Constituição da Republica Federativa do Brasil, trás em seu pórtico, através do artigo 4º e inciso II, que o país rege-se em suas relações internacionais, dentre outros, pelo Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos. Dessa forma, ao Ratificar o Pacto de San Jose da Costa Rica, pela promulgação do Decreto nº 678, de 06 de Novembro de 1992, a referida Convenção entra no ordenamento jurídico do país com o status de Lei Ordinária, isso foi declaração do próprio Supremo Tribunal Federal, conforme descrição abaixo de parte do julgado que gerou esse entendimento, a respeito da Convenção 158 da OIT:

O relator enfatizou em seu voto que a Convenção 158 consubstancia a adoção, pelo Estado brasileiro, de verdadeiro compromisso de legislar sobre a matéria nela versada, com observância dos preceitos constitucionais pertinentes. Salientou-se, ainda, no voto do relator, que os tratados e convenções internacionais, ainda que guardando relação de paridade normativa com o ordenamento infraconstitucional, não podem disciplinar matéria sujeita à reserva constitucional de lei complementar. ADIN 1.480-UF, rel. Min. Celso de Mello, 25.09.96 (09).

Dessa forma, se é Lei, cabe ao Decreto nº 678/1992 a observância também do Princípio da Legalidade, considerado assim, como direito fundamental por estar positivado no artigo 05º inciso II, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei. Ou seja, o artigo 7, item 6 do diploma legal em questionamento, como lei precisa ser respeitado, pois assim foi a vontade do Legislador Brasileiro, considerando que projeto de lei ordinária e projeto de decreto legislativo necessitam, para aprovação, maioria simples de votos em cada Casa do Congresso (art. 47 da CRFB/88); por outro lado, a Constituição reclama

maioria absoluta de votos para aprovação de projeto de lei complementar (art. 69 da CRFB/88). Há mais: enquanto o rito de tramitação de projeto de lei ordinária assemelha-se ao dispensado a projeto de decreto legislativo, ambos diferem do rito reservado à tramitação de projeto de lei complementar (11).

E de mais a mais, invocando o art. 5º, § 2º, da CRFB/88, “em que 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”, o reconhecimento de hierarquia constitucional aos direitos e garantias fundamentais expressos em tratados, e jamais poderia assim, o Supremo Tribunal Federal entender pela interpretação, do transcrito abaixo, adversa da vontade do Legislador ao criar a Carta Brasileira em 1988.

Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa

Questão curiosa se observa em relação a interpretação do Supremo Tribunal Federal ao mesmo Pacto de San Jose da Costa Rica, a respeito da interpretação da prisão do depositário infiel. O STF, em sua jurisprudência, se posicionou de forma contrária a forma que foi feita pelo duplo grau de jurisdição na Ação Penal 470. Dessa forma, vale transcrever abaixo o voto do então Ministro Francisco Rezek, quando do julgamento do HC nº 74.383/MG:

O julgamento em plenário dessa questão jurídica, foi extremamente longo, e não pude assisti-lo até o fim. Pela leitura das atas observei que se admitiu aquilo que em certo momento eu afirmara em meu voto: o inciso LXVII proíbe a prisão por dívida e, ao estabelecer a exceção possível, permite que o legislador ordinário discipline a prisão do alimentante omissivo e do depositário infiel. Permite, não obriga. O constituinte não diz: prenda-se o depositário infiel. Ele diz: é possível legislar nesse sentido. Mas algo me causou

perplexidade. Ter-se-ia dito que, então, dado ao legislador ordinário o poder de optar entre permitir, ou não, a prisão do depositário infiel, o texto de São José da Costa Rica não poderia ter, a partir de sua vigência no Brasil, limitado o direito constitucional que tem o legislador ordinário de fazer sua escolha! Veja-se qual foi o raciocínio: a Constituição não obriga a prender o depositário infiel; ela diz apenas que isso é uma exceção possível à regra de que não há prisão por dívida, e o legislador ordinário que delibere. O legislador ordinário poderia, então, disciplinar a prisão nessa hipótese, ou não fazê-lo e assumir uma atitude mais condizente com os novos tempos. Mas afirmou-se: esse texto de São José da Costa Rica, ao proibir a prisão do depositário infiel, limita — e não poderia fazê-lo — a liberdade do nosso legislador ordinário.

"Raciocinou-se, com todas as vênias, como se o texto de São José da Costa Rica só fosse um produto alienígena, uma obra de extraterrestres, que desabou arbitrariamente sobre nossas cabeças. Procedeu-se como se São José da Costa Rica não fosse um texto de cuja elaboração o Brasil participou, e que só começou a valer no Brasil depois que o Congresso Nacional aprovou esse texto — com todos os requisitos necessários à produção de direito ordinário — e que o Chefe de Estado o ratificou. O necessário para que a República se envolva num tratado é, no mínimo, igual ao necessário para produzir direito ordinário. Entretanto, havendo-se raciocinado como se a convenção não fosse obra que só nos vincula por causa da nossa vontade soberana, exorcizou-se a convenção como coisa estranha à brasilidade..."

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_11/os_tratados.htm

Mas, a realidade é que em datas atuais, e considerando que o voto do Ministro em sede de HC foi proferido em 2000, a realidade de nossa jurisprudência é que não há dívida do depositário infiel por conta do disposto no Pacto de San Jose da Costa Rica. Nesse sentido, como não entender que só o Duplo Grau de Jurisdição quando o paciente tem foro por prerrogativa de função, e é julgado pela competência do Supremo Tribunal Federal, a decisão é uma e sem direito recursal?

Várias teorias surgiram a época, para justificar a não observância do disposto no Pacto ratificado pelo país, de forma a endossar a negativa aos acusados da Ação Penal 470 ao Direito ao Duplo Grau de Jurisdição. A mais difundida para delas foi a do Ministro Joaquim Barbosa, então Presidente do Supremo Tribunal Federal e relator da própria Ação Penal 470, onde entendia ele que “a Constituição não se subordina a Tratados”.

