

Implicações do Reconhecimento do Duplo Grau de Jurisdição na Aplicação da Súmula 704 do STF

Implications of the recognition of the double degree of recognition on the
application of the docket 704 of Brazilian supreme court.

Diogo Leite Gavioli ¹

Resumo

Este trabalho objetiva analisar a Súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal à luz do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Em primeiro, conceitua o duplo grau de jurisdição. Em seguida, busca compreender o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia de índole constitucional. *In fine*, com base no princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, fundamenta a não aplicação no enunciado da súmula n° 704 do Supremo Tribunal Federal no que se refere à atração por conexão ou continência do processo do corréu não titular de foro por prerrogativa de função.

Palavras-chave:

Duplo grau de jurisdição. Competência por prerrogativa de função. Conexão e Continência.

Abstract

This work aims to analyze the binding legal precedent n° 704 of the Federal Supreme Court in the light of the constitutional principle of double jurisdiction. Foremost, conceptualizes the double jurisdiction, and then seeks to understand the principle of double jurisdiction as a guarantee of constitutional nature. Lastly, based on the constitutional principle of double jurisdiction, reasoned on the non-application of the summary statement n° 704 of the Supreme Court regarding the connection or attraction to continence the process of the co-defendant not holding a forum for prerogative function.

Keywords:

Double jurisdiction. Competence by prerogative to function. Connection and continence.

¹Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora/MG.

1. Introdução

O presente artigo científico tem como principal objetivo, analisar a súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal que diz “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de um dos denunciados”, em consonância com o princípio do duplo grau de jurisdição.

Em virtude da edição da súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal, a maioria dos tribunais nacionais vem utilizando as regras de prorrogação de competência (conexão e continência) previstas no Código de Processo Penal, para julgar o corréu não titular de foro por prerrogativa de função conjuntamente com os acusados que possuem tal prerrogativa de foro, de modo a modificar a competência do juiz natural, suprimindo uma série de garantias processuais, entre as quais a do duplo grau de jurisdição. Com efeito, a presente pesquisa assume caráter de extrema relevância prática, haja vista que o reconhecimento do princípio do duplo grau como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, possibilita ao acusado não titular de foro privativo o exercício da plenitude de sua defesa.

Buscar-se-á demonstrar neste trabalho que a aplicação do enunciado sumular aos corréus não titulares de foro por prerrogativa de função, fazendo com que sejam julgados diretamente em juízo de segundo grau, em razão, especialmente, de regras de prorrogação de competência (conexão e continência) previstas em legislação ordinária, malfere o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição.

Para tanto, analisar-se-á diversos aspectos do duplo grau de jurisdição, atentando-se pormenorizadamente à verdadeira natureza jurídica desse instituto, qual seja, a de garantia de cunho constitucional.

Ademais, estudaremos neste artigo todos os aspectos conceituais relacionados ao duplo grau de jurisdição, buscando delimitar, ao máximo, as situações em que o mesmo restará efetivado.

Os procedimentos utilizados para a confecção do presente trabalho se pautaram, basicamente, no confronto dos diversos conceitos doutrinários e opiniões existentes acerca do assunto em questão, comparando-os e, em seguida, concluindo pelos posicionamentos mais acertados, utilizando, para tanto, técnicas explicativas e o método dialético.

A elaboração do presente trabalho envolveu estritamente pesquisas bibliográficas, através da seleção e da leitura de inúmeras obras de doutrinadores e juristas consagrados.

Por fim, é válido ressaltar que além de servir como ponto de partida para estudos mais aprofundados, uma vez não ser a intenção precípua desse artigo exaurir as particularidades que envolvem o tema, contribuiu imensamente para uma maior aprendizagem no processo acadêmico e na formação profissional.

2. Duplo grau de jurisdição: conceito

De início, cumpre registrar a impropriedade no uso da expressão duplo grau de jurisdição.