Dessa forma, segundo o Ex – Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Mário da Silva Velloso, em artigo publicado no Jornal “Folha de São Paulo” em 13/10/2012:

O Brasil aceitou a jurisdição da Corte de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. Todavia, o Brasil, cômico de sua soberania, não se comprometeu, no Pacto de São José, a subordinar os órgãos do seu Governo à Comissão ou à Corte da OAE. No caso, a pretensão seria, na verdade, de subordinação da Constituição à convenção, quando é de elementar saber que aquela constitui o ápice da pirâmide legal (Kelsen).

Independentemente do possível corporativismo nas decisões e pareceres existentes entre os membros e ex - membros da Corte Constitucional Brasileira, e da tentativa de se justificar o possível injustificável, Luiz Flávio Gomes, Doutor em Direito Penal, esclarece posicionamento diferente, conforme transcrição literal de parte do artigo do jurista:

A Corte Interamericana não é um tribunal que está acima do STF, ou seja, não há hierarquia entre eles. É por isso que ela não constitui um órgão recursal. Porém, suas decisões obrigam o país que é condenado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Pacta sunt servanda: ninguém é obrigado a assumir compromissos internacionais. Depois de assumidos, devem ser cumpridos.

De forma direta a Corte não interfere nos processos que tramitam num determinado Estado membro sujeito à sua jurisdição (em razão de livre e espontânea adesão), porém, de forma indireta sim. A sensação que se tem, lendo o primeiro parágrafo acima, é de que a Corte não teria poderes para modificar o que foi decidido pelo STF e que as sanções da Corte são basicamente indenizatórias. Nada mais equivocado do que essas conclusões, totalmente desatualizadas e emanadas de juristas que tiveram formação jurídica legalista e, no máximo, constitucionalista. Continuam presos a Kelsen. Nada mais ultrapassado.

No caso Barreto Leiva contra Venezuela, a Corte, em sua decisão de 17.11.09, apresentou duas surpresas: a primeira é que fez valer em toda a sua integralidade o direito ao duplo grau de jurisdição (direito de ser julgado duas vezes, de forma ampla e ilimitada) e a segunda é que deixou claro que esse direito vale para todos os réus, inclusive os julgados pelo Tribunal máximo do país, em razão do foro especial por prerrogativa de função ou de conexão com quem desfruta dessa prerrogativa.

Esse precedente da Corte Interamericana encaixa-se como luva ao processo do mensalão. Mais detalhadamente, o que a Corte decidiu

foi o seguinte: "Se o interessado requerer, o Estado (Venezuela no caso) deve conceder o direito de recorrer da sentença, que deve ser revisada em sua totalidade. No segundo julgamento, caso se verifique que o anterior foi adequado ao Direito, nada há a determinar. Se decidir que o réu é inocente ou que a sentença não está adequada ao Direito, disporá sobre as medidas de reparação em favor do réu."

A obrigação de respeitar o duplo grau de jurisdição, continua a sentença da Corte Interamericana, deve ser cumprida pelo Estado, por meio do seu Poder Judiciário, em prazo razoável (concedeu-se o prazo de um ano). De outro lado, também deve o Estado fazer as devidas adequações no seu direito interno, de forma a garantir sempre o duplo grau de jurisdição, mesmo quando se trata de réu com foro especial por prerrogativa de função.

A parte mais enfática da decisão foi a seguinte: "A Corte, tendo em conta que a reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior, decide ordenar ao Estado que brinde o senhor Barreto Leiva com a possibilidade de recorrer da sentença citada".

No que diz respeito à reparação dos danos, uma distinção fundamental é a seguinte: uma coisa é a reparação de um dano decorrente da violação de um direito humano que não pode ser restituído à situação anterior (no caso Ximenes Lopes, por exemplo, reclamava-se da sua morte por culpa do SUS). Aqui só resta pagar indenização e investigar os abusos. Situação bem diversa é a violação de uma garantia processual, como é o caso do duplo grau de jurisdição, que ainda pode ser cumprida pelo país. Se a reparação pode ser integral, é ela que deve ser imposta e respeitada pelo Estado.

Ainda ficou dito que a Corte iria fiscalizar o cumprimento da sua sentença e que o país condenado deve cumprir seus deveres de acordo com a Convenção Americana.

O julgamento do STF, com veemência, para além de revelar a total independência dos seus membros, está reafirmando valores republicanos de primeira grandeza, tais como reprovação da corrupção, moralidade pública, desonestidade dos partidos políticos, retidão ética dos agentes públicos, financiamento ilícito de campanhas eleitorais etc. O valor histórico e moralizador dessa sentença é inigualável.

Mas do ponto de vista procedimental e do respeito às regras do jogo do Estado de Direito, o provincianismo e o autoritarismo do direito latino-americano, incluindo especialmente o brasileiro, apresentam-se como deploráveis. Por vícios procedimentais decorrentes da baixíssima adequação da, muitas vezes, autoritária jurisprudência brasileira à jurisprudência internacional, a mais histórica e emblemática de todas as decisões criminais do STF pode ter seu brilho ético, moral, político e cultural nebulosamente ofuscado.

Vê-se assim, a demonstração prática do grave inconveniente acarretado pela equiparação dos tratados internacionais às interpretações de certa forma ordinárias internas.

2.1 – Relações Entre Direito Interno e Direito Internacional.

Diante da controvérsia até aqui apresentada, podemos já de pronto concluir que não se trata mais de estabelecer discussão a respeito de soberania do país a respeito da decisão interna em cumprir ou não o disposto no tratado internacional o qual o Brasil o ratificou de livre e espontânea vontade. Mas de ter pelo judiciário em sua Corte Constitucional o respeito ao Princípio da Separação dos Poderes, pois se cabe ao Judiciário dizer o direito, é fato que esse está limitado a vontade do legislador e do executivo que ratificaram o Pacto de San Jose da Costa Rica.

Dessa forma, atribuir o Duplo Grau de Jurisdição a todas as instâncias a exceção dos processos que se iniciam no Supremo Tribunal Federal fere sim o direito da pessoa humana tutelados pelo referido Pacto de Direitos Humanos.

Segundo Soares 2004,³ tal tema além de complexo diz respeito mesmo a efetividade da aplicação das normas dos ordenamentos jurídicos nacionais ser uma questão metajurídica, que interessasse a outros campos, em particular à política e muito em especial aos Direitos Constitucionais internos dos Estados. Dentro de tal perspectiva, o Direito Internacional regularia o nascimento das obrigações internacionais e as consequências de sua inadimplência, nas relações internacionais, pelo sistema da responsabilização internacional dos Estados, através dos atos ilícitos atribuídos ao Estado, como um bloco, independentemente de ter havido uma violação causada por ato ou omissão do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

De mais a mais, como isso está relacionado a deveres de os Estados cumprirem de boa-fé suas obrigações pactuadas em tratados e convenções internacionais, a regra *pacta sunt servanda*, contida no artigo 26 da Convenção de

³ Guido Soares, 2004 – Atlas.

Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, ou do dever de um Estado comportar-se segundo as normas internacionais e não segundo o prescrito em seu direito interno, tipificando assim o ato ilícito pelo Direito Internacional e não pelos direitos internos – atribuindo aos Estados as sanções da maneira mais aproximada possível daquele existente nos ordenamentos jurídicos internos dos estados, em particular, no referente a mecanismos de controle do adimplemento das obrigações internacionais. E isso diz respeito também a observância no campo interno dos Estados.

2.2 – Foro Por Prerrogativa de Função na Carta de 1988 e o Duplo Grau de Jurisdição

O cerne todo do presente estudo está ligado no questionamento do porque não é concedido o direito ao duplo grau de jurisdição aos réus que dispõem do foro por prerrogativa de função. A resposta seria simples, considerando ser óbvia: Porque o Supremo Tribunal Federal é a Instância máxima do Ordenamento Jurídico, e não há acima do guardião da constituição outro tribunal superior capaz de julgar em sede de recurso suas decisões.

Ocorre que nos termos da Carta de 1988, artigo 102, inciso I e alíneas b e c, é de competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador Geral da República e nos crimes penais comuns e nos de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, assim como os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática, de caráter permanente. Que é o que chamamos de “Foro por Prerrogativa de Função” na Corte Constitucional.

Com isso, é pacificado pela jurisprudência da própria Corte, que tal instituto, visa proteger não a pessoa do processado, mais a função que ele exerce e dessa forma manter a observância da manutenção da democracia e dos direitos políticos tão defendidos pela Carta de 1988.

Na Ação Penal 470, vimos um caso típico de julgamento dos envolvidos no esquema de corrupção de votos dos parlamentares, que com a ajuda da base governista na Câmara e no Senado, de banqueiros, empresários e outros auxiliavam os membros do governo comprando votos dos parlamentares em busca de apoio a aprovação das propostas do Governo Federal.

Ao chegar às denúncias através do Inquérito nº 2245, viu-se não somente aqueles que têm o foro por prerrogativa de função foram julgados e condenados no Supremo Tribunal Federal, mais também, os empresários, doleiros, diretores dos bancos envolvidos e esses não dispunham de foro por prerrogativa de função e também não tiveram acesso ao duplo grau de jurisdição.

Dessa forma o Supremo Tribunal Federal, recebeu o produto das investigações do Ministério Público na pessoa de seu Procurador Geral da República para autuar como réus os inicialmente 40 réus. E na pauta inicial a Corte teria que decidir pelo pedido de desmembramento do processo por alguns dos denunciados, para que apenas os detentores do foro por prerrogativa de função fossem julgados pela Suprema Corte do país. Onde dentre tantos o principal argumento dos réus, era de que naquele juízo tinha-se que se observar o Princípio da Razoável Duração do Processo, e isso não poderia ser vislumbrado dado o número grande de réus.

Por ultimo, a referida questão de ordem, restou decidida pelo não desmembramento do processo. Dessa forma, todos os envolvidos seriam julgados mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, conforme transcrição do acórdão abaixo:

QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO. DESMEMBRAMENTO. ARTIGO 80 DO CPP. CRITÉRIO SUBJETIVO AFASTADO. CRITÉRIO OBJETIVO. INADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO INTEGRAL DO INQUÉRITO SOB JULGAMENTO DA CORTE. Rejeitada a proposta de adoção do critério subjetivo para o desmembramento do inquérito, nos termos do artigo 80 do CPP, resta o critério objetivo, que, por sua vez, é desprovido de utilidade no caso concreto, em face da complexidade do feito. Inquérito não desmembrado. Questão de ordem resolvida no sentido da permanência, sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, de

todas as pessoas denunciadas. (STF – Inq-QO-QO 2245, Relator ministro JOAQUIM BARBOSA, julgado em 06/12/2006, publicado em 09/11/2007, Tribunal Pleno)

É nesse momento, que o Supremo Tribunal Federal nega aqueles que não detinham foro por prerrogativa de função o direito ao duplo grau de jurisdição e passaram a ser julgados dentro do mesmo processo. E embora o debate na corte tenha sido intenso, chegando inclusive um dos Ministros em seu voto vindo a declarar que a “A Constituição pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática⁴”

Porém é justo mencionar que o Supremo Tribunal Federal já tinha em sua jurisprudência, claramente definido o caminho à atração para a competência da daquela Corte por conexão, tanto é assim que houve a emissão em 09.10.2003 da súmula 704, que diz que não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados. Isso fruto de outros julgados até então semelhantes a questão de ordem que naquele momento era trazida a baila pelo Ministro Joaquim Barbosa.