Entende-se que tal termo dá a falsa impressão de que haveria uma exceção à regra de unidade da jurisdição com acesso a mais de uma espécie de jurisdição. Como cediço, em nosso país, a jurisdição não comporta divisões, em razão de se revelar como expressão do poder soberano do Estado, isto é, a unidade de jurisdição decorre da própria indivisibilidade do poder soberano do Estado. De acordo com esse entendimento ensina Carlos Alberto Destro, para quem o melhor termo seria *duplo grau de juízo*:

Sabendo-se que a jurisdição é uma, parece equivocada a denominação duplo grau de jurisdição dada à discutida garantia. Melhor seria afirmar-se que o nosso ordenamento assegura um duplo grau de cognição ou, como sustenta Luiz Guilherme Marinoni, um duplo juízo: “o duplo grau de jurisdição, portanto, poderia ser melhor definido como um duplo juízo sobre o mérito, até porque – mesmo quando a revisão é feita pelo tribunal – não há que falar em dois graus de ‘jurisdição’, mas em dois órgãos do Poder Judiciário analisando a mesma causa. (DESTRO, 2001, p.63)

Antes de conceituarmos o princípio do duplo grau de jurisdição, se faz mister ressaltar a existência de divergências entre os juristas no que no diz respeito a dois aspectos: (i) para alguns o princípio só estaria preservado quando ocorresse a revisão da decisão atacada por órgão jurisdicional diverso do prolator da decisão, ainda que da mesma hierarquia, enquanto que para outros o duplo grau só se verificaria quando o reexame fosse feito por órgão hierarquicamente superior; (ii) em segundo, o debate se resume em quais seriam os recursos, no âmbito do processo penal, que possibilitariam a efetivação do princípio.

Em relação ao primeiro aspecto, entende o Supremo Tribunal Federal:

Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois

caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem jurídica. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2002)

Esse também é o entendimento comungado por José Carlos Barbosa Moreira e Moacyr Amaral Santos. Afirma o primeiro autor (MOREIRA, 1998, p. 236), que do duplo grau “decorre a necessidade de permitir-se nova apreciação da causa, por órgão situado em nível superior na hierarquia judiciária, mediante a interposição de recurso ou expediente análogo”. O segundo (SANTOS, 2003, p. 85), assevera que esse princípio “consiste em admitir-se, com regra, o conhecimento e decisão das causas por dois órgãos jurisdicionais sucessivamente, o segundo de grau hierárquico superior ao primeiro”.

No entanto, esse entendimento não deve prevalecer, pois o que se busca com o reexame, entre outras coisas, é a correção de erros e o suprimento de lacunas da decisão impugnada, não se mostrando necessário ou essencial para tanto que tal função seja realizada exclusivamente por órgão de hierarquia superior. Neste sentido, registre-se o pensamento de Francesco Carnelutti (2000, p. 253):

A função da apelação está em submeter a lide ou o negócio a um segundo exame que ofereça maiores garantias do que o primeiro, já que serve da experiência deste e o realiza um ofício superior; mas esse último não é um caráter essencial, já que a apelação pode ser feita também perante um juiz de mesmo grau daquele que pronunciou a sentença impugnada; o essencial é que se trata de um exame reiterado, isto é, de uma revisão de tudo quanto se fez na primeira vez, e essa reiteração permite.

Nessa linha ainda, insta trazer à colação o magistério de Carolina Alves de Souza Lima:

Apesar de os Pactos em estudo- *Pacto de São José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos*- utilizarem as expressões “instância superior” e “tribunal superior”, o órgão colegiado de primeiro grau, como ocorre, por exemplo, na Lei n. 9.099/1995 em seu art. 82, tem legitimidade para realizar o reexame da decisão, sem que haja ofensa ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e ao Princípio do Devido Processo Legal. Isso porque a observância do Duplo Grau de Jurisdição prescinde de órgão superior para análise da matéria em discussão. (grifo nosso). (LIMA, 2004, p. 92)

No que se refere ao segundo aspecto, a doutrina unânime entende que o duplo grau só restará observado quando se permita um reexame integral da decisão do juízo *a quo*, ou seja, uma revisão completa de toda a matéria de fato e de direito da decisão guerreada. Com efeito, os recursos extraordinário e especial, por possuírem fundamentação

vinculada, não ensejam a concretização do princípio do duplo grau de jurisdição. Nesse sentido ensina Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 1637):

Portanto, pode se concluir que os denominados recursos extraordinários, aí incluídos o recurso extraordinário e o recurso especial, não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, não só porque não permitem o reexame pelos Tribunais Superiores da matéria fática e probatória apreciada na instância de origem, mas também porque não se prestam precipuamente à tutela do interesse das partes, mas sim à tutela da Constituição Federal, no caso do Recurso Extraordinário, e da legislação federal infraconstitucional, no caso do Recurso Especial.