Um desses julgados que serviram de base a emissão da já citada súmula 704, é datado de 29/03/2000, quando em RCH nº 79.785 o Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22-11-2002, p. 00057 assentou que a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressa em convenção internacional não poderia se sobrepor ao texto constitucional, só podendo ser invocada quando possível, o que não seria a hipóteses das ações penais originárias.

O que dessa forma, contribuiu para que a Corte Constitucional declarasse que o Duplo Grau de Jurisdição não seria considerado Direito Fundamental e Princípio Implícito a Carta de 1988.

Esse ponto da questão nos remete a citar Miguel Reale na sua Teoria da Tridimensional do Direito, onde em resumo o direito não é estático, e sim fruto do

⁴ STF – Inq-00-q0 2245, op. Cit., voto do ministro Gilmar Mendes, p. 61-62.

comportamento da sociedade, e quem em 1988 quando da promulgação da vigente Carta brasileira, quer quando do julgado do Ministro Sepúlveda Pertence, não havia existido até então julgamento penal no Supremo Tribunal Federal que trouxesse grande quantidade de réus a serem julgados de uma só vez⁵.

Barroso 2009⁶, entende que interpretar a constituição de acordo com o fato concreto, faz parte de um processo de evolução, que ele próprio chamou de : “interpretação constitucional evolutiva” que é o fenômeno de se atribuir novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal. Fato esse necessário em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente do legislador constituinte originário.

Mas na ação penal 470 do Supremo Tribunal Federal, não restou observado tal possibilidade de evolução da interpretação, o que resultou em um julgamento uno.

O que por si só mereceria já de pronto, uma revisão do conteúdo da Súmula 704, como visto. Embora seja verdade que em nossa história desde a Constituição do Império, de 1824, determinados cargos públicos já detinham o privilégio pelo foro por prerrogativa de função, e eram processadas e julgadas pelo então Supremo Tribunal de Justiça, contudo, já sob o domínio da Constituição Brasileira atual e também após a EC 35/200⁷, pode-se entender por uma nova formação constitucional, o que se justificaria aplicar o fenômeno da mutação constitucional ou da interpretação constitucional evolutiva, nos termos da análise de Barroso e dessa forma não termos cerceado pela conexão o direito ao duplo grau de jurisdição de pessoas que são réus no processo pelos mesmos delitos cometidos, mas que não detém o foro por prerrogativa de função.

⁵ A esse respeito, e até a presente data, nos preocupa o caso de termos na conhecida “operação lava jato” número muito maior de envolvidos em 2015.

⁶ Luís Roberto Barroso – Ministro do Supremo Tribunal Federal

⁷ EC 35/2001 – Emenda a Constituição da Republica Federativa do Brasil que mudou o conhecido estatuto do congressista.

É que na verdade, a Emenda Constitucional nº 35/2001 modificou o já conhecido Estatuto do Congressista, fazendo com que a suspensão do processo penal contra os deputados e senadores deixassem de ser a regra, e passando a ser uma situação excepcionalíssima. Tornando obstado o processamento de uma ação penal contra um congressista se assim fosse decidido pela sua Casa Legislativa ou seja a processabilidade do congressista. Somente a partir deste novo quadro, a Corte Constitucional do país se viu frente a frente com a situação de ações penais entre réus com foro funcional, e réus sem foro funcional.

Mas essa dúvida, não convalida o vício da Suprema Corte Brasileira, pela não observância do princípio implícito do Duplo Grau de Jurisdição veiculado no Pacto de San Jose da Costa Rica e ratificado pelo legislador a observância do Judiciário pátrio.

E de mais a mais, conforme preceituou o Ministro Celso de Mello, que embora tenha votado a favor da reunião dos processos pela conexão, no curso da Ação Penal admitiu que o todo tumultuava o andamento daquele processo na Corte Constitucional do país, conforme transcrição abaixo:

Essa outorga constitucional de prerrogativa de foro culmina por gerar, muitas vezes, considerada a regra de 'forum attractionis' – que confere prevalência à jurisdição penal desta Suprema Corte – a instauração de processos multitudinários, cuja existência representa fatos apto a romper a regularidade dos trabalhos do Tribunal, tumultuando-lhe a ordem dos serviços e obstruindo o normal desenvolvimento e execução de sua agenda de julgamentos. Esse, realmente, tem sido um grave inconveniente gerado e provocado pela outorga, por parte da Constituição da República, da prerrogativa de foro a determinadas autoridades públicas.

(STF – Inq-QO-QO 2245, op. cit., voto do ministro CELSO DE MELLO, p. 86)

O que por si só já justificaria a mutação da interpretação constitucional. Pois ao certo o que se tem é que no artigo 102, "b" e "c" a Constituição Brasileira, foi silente em relação aos crimes conexos, por isso podemos entender que não cabe a extensão da competência do Supremo Tribunal Federal, por não ter sido esta a vontade do Constituinte Originário.

Pois o que se viu nesse caso, foi a Constituição sendo analisada em face da lei e não ao contrário. Isso tudo, porque segundo o próprio Ministro Celso de Mello, “a conexão e a continência são modalidades de prorrogação legal de competência e que provocam, quando ocorrentes, a unidade de processo e de julgamento” (STF – Inq-QO-QO 2245, op. cit., p. 88). Seguindo essa linha, LAGO 2013, faz o seguinte questionamento: Se é assim, é razoável que o Supremo Tribunal Federal seja obrigado a buscar na lei, infraconstitucional, os limites de sua competência? Havendo alteração legislativa acerca da definição das hipóteses de conexão ou continência, estaria sendo alterada, indiretamente, a competência do Supremo Tribunal Federal? A lei pode alterar a competência do Tribunal, ou somente uma emenda constitucional poderia fazê-lo?

Ou seja, usou-se o Código de Processo Penal a justificativa tendenciosa de evitar que os réus da Ação Penal 470 fossem julgados quer na primeira instância e partindo para a conexão de todos no Supremo Tribunal Federal, por justificativas tumultuadas, conforme expomos.

Entretanto, a história avançou seu curso na sociedade brasileira, e em 23 de setembro de 2015, ou seja, 9 (nove) anos depois da questão de ordem que não desmembrou a Ação Penal 470 o STF, por 8 votos a 2 decidiu retirar o processo que investiga a ex-ministra da Casa Civil do Governo Dilma, Gleisi Hoffmann, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, tal inquérito investiga envolvimento de operadores de desvio de dinheiro da Petrobras em fraudes do Ministério do Planejamento.

3 A ANÁLISE DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA A RESPEITO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Diante do até aqui exposto, não é difícil de admitir o erro de interpretação da Corte Constitucional Brasileira a respeito do Instituto do Duplo Grau de Jurisdição ser considerado como Direito e Garantia Fundamental, e princípio implícito a Carta de 1988. Por estar esse relacionado a razoável duração do processo, a dignidade da pessoa humana e no caso da Ação Penal 470, também ao princípio do juiz natural em julgar os réus que não possuíam foro por prerrogativa de função.

Dessa forma, há de se admiti-lo, como clausula pétrea, nos termos do artigo 60 §4º IV, ainda que o guardião da Constituição Federal o tenha naquele momento declarado de forma adversa do exposto até aqui.

Com isso, e segundo leciona Lenza 2011, ao citar Davi Araújo e Serrano Nunes Junior, os direitos e garantias fundamentais possuem o caráter histórico por terem passados por diversas transformações da sociedade até os dias atuais. Eles são frutos das necessidades das pessoas humanas quanto a sua forma de se organizar em sociedade, o que só corrobora para apontar que o STF, errou ao considerar o não desmembramento da Ação Penal aqueles que não tinham foro por prerrogativa de função, negando a esses a revisão da decisão prolatada em forma de sentença.

Esqueçamos por instantes a ação penal que motivou a reflexão nesse trabalho, nos atendo apenas a considerar que quando determinado processo alcança o duplo grau de jurisdição, é a de se pensar que a sociedade pode imaginar que o julgamento que nasceu na primeira instância não ficará sujeito a interpretação de um único julgador, afinal os juízes também são humanos e humanos erram. Ou melhor, nas palavras de Ruy Barbosa “O Supremo Tribunal Federal é tão importante que pode se dar o luxo de errar por último.”

Trazemos isso a baila dessa discussão, porque se tivéssemos a oportunidade de especular a respeito da decisão de negar o direito ao duplo grau de jurisdição, até mesmo aqueles que não possuíam o foro por prerrogativa de função, por certo que os juízes da corte constitucionais diriam que foram justos por terem pautados suas escolhas na lei, e esta, na forma de contrato social ratificado pelos representantes do povo em sua sociedade é o que se considera como justa a coletividade. Ou seja: Nós Supremo Tribunal Federal, entendemos que não será desmembrado, e não será. Entendemos que não terá acesso ao duplo grau de jurisdição e não terá. Não é direito fundamental.

E porque não foi considerado direito fundamental? No Brasil de 2005, quando as primeiras denúncias chegaram à mídia, havia na opinião pública a sensação de que o “escândalo do mensalão” se tornaria em mais um dos casos de corrupção institucionalizada do país, liderado por governantes e aqueles ligados a estes, e que sairiam impunes dos rigores das leis.

O erro de interpretação do Supremo Tribunal Federal pelo não desmembramento da Ação Penal 470, em decidir por julgar todos naquela Corte, foi motivado pela sensação de que ao descer para as devidas primeiras instâncias, esses processos sairiam do controle do próprio Supremo, da mídia e se tornassem impunes, contribuindo ainda mais com a sensação de que “rico no Brasil não vai para cadeia”.

É que na verdade há discrepância entre o que é trazido na Constituição Cidadã de 1988 em seu artigo 5º, LVII que trás que “ninguém será considerado culpado até o trânsito e julgado de sentença penal condenatória”, e com isso torna-se inadmissível alguém ser preso se não na forma provisória que se reverte em cautela. Mas no caso da ação penal 470 todos os acusados foram advertidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal que estariam proibidos de deixar o país sem sua autorização e o que é dito no artigo 312 do Código de Processo Penal, haja visto, que todos os réus da referida ação penal, responderam o processo durante todo o tempo em liberdade.

Dessa forma em 17 de dezembro de 2012 ao fim do julgamento da Ação Penal nº 470 o Procurador Geral da República informou aos Ministros da Corte que embora este tenha formulado em sua sustentação oral e nas alegações finais pelo pleito da prisão imediata dos condenados, este seguiria em petição própria e após a conclusão do julgamento. Mas o Relator da Ação, indeferiu o pedido, sob a alegação correta de que “dados concretos que permitam apontar a necessidade da custódia cautelar dos réus (CPP, artigo 312), os quais, aliás, responderam ao processo em liberdade, com base no artigo 312 do Código de Processo Penal.”⁸

⁸ Artigo que normatiza a o rito da prisão preventiva do ordenamento jurídico penal do país.

E com isso, o processo cumpriu todo o rito esperado, concedendo inclusive aos advogados dos réus o direito de opor embargos infringentes, porém não acesso ao duplo grau de jurisdição, antes que estes fossem recolhidos a carceragem.