Em sede processual penal, o duplo grau de jurisdição é exercido, em regra, pelo recurso de apelação, cuja interposição contra decisões do juiz singular é capaz de devolver ao juízo *ad quem* o conhecimento de toda a matéria fática e jurídica apreciada na instância originária. Entretanto, instrui o autor supracitado que outros recursos também materializam o duplo grau de jurisdição:

(...). A título de exemplo, o recurso ordinário em *habeas corpus* (CF, art. 102, II, “a”, e art. 105, II, “a”) também assegura o duplo grau de jurisdição em relação à decisão denegatória de *habeas corpus* de competência originária de outro tribunal, o mesmo ocorrendo com o recurso ordinário interposto contra decisões da Justiça Federal em relação a crimes políticos, cuja competência para apreciação é do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, II, “b”), e permite o reexame da matéria de fato e de direito decidida pelo Juiz Federal de 1ª instância. (LIMA, 2013, p. 1637)

Em síntese, tecidos os principais esclarecimentos sobre o princípio do duplo grau de jurisdição, cremos que seja ele uma garantia de revisão de decisões judiciais finais, por um órgão diverso do que a proferiu e, em regra, de hierarquia superior na ordem judiciária.

3. O Duplo Grau de Jurisdição como garantia constitucional

Como é cediço, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, celebrada em San José, capital da Costa Rica, em 1969, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, mesmo ano em que o Estado Brasileiro a ratificou, prevê expressamente a garantia duplo grau de jurisdição em seu artigo 8º, nº 2, “h”. O duplo grau de jurisdição também foi previsto pelo Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, ratificado em 24 de janeiro de 1992, e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, em seu artigo 14. nº 5.

Percebe-se que, após a ratificação dos referidos tratados de direitos humanos, o princípio do duplo grau de jurisdição passou a ser garantia jurídico-processual penal mínima e expressa, a ser concedida a todos os acusados declarados culpados por uma decisão penal condenatória. Nessa linha, insta trazer à colação o magistério de Carolina Alves de Souza Lima (2004, p. 93):

O Duplo Grau de Jurisdição, segundo o ordenamento brasileiro, incluía-se, até a ratificação do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, como garantia constitucional implícita, uma vez que decorria do Princípio do Devido Processo Legal, do Princípio da Ampla Defesa e da organização constitucional dos Tribunais Brasileiros. Com a ratificação dos referidos tratados e por força do disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 5º, da Constituição, o Duplo Grau de Jurisdição, no processo penal, passou a ser garantia expressa e de aplicação imediata no âmbito constitucional.

Para a compreensão do caráter constitucional da garantia do duplo grau de jurisdição é imperioso entendermos o processo de incorporação dos tratados de direitos humanos, que diferente do processo de incorporação dos tratados comuns, possui algumas especialidades. Para tanto, é preciso também estabelecer a definição dos tratados de direitos humanos.

Os tratados de Direitos Humanos possuem natureza especial em relação aos tratados comuns, haja vista que são celebrados para a proteção dos direitos e das garantias ligados à dignidade da pessoa humana. Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade:

Distintamente dos tratados clássicos, os tratados de proteção dos direitos humanos vão muito mais além, e compreendem bem mais do que compromissos recíprocos para o benefício mútuo dos Estados Partes, pois incorporam obrigações objetivas a serem cumpridas por meio de mecanismos de “implementação coletiva”. Esta última, de capital importância, se mostra um tanto avessa ao *rationale* individualista e voluntarista, dos preceitos clássicos sobre reservas a tratados multilaterais. (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 23)

Acerca do processo de incorporação dos tratados de Direitos humanos e de sua correspondente hierarquia na ordem jurídica nacional, existem quatro correntes doutrinárias que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional destes tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

A infraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos e a ideia de que teriam tais instrumentos status hierárquico de lei ordinária, como todos os demais tratados, mantinha-se como entendimento pacífico até 2007. Tal visão era calcada no artigo 102, inciso III, “b”, da Constituição Federal, pois levava a supor que, se um tratado

podia ser declarado inconstitucional, assim como uma lei federal, necessariamente teria status infraconstitucional e estaria, ademais, equiparado à lei ordinária. Esse entendimento, hoje inexistente, apenas foi questionado após a promulgação da EC 45/2004 e a entrada em vigor do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, quando então começou a serem discutidas duas novas noções: a da supralegalidade e da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos.

Segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela (2013, p. 988):

A reavaliação do status dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica pátria ocorreu dentro do processo, conduzido pelo Pretório Excelso, de reexame da legalidade da prisão civil do depositário infiel, proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (art. 7º, par. 7º), e permitida, pelo menos aparentemente, pela Constituição Federal (CF, art. 5º, LXVII) e pelo Código Civil de 2002 (art. 652).

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, por ora majoritária, ficou sedimentada após o julgamento do HC 90.172 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007), em que Supremo Tribunal Federal entendeu possuírem tais tratados, o caráter supralegal, isto é, inferiores à Constituição Federal, porém superiores às leis ordinárias. Com efeito, o entendimento sufragado tornou inaplicável a legislação infraconstitucional quando conflitante com as normas de direitos humanos, não importando se aquela foi publicada anteriormente ou posteriormente a ratificação do tratado.

Cumprе ressaltar ainda que o entendimento da supralegalidade não foi o único que surgiu na jurisprudência e na doutrina brasileira dentro desse processo de rediscussão do status hierárquico das normas de direitos humanos.

Embora ainda incipiente, o entendimento da constitucionalidade das normas internacionais de direitos humanos vem se tornando cada vez mais apazível para doutrina mais abalizada. Sem dúvida, esse é o posicionamento que melhor condiz com a importância que as normas de direitos humanos assumiram dentro da ordem jurídica interna e internacional.

A doutrina pátria que defende tal tese entende que a Constituição Federal tem regra expressa a respeito da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, insculpida no seu artigo 5, § 2º, que dispõe “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”.

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli:

A Carta de 1988, com a disposição do § 2º do seu art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer de forma clara, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados); e b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de fonte do sistema constitucional de proteção de direitos e garantias. E dizer, tais tratados passam a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de norma constitucional que esses instrumentos internacionais apresentam no ordenamento brasileiro. (MAZZUOLI, 2012, p. 95-96)

Sobre a cláusula aberta do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, ensina ainda o autor:

A cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta da Republica de 1988, assim, admite visivelmente que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo governo brasileiro ingressam no nosso ordenamento jurídico no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa.

Ora, se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela expressos “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, e porque ela própria esta a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. E dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, e porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu “bloco de constitucionalidade”. (MAZZUOLI, 2012, p. 96)

Ademais, vale dizer que, embora não inseridas formalmente no corpo da Constituição Federal, as normas internacionais de direitos humanos possuem inegável natureza material constitucional, isto é, estejam no corpo da Constituição ou nos Tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, constituem normas materialmente constitucionais. Neste mesmo sentido a lição de Flávia Piovesan (2000, p. 76):

Este reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional.

Outrossim, consoante J.J. Gomes Canotilho, a Constituição não detém uma pretensão de completude, o que aponta para sua abertura, permitindo assim a flexibilidade necessária para seu contínuo desenvolvimento. Nessa linha, cumpre registrar seu brilhante magistério:

A ideia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima facie*, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente, mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16.º/1.º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à formalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe norma com *fattispecie* aberta (Baldassare) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais*, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional” (CANOTILHO, 1989, p. 373-374)

Do exposto, conclui-se que o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal constitui uma cláusula de abertura a novos direitos fundamentais. Esse viés interpretativo é também o que melhor se coaduna com o princípio da máxima efetividade. Ensina Flávia Piovesan (2000, p. 80):

Vale dizer, todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma norma constitucional pode-se dar uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais.

Ademais, cumpre destacar que além de ingressarem no ordenamento interno como norma constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos, por expressa previsão constitucional, passam a incorporar-se automaticamente em nosso ordenamento, a partir de sua respectiva ratificação. Essa é a conclusão que se extrai do mandamento do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. Sustenta Valério de Oliveira Mazzuoli (2012, p. 102):

Na medida em que a Constituição lhes atribui a natureza de “normas constitucionais”, os tratados de proteção dos direitos humanos também passam, pelo mandamento do citado § 1º do seu art. 5.º, a ter *aplicabilidade imediata* no ordenamento jurídico brasileiro, dispensando-se, desta forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Já nos casos de tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, este decreto, materializando-os internamente, faz-se necessário. Em outras palavras, com relação aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, foi adotado no Brasil o *monismo ointernacionalista kelseniano*, dispensando-se da sistemática da incorporação o decreto executivo presidencial para seu efetivo cumprimento no ordenamento pátrio, de forma que a simples *ratificação* do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas a respectiva legislação interna.