Não seria possível deixar passar em brancas nuvens a atuação dos magistrados da Suprema Corte do país na Ação Penal 470. Sobre tudo de seu Relator, pois toda a decisão ao longo do referido processo baseou-se em escolhas jurídicas e políticas, e com grande intervenção da mídia e da opinião pública. Como por exemplo, a decisão já debatida pelo não desmembramento, pela declaração de que o Duplo Grau de Jurisdição não é direito fundamental, e por isso até mesmo quem não possuía foro por prerrogativa de função deveria ser julgado, como foi o caso condenado sem direito a revisão da sentença, até a forma criteriosa extremada e midiática a qual o Ministro Joaquim Barbosa, relator na ação, se comportou.

Tamanha foi a pressão das bancas de advogados contratadas a “peso de ouro” para a defesa da maior parte dos réus e essa se justificava, considerando que o relator nutria visível sentimento de fazer justiça aqueles que haviam usado o de má fé com o erário do país e burlado a forma democrática de representação do Poder Legislativo Federal da Republica.

“Julgo que a atitude juridicamente mais adequada neste momento é afastar-me da relatoria de todas as execuções penais oriundas da Ação Penal 470 e dos demais processos vinculados à mencionada ação penal”

Na ocasião Barbosa, teria declarado, segundo veiculado no Jornal Valor Econômico em 17/06/2014, que os advogados que atuavam no processo tinham deixado de usar argumentos jurídicos e passado a atuar politicamente, “através de manifestos e até mesmo partindo para insultos pessoais, via imprensa, contra este Relator”.

E conclui com seu voto por condenar os réus: Marcos Valério Fernandes de Souza, Ramon Hollerbach Cardoso, Cristiano de Mello Paz, Rogério Lanza Tolentino, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, Geiza Dias dos Santos, Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane, pelo crime descrito no artigo 1º V, VI, e

VII da Lei 9.613/1998, ou seja, Lavagem de Dinheiro e Formação de Associação Criminosa, praticado segundo seu voto 46 vezes em continuidade delitiva. Assim como pela absolvição de Ayanna Tenório Torres de Jesus, com base no artigo 386, VII do Código de Processo Penal.

3.1 – Teoria do Domínio do Fato em confronto com o Duplo Grau de Jurisdição na Ação Penal 470.

Considerando todas as questões políticas, jurídicas e até pessoais que motivaram o julgamento da ação penal 470 pela Corte Constitucional Brasileira e sua relatoria, pode-se dizer que a tese mais importante que fora levantada e debatida foi aquela relacionada a Teoria do Domínio do Fato, ou seja a intensão a relatoria através de suas ações e as discursões colocadas a mesa estavam relacionadas não somente aos acusados, e se esses mereciam ou não o duplo grau de jurisdição, mas quem estava por detrás desses acusados.

Dessa forma, o Procurador Geral da Republica, Roberto Gurgel, se embasou no presente instituto para pedir a condenação do ex-ministro da Casa Civil José Dirceu, alegando dificuldade de se estabelecer evidências, já que a denúncia era amparada essencialmente no cruzamento de depoimentos, Gurgel evocou a Teoria do Domínio do Fato. A justificativa foi que, embora operadores do crime organizado moderno deixem poucos rastros, são eles quem têm controle sobre o resultado final da atividade criminosa⁹.

A Teoria do Domínio do Fato, foi criada pelo jurista Hans Welzel em 1939, mas desenvolvida pelo jurista Claus Roxin em sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft* de 1963, ganhando a projeção na Europa e na América Latina. Tal instituto, assevera que é autor, e não mero partícipe, a pessoa que, mesmo não tendo praticado diretamente a Infração penal, decidiu e ordenou sua prática a

⁹ Somente em 2015, com a operação lava jato, pode-se entender que a compra de votos dos parlamentares do Congresso Nacional era apenas uma parte do esquema de corrupção que envolvia não somente parlamentares, como também a maior empresa estatal brasileira como sede dessa operação de corrupção no Brasil.

subordinado seu, o qual foi efetivamente o agente que diretamente a praticou em obediência ao primeiro. O mentor da infração não é mero partícipe, pois seu ato não se restringe a induzir ou instigar o agente infrator, pois havia relação de hierarquia e subordinação entre ambos, não de mera influência resistível.

No caso da Ação Penal 470, embora o Relator Ministro Joaquim Barbosa e o próprio Procurador tenham se valido da Teoria do Domínio de Fato para deixar atingir os mandantes do esquema de compra de votos dos parlamentares, o Ministro Ricardo Lewandowski, revisor da referida ação por sua vez, insistia do não cabimento do instituto criado por Hans Welzel, pois segundo ele a punição no Direito Penal não pode servir como vingança. "Pune-se para proteger bens jurídicos". Dessa forma, a pena no Direito Criminal não é uma retribuição que a sociedade faz a alguém que "produziu o mal". A pena deve ser sempre preventiva, ela deve buscar evitar o crime, mas sempre "no limite da culpabilidade do agente".

O Revisor Lewandowski acreditava que a pena só pode ser aplicada contra as pessoas que lesionam bens jurídicos. O pensamento impossibilita a utilização do Direito Penal para punições de caráter moral e religioso, que, segundo o jurista, não são problemas da área penal. Lewandowski falou "A teoria só pode ser utilizada num momento de exceção ou para organizações criminosas que atuem à margem da ordem jurídica, não basta supor que alguém tinha ciência do delito cometido".

É curioso que o próprio Jurista alemão Claus Roxin, em Setembro de 2014, palestrando em um Congresso Jurídico na cidade de São Paulo¹⁰, criticou a aplicação dada a sua tese por Barbosa e pelo próprio Procurador Geral da República, ao declarar que a teoria teria sido desenvolvida para tornar mais severas as penas das pessoas que comandam as estruturas políticas. A real proposta, diz Roxin, é punir os responsáveis pelas ordens e as pessoas que as executam em uma estrutura hierarquizada que atue fora da lei, mas não sem provas.