Continua ainda o autor:

Frise-se que o § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 da aplicação imediata a *todos* os direitos e garantias fundamentais, sejam estes expressos no texto da Constituição, ou provenientes de tratados, vinculando-se todo o judiciário nacional a esta aplicação, e obrigando, por conseguinte, também o legislador, aí incluído o legislador constitucional. E dizer, seu âmbito material de aplicação transcende o catálogo dos direitos individuais e coletivos insculpidos nos arts. 5º a 17 da Carta da Republica, para abranger ainda outros direitos e garantias expressos na mesma Constituição (mas fora do catálogo), bem como aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tudo consoante a regra do § 2º do seu art. 5º. (MAZZUOLI, 2012, p. 101-102)

Dessa forma, a ratificação do tratado internacional de direitos humanos, implicará na sua incorporação automática ao plano jurídico interno, dispensando-se qualquer ato jurídico complementar para sua imediata exigibilidade no sistema jurídico pátrio. Entretanto, insta ressaltar que tal prerrogativa apenas diz respeito aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, não se aplicando aos demais tratados comuns.

A reforma do judiciário trouxe muita polêmica ao tema dos direitos humanos, em razão, principalmente, da inclusão do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal². Tal dispositivo pretendeu por termo as discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a doutrina mais abalizada, antes da reforma, já atribuía aos tratados de direitos humanos

²Art. 5º, § 3º- “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais”.

status de norma constitucional, em virtude da interpretação do § 2º do mesmo art. 5º da Constituição.

Para os defensores do caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, o novel § 3º, do art. 5º da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma sistemática, à luz dos princípios constitucionais e internacionais, especialmente o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II, da Constituição Federal) e da proteção à dignidade humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal).

Como assentamos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil, em razão do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, alcançaram o *status* de norma constitucional. Com efeito, o que se deve entender é que o quórum previsto no § 3º do artigo 5º, da Constituição Federal, serve tão somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já adquiriram com do § 2º do art. 5º da Constituição. Nesse sentido, a lição de Valério de Oliveira Mazzuoli (2012, pp. 108-109):

No nosso entender a diferença existe, e nela esta fundada a única e exclusiva serventia do imperfeito § 3º do art. 5º da Constituição, fruto da Emenda Constitucional 45/2004. Falar que um tratado tem “*status* de norma constitucional” significa dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna. Isso e menos amplo que dizer que ele e “*equivalente* a uma emenda constitucional”, porquanto esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Perceba-se que, neste último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, a luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se a seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer e que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já tem *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser *equivalentes as emendas constitucionais*), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quórum* do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.

Sobre o efeito no tempo do § 3º, do art. 5º da Carta Magna, continua o autor:

O § 3º do art. 5º, contudo, não faz nenhuma ressalva quanto aos compromissos assumidos pelo Brasil anteriormente, em sede de direitos humanos, bem como em nenhum momento induz ao entendimento de que estará regendo situações pretéritas. O que aparentemente ele faz e tão somente permitir que o Congresso Nacional, a qualquer momento (antes de sua ratificação ou mesmo depois desta), atribua aos tratados de direitos humanos o caráter de emenda constitucional. Em tese, nada obsta que o referido § 3º seja também aplicado em relação aos tratados ratificados anteriormente a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45 (...). (MAZZUOLI, 2012, p. 107)

Ao lado dos posicionamentos acima apresentados, existem autores que sustentam terem os tratados de direitos humanos hierarquia supraconstitucional, chegando Flávia Piovesan (2000) a mencionar Agustin Gordillo, André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros e Hildebrando Accioly. Todavia, tendo em vista ser um posicionamento ainda isolado na doutrina pátria, embora seja o mais condizente com a importância assumida pelos direitos humanos no cenário mundial, não teceremos maiores comentários sobre ele.

Por todo o exposto, pode-se concluir que dos posicionamentos apresentados sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, o que melhor coaduna com os princípios da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II, da Constituição Federal) e da proteção à dignidade humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), é o de ingressarem eles no ordenamento interno como norma constitucional, pela sistemática da incorporação automática. Considerando, ademais, a importância que a proteção dos direitos humanos assume no cenário mundial, nosso posicionamento não poderia ser outro.

Destarte, sendo o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica tratados internacionais de direitos humanos, deverão, como dito, serem incorporados ao ordenamento interno como normas constitucionais materiais. Tomando essa visão como diretivo, cremos ser possível a compreensão constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição, porquanto previsto como garantia processual penal expressa nos dois tratados citados.

4.○ princípio constitucional do duplo grau de jurisdição como baliza para o desmembramento de processos de corréus não titulares de foro por prerrogativa de função

Dispõe a súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal 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 corréu ao foro por prerrogativa de um dos denunciados”. Pela leitura do enunciado sumular, que não faz menção à eventual violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, é possível extrair que caso um acusado não titular de foro por prerrogativa de função cometa infrações penais em concurso com pessoas titulares de foro privativo, será julgado diretamente em juízo de segundo grau.

Esse *simultaneus processus* é decorrente da aplicação das regras de prorrogação de competência previstas no Código de Processo Penal (CPP), que prevê que no caso de conexão ou continência em concurso de agentes englobando aqueles que têm foro privativo e outros que dele não usufruem, a competência para processar e julgar o feito seria, a princípio, da jurisdição de maior graduação, conforme o disposto no art. 78, III, do referido *Codex*³.

Como cediço, algumas pessoas, quando cometem delitos penais são julgadas diretamente por um Tribunal em razão deserem titulares de foro por prerrogativa de função. Essa jurisdição especial assegurada a certas funções públicas tem como matriz o interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam certos cargos públicos possam exercê-los em sua plenitude, com alto grau de autonomia e independência, a partir da convicção de que seus atos, se eventualmente questionados, serão julgados de forma imparcial por um Tribunal. Insta ressaltar que a competência por prerrogativa de função visa resguardar o exercício da função pública e não a pessoa que a exerce, tanto é assim que cessado o exercício da função pública, cessa automaticamente o direito ao foro por prerrogativa de função. Nessa linha, impende registrar a lição de Hidejalma Muccio (2001, p. 165):

O foro pela prerrogativa de função preserva não só o acusado, como também o prestígio da própria justiça, colocando-a a salvo de pressões indevidas ou interferências que comprometam a imparcialidade do julgamento. A supressão do foro pela prerrogativa de função tornaria o julgamento proferido pelos Órgãos Jurisdicionais que julgam as demais pessoas, não só foro fértil de decisões a favor do acusado (seja pelas pressões internas e externas, seja pelos estreitos laços de amizade e de trabalho, seja em razão de interesse pessoais e escusos de julgador), mas também propiciador de julgamento vingativos e parciais.

Cabe registrar ainda, que o acusado titular de foro pela prerrogativa de função, por ser julgado por uma instância superior, não tem direito ao recurso de apelação. Como bem ressalta Fernando da Costa Tourinho Filho, não existe duplo grau de jurisdição em relação à competência por prerrogativa de função:

[...] a competência originária, isto é, competência privativa que determinados órgãos têm para processar e julgar certas pessoas, é exercida em única instância. Não existe para ela o duplo grau de jurisdição. Se são julgadas por um órgão colegiado da Superior Instância, presume-se o acerto dessas

³ Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

decisões, tanto mais quanto seria materialmente impossível manterem-se outros órgãos, superiores aos existentes. (TOURINHO FILHO, 1998, p. 216)

No entanto, muito embora a prerrogativa de foro seja um direito exclusivo daqueles que exerçam determinadas funções públicas, nossos tribunais, especialmente após a edição da súmula nº 704 pelo Supremo Tribunal Federal, começaram a utilizar as regras de prorrogação de competência, tais como a conexão (art. 76 do CPP) e a continência (art. 77 do CPP), para julgar, em juízo de segundo grau, os corréus que cometam delitos em coautoria com aqueles que fazem jus ao foro por prerrogativa de função, ainda que aqueles não exerçam qualquer função pública. Ocorre que, esse *simultaneus processus*, impossibilita ao acusado não titular de foro por prerrogativa de função, exercer o seu direito constitucional ao duplo grau de jurisdição, haja vista que não lhe permite interpor um recurso que devolva ao juízo *ad quem* o conhecimento de toda a matéria fática e jurídica apreciada na instância originária.

Posto isto, como se poderá admitir que uma regra prorrogação de competência (conexão e continência), prevista em uma lei ordinária, qual seja, o *decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)*, subtraia do acusado não titular de foro por prerrogativa de função, o seu direito, constitucionalmente assegurado, ao duplo grau de jurisdição?