¹⁰ Congresso Internacional de Direito Penal que aconteceu na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie em setembro de 15 onde Claus roxin foi o palestrante principal.

E continuou dizendo que: “A posição hierárquica não fundamenta uma condenação, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta. Essa construção, (“dever de saber”) é do direito anglo-saxão e não a considero correta. No caso do Fujimori¹¹, por exemplo, foi importante ter provas de que ele controlou os sequestros e homicídios realizados. Ademais, é interessante saber que no Brasil também há o clamor por condenações severas, mesmo sem provas suficientes. O problema é que isso não corresponde ao direito. O juiz não tem que ficar ao lado da opinião pública, tal qual dissera em 2012.

Dessa forma, conclui-se que a denúncia de todos os Réus e a forma como essa se processou, usou a teoria de forma a encontrar os mandantes do esquema, mas embora houvesse fortes indícios em 2012 do que realmente acontecera procurou-se transcender as provas do processo por questões políticas.

Aconteceu nesse caso, aquilo que o ex - Ministro Eros Grau declarou, durante o XVI Congresso de Direito Constitucional Aplicado em Salvador em Agosto de 2015, que: “o Juiz deve se ater a provas dos autos e não de suas expectativas” - podemos concluir.

3.2 – Efeito BACKLASH ao Contrário, do julgamento da Ação Penal 470¹².

Segundo Barroso, a partir da decisão da segunda instância da Justiça, a maioria dos processos deveria ser resolvida. Não seria necessário recorrer à quarta e última instância: o STF. Ele também é favorável à redução do foro privilegiado, que faz com que Ministros de Estado, Deputados Federais e Senadores só possam ser

¹¹ Fujimori, Alberto Kenya - ocupou a presidência do Peru de 28 de julho de 1990 a 17 de novembro de 2000, Em 5 de abril de 1992, Fujimori dissolveu o Congresso, fechou o Poder Judiciário, o Ministério Público, o Tribunal Constitucional eo Conselho da Magistratura, em colaboração com as Forças Armadas. Fujimori foi criticado fortemente por seu estilo de governo, sendo qualificado como autoritário, em especial depois do chamado "Autogolpe de 1992".Fujimori ordenou a esterilização forçada de 200.000 mulheres indígenas no Peru

¹² O *backlash* é um tema debatido no Direito Constitucional norte-americano para se referir à oposição da sociedade às decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos em questões controversas e polêmicas.

processados no STF em julgamentos que costumam ser longos e tensos. "Os tribunais superiores não estão organizados para funcionar como instância ordinária, colhendo provas. Devem discutir questões de direito e não de fato."

Ou seja, o que diferencia o Foro por Prerrogativa de Função dos demais é a justificativa de se proteger a função, o cargo que o réu ocupa. Mas no caso há o processo de atração por competência, como já foi visto aqui, que tirou de réus da Ação Penal 470 o direito ao duplo grau de jurisdição. E na prática o que se viu foram condenados sim, mais cumprindo penas muito brandas em relação a crimes praticados por réus considerados comuns. Ou seja, trazer ao Supremo Tribunal Federal matéria de direito é assoberbar a Corte Constitucional Brasileira com processos e saber que o julgamento desses não terão a mesma imparcialidade na qual um magistrado concursado e pouco comprometido com política terá.

Dessa forma, entendemos que o Constituinte Originário "errou" ao instituir na Carta de 1988 o foro por prerrogativa de função, correspondendo a um verdadeiro paradoxo entre esse e o artigo 5º desta que assevera que "todos são iguais perante a lei"? Não, ele apenas não previu que em 2006 uma questão de ordem não trataria os "*desiguais a medida de suas desigualdades*"

Com isso, pode-se dizer que se a opinião pública estava certa e contente de que pela primeira vez via-se políticos e autoridades sendo julgadas e responsabilizadas pelos seus atos. Também pode-se ver que houve excessos por parte de quem os julgou. E no final as penas não corresponderam as expectativas da mesma sociedade que os condenou pela opinião pública, além de ter ocasionado desgastes pessoais entre o Relator da Ação Penal 470, seus pares e toda a classe política que acabou se envolvendo e parando o país para esse julgamento. Que embora necessário, poderia ter sido conduzido com maior descrição se não houvesse o cunho ideológico e político em seu julgamento.

CONCLUSÃO

Como se pode ver ao longo do presente artigo, o Instituto do Devido Processo Legal, está ligado implicitamente a Razoável Duração do Processo e das suas formas de recursos para reanálise da matéria processual e direito que compõem um determinado processo.

Com isso O Duplo Grau de Jurisdição é matéria obrigatória na observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois dá a quem quer que seja, o direito de ter seu caso analisado por uma instância superior ou se não diferente daquela que inicialmente a julgou.

Parte da Constituição Cidadã como princípio implícito, ele é encontrado como direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro e negar a este esse direito, é ir de encontro às ideias pós regime ditatorial que governou o Brasil por mais de duas décadas antes da promulgação da Carta de 1988.

Não difícil de concluir que de tempos a frente, o Supremo Tribunal Federal, tem de forma indireta legislado a respeito de matérias que fogem a sua competência. Onde uma decisão da Corte Constitucional hoje tem o poder de vincular a todo o poder judiciário e as ações da Administração Pública do país, mas diante de um equívoco de interpretação desta quem esta apto a corrigi-los?

Para responder tal questionamento há de se lembrar das palavras de Ruy Barbosa, que dizia que: “ *O Supremo Tribunal Federal é tão importante que pode se dá o trabalho de errar por último*”. Ou seja, só cabe a este realmente analisar as matérias de direito e não aquelas de fato que não estejam veiculadas no rol de suas competências.