Como assentado alhures, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 678/1992, prevê expressamente a garantia duplo grau de jurisdição no seu artigo 8º, nº 2, "h", que estabelece:

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.

Cumprindo recapitular, outrossim, que o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, ratificado em 24 de janeiro de 1992, e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, também prevê a garantia ao duplo grau de jurisdição em seu artigo 14.º nº 5, que dispõe “toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”.

Ademais, como visto, os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados ao ordenamento pátrio com *status* hierárquico equivalente à das normas constitucionais, eis que possuem inexorável natureza material constitucional.

Assim sendo, não é certo aceitar que uma garantia com assento constitucional, seja suprimida por uma regra de prorrogação de competência prevista em legislação ordinária. A propósito, é regra comezinha de hermenêutica constitucional que a interpretação das leis deve ser feita em conformidade com a Constituição, e não o contrário.

Nessa linha, impende registrar a lição do Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto na questão de ordem da AP 470/MG:

[...], não vejo como seja possível admitir-se que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente daquelas que integram Código de Processo Penal-instrumento cuja finalidade última é proteger o *jus libertatis* do acusado diante do *jus puniendi* estatal– derogue a competência constitucional estrita fixada pela Carta Magna aos diversos órgãos judicantes e, mais, permita malferir o princípio do duplo grau de jurisdição, nela abrigado e mais uma vez acolhido, de livre e espontânea vontade, pelo Brasil, após a promulgação daquela, quando aderiu sem reservas ao Pacto de San José da Costa. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

Sobreleva notar que conquanto se adote a tese da supralegalidade das normas internacionais de direitos humanos, não se poderá admitir que a garantia ao duplo grau de jurisdição do corréu não titular de foro privativo seja restringida pelas regras de conexão e continência previstas no Código de Processo Penal, eis que, da mesma forma, o status normativo supralegal, embora esteja abaixo da Constituição, prevalece sobre a legislação ordinária. Ademais, ainda que se considere possuírem os tratados de direitos humanos status hierárquico equivalente às leis ordinárias, é cediço que a *lex posterior derogat priori*, isto é, como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos foram ratificados no de 1992, e, considerando que o Código de Processo Penal data de 1941, é indubitável que os referidos pactos lhe são posterior e que, por esta razão, o revogariam.

Em síntese, cabe trazer à colação o magistério de Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 1644):

"Ora, tendo em conta que o duplo grau de jurisdição está previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, nº 2, "h"), resta saber se esse entendimento do Supremo Tribunal Federal negando o direito ao duplo grau de jurisdição não está a merecer mudança de posicionamento nos casos em que o corréu sem foro por prerrogativa de função e julgado pelos Tribunais em virtude da conexão ou da continência.

De acordo com a Súmula nº 704 do Supremo, *não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados*. Da leitura da referida súmula, que não faz menção à eventual violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, depreende-se que, caso um Deputado Federal pratique um crime em coautoria com um cidadão que não faça jus ao foro por prerrogativa de função, ambos poderão ser julgados pela Suprema Corte. Em relação ao Deputado Federal, pensamos que a questão não apresenta maiores problemas. Afinal, se a própria Constituição estabeleceu seu foro por prerrogativa de função perante a mais Alta Corte do País (artigo 53, parágrafo 1º), não havendo um juízo *ad quem* que possa viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, este não terá o direito de apelar. Todavia, bem diversa é a situação do coautor ou partícipe. De fato, o que determina o *simultaneus processus* em relação a sua pessoa perante o Supremo é a continência por cumulação subjetiva, norma prevista em lei ordinária: Código de Processo Penal (art. 77, I). Ocorre que, por força desse julgamento perante o Supremo, o coautor não terá direito de apelar. Fica a dúvida, então: poderia uma lei ordinária (CPP, art.77, I) prevalecer sobre dispositivo que tem status normativo supralegal (Pacto de São José da Costa Rica, art.8º, nº 2, "h"), privando o coautor do direito de apelar? Pensamos que não. Destarte, diante do status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, e considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê o direito ao duplo grau de jurisdição de maneira expressa, caso o coautor não tenha foro por prerrogativa de função, impõe-se a separação dos processos, respeitando-se, quanto a este, o direito assegurado no art. 8º, nº 2, "h", do Dec. nº 678/9.

Por todas as razões expostas, evidenciamos que a aplicação da súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal às pessoas que não possuem foro por prerrogativa de função, fazendo com que sejam julgadas diretamente em juízo de segundo grau, em razão, exclusivamente, das regras de conexão e continência previstas no Código de Processo Penal, malferem o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Se os processos não fossem reunidos, o cidadão comum seria julgado pelo juízo de primeiro grau e teria garantido o duplo grau de jurisdição. Entretanto, observa-se que, pela sistemática proposta pela súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal, o coautor, cidadão comum do povo, que não exerce qualquer função pública, não terá direito ao duplo grau de jurisdição, porquanto será julgado diretamente por um Tribunal, sem direito a interpor um recurso que o permita impugnar, de forma ampla, todas as questões tratadas pela decisão do juízo *a quo*. Por esta razão, defendemos a não aplicabilidade da súmula nº 704 do Supremo Tribunal Federal nesses casos.

5- Conclusão

O objetivo principal de nossa pesquisa era analisar a atração por conexão ou continência do processo de pessoas não titulares de foro privilegiado, quando estas tivessem seu processo atraído pelo foro por prerrogativa de função de outro denunciado.

Nosso intuito era demonstrar que tal atração malferia o princípio do duplo grau de jurisdição, e que, por esta razão, seria imperioso separar os processos para fins de julgamento.

Defendemos nesse trabalho o entendimento da constitucionalidade do princípio do duplo grau de jurisdição em razão, principalmente, da cláusula aberta do § 2º, do artigo da Constituição Federal, que admite, visivelmente, que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo governo brasileiro ingressem no nosso ordenamento jurídico no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Em assim sendo, considerando que o duplo grau de jurisdição está expressamente previsto em dois tratados internacionais de direitos humanos, quais sejam, o Pacto de São José da Costa Rica (artigo 8.2.h) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 14. n° 5), ambos ratificados pelo Estado brasileiro, é evidente a sua natureza como norma constitucional material e autônoma no âmbito processual penal.

No entanto, como visto, seja qual for o posicionamento adotado sobre a incorporação de tratados de direitos humanos, entendemos que no caso de infração penal cometida em concurso de agentes, por pessoas que possuam foro por prerrogativa de função e aquelas que não o possuam, a separação dos processos é medida que se impõe, em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, porquanto não se pode admitir que uma regra de prorrogação de competência (conexão e continência) prevista em legislação ordinária suprima o direito ao duplo grau de jurisdição que possuem os réus não titulares de foro privativo

Destacamos, *in fine*, que para se entender a dimensão da importância que o duplo grau de jurisdição possui para a sociedade, é preciso, antes, esclarecer que vivemos em um Estado Democrático de Direito. Se o Estado Democrático de Direito é o promotor e garantidor da justiça social, sendo informado pelo princípio da segurança jurídica e pelo sistema de direitos fundamentais, nada mais razoável do que compreender o princípio do duplo grau de jurisdição como primado para viabilização do referido Estado, na medida em que possibilita uma tutela jurisdicional mais segura e mais acertada, garantindo-se, assim, a concretização de direitos fundamentais, como o direito de acesso à ordem jurídica justa.

Referências Bibliográficas

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. trad. bras. de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classik Book, 2000.

DESTRO, Carlos Alberto. *O duplo grau de jurisdição*. Intertemas: Revista da Toledo, Presidente Prudente, v. 4, 2001.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Manole, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VII. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. v.II. Bauru, SP: Edipro, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 5. ed. Bahia: JusPodivm, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. III. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Questão de ordem na ação penal 470 – Minas Gerais*. Acessível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/noticiastf/anexo/qaop470r1.pdf, p. 46. Acesso em: 16/05/2014.

_____. Segunda Turma. HC 90.172/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05/06/07. DJ 17.08.07, p.91.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus n. 79-785-7. Jorgina Maria de Freitas Fernandes e Ministério Público Federal. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. 29.03.2000. D.J. 22.11.2002. Ementário n. 2092-2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Anotado*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 1998.

Recebido em: 02 de junho de 2014

Aprovado em: 18 de agosto de 2014

GAVIOLI, Diogo Leite. Implicações do reconhecimento do duplo grau de jurisdição na aplicação da súmula 704 do STF. *Alethes*, Juiz de Fora, n. 04, v. 01, pp. 35-50, jan./jun. 2014.