No geral, pelo Princípio da Separação dos Poderes, mesmo que o Supremo Tribunal Federal tivesse emitido a súmula 704 em 24.09.2003, em desrespeito ao Pacto de San Jose da Costa Rica, e sua devida ratificação legislativa ordinária pelo Decreto 672/1992, essa jurisprudência não atinge a função legiferante do Congresso Nacional, que pode até por Emenda Constitucional transformar de Princípio Implícito

em Comando Constitucional Expresso no texto da Carta de 1988, o Duplo Grau de Jurisdição como direito fundamental, cláusula pétrea do artigo 60 § 4º IV, que podem ser modificadas se potencializados seus efeitos – caracterizando assim, a primeira proposta deste trabalho.

Por outro lado ainda não respondemos como tal Direito Fundamental seria exercido nas ações que já se iniciam no Supremo Tribunal Federal. Para tanto, ao se admitir tal Emenda Constitucional, o Regimento Interno da própria corte deveria ser modificado ou ampliado, de forma a dividir os onze ministros em duas turmas, sendo a primeira julgadora, a segunda revisora e o plenário decidiria a controvérsia, concluindo assim o rito.

Pois o que na prática se viu no julgamento da Ação Penal 470, foi o não desmembramento dos processos que envolviam aqueles que não dispunham de foro por prerrogativa de função incluindo os que possuíam. Houve a posterior condenação dos principais envolvidos, porém, aqueles que detinham a notoriedade política, serviram-se de bancas renomadas de advogados para defendê-los, conseguiram penas alternativas ou já até estão livres, o que não se pode dizer daqueles do baixo escalão do processo.

Não foi a impunidade que se advogou neste artigo, nem mesmo a defesa da corrupção, mas é a forma justa de se classificar os réus, dando ao ordenamento jurídico pátrio, regras claras em todas as suas instâncias e não obtusas que estejam a mercê do entendimento temporal do STF.

O instituto do Foro por Prerrogativa de Função não é ferramenta para se defender a pessoa física que ocupa o cargo público de destaque, mas a função e sua plena atuação, para que assim se possa exercer sem amarras judiciais a democracia. Mas há de se entender em nossa República, através da gestão técnica de nossa Suprema Corte, o Princípio da Isonomia, onde em parte se entende que se deve tratar os desiguais a medida de suas desigualdades.

E dessa forma, mesmo que o delito da Ação Penal 470, tenha sido cometido pelo concurso de agentes, o não desmembramento desta para o julgamento uno pelo Supremo Tribunal Federal, foi de acordo com o exposto neste artigo, desproporcional e não razoável, e sim seria possível de se recorrer a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não para se postergar o julgamento, e nem com o intuito de ratificar a ideia de impunidade que paira na cultura Brasileira, mas para se fazer justiça sem preconceitos políticos desmedidos.

E por isso, é de se entender o caráter analítico escolhido pelo Constituinte Originário de 1988, pois é fato que aquilo que não está escrito na Constituição muitas vezes se interpreta aquém do esperado ou poderes inexistentes são atribuídos aqueles que não o detém.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, JOSE LEVI MELLO DO. Os Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Presidência da Republica Federativa do Brasil. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/REVISTA/REV_11/OS_TRATADOS.HTM>
Com acesso em 24/04/2015

BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 7ª Ed. Ver. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional – 11º edição, Revista, atualizada e ampliada. Malheiros 2001.

BRASIL 24 HORAS, SITE Disponível em :
<<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/83124/Mensal%C3%A3o-e-reclama%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-Corte-Internacional.htm>>, acesso em 24.05.2015

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional – 3ª Edição. Almedina. Coimbra Portugal. 1998.

CONJUR, SITE, Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-set-01/claus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>>, com acesso em 23.09.2015

CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: Promulgada em 05 de outubro de 1988 – Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva – 45º ed. atual. e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2011.

SITE OS CONSTITUCIONALISTAS, Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-mensalao-e-a-prerrogativa-de-foro-por-conexao>>, acesso em 13.06.2015

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo: Direito Processual Constitucional – 4º Ed. Revista e Ampliada – São Paulo Editora Atlas – 2013.

FOLHA DE SÃO PAULO, JORNAL, disponível em : <<http://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?http://www1.folha.uol.com.br/fsp/o-piniao/71676-decisao-anterior-se-encaixa-como-uma-luva.shtml>>, Acesso em 24.05.2015

FLETCHER V. Peck - Marvin Mandel Trial. 2015. Em <<http://law.jrank.org/pages/25019/Fletcher-v-Peck-Marvin-Mandel-Trial.html>> Acesso em 05/05/2015.

JUSBrasil, Disponível em <<http://jus.com.br/imprimir/31657/o-direito-de-errar-por-ultimo>> com acesso em 10.06.2015.

GAMA, William Ricardo Grilli. O Direito de Errar por Último. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4204, 4 jan. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31657>>. Acesso em: 26 maio 2015.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado – 15ª ed. rev. Atual. E Ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Indeferimento da prisão imediata no processo do mensalão: o apressado come cru!. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3465, 26 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23323>>. Acesso em: 26 maio 2015.

MORAES, Alexandre. Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição – 3ª. Ed – São Paulo: atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Estado de Direito e Jurisdição constitucional – 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Coletânea de Direito Internacional – 3º Edição Ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2005.

SAMPAIO, Nestor, Site Jusbrasil, Disponível em <<http://nestorsampaio.jusbrasil.com.br/artigos/112330165/caracteristicas-dos-direitos-humanos-fundamentais>> com acesso em 13.04.2015.

VALOR ECONÔMICO, JORNAL on line, disponível em <<http://www.valor.com.br/politica/3586792/joaquim-barbosa-se-diz-ameacado-e-abandona-relatoria-do-mensalao>>, com acesso em 18.08.2015.