

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Juliandra Vanini

INOBSERVÂNCIA DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA
DIANTE DA GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO
NOS JULGAMENTOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Passo Fundo

2016

Juliandra Vanini

INOBSERVÂNCIA DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA
DIANTE DA GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO
NOS JULGAMENTOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Me. Daniel da Silveira Menegaz.

Passo Fundo

2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço às pessoas que fizeram possível a realização desse trabalho.

Em especial, aos meus pais e à minha irmã, pela paciência e pelo apoio ao longo dos quatro anos que percorri para chegar até aqui;

ao meu namorado, pelo apoio e pela compreensão nos momentos em que o estudo e o cansaço ficaram em primeiro lugar;

à Laura, amiga mais prestativa e atenciosa, com quem dividi minhas vitórias e frustrações ao longo da faculdade;

e ao meu orientador, Professor Mestre Daniel da Silveira Menegaz, por toda ajuda oferecida e pelo incentivo ao longo de cada correção, tornando possível a conclusão do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico versa sobre a inobservância dos tratados internacionais, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, quando de julgamentos presididos diretamente no Supremo Tribunal Federal em decorrência da prerrogativa de função de algum dos réus. Segundo a Súmula n. 704 da Suprema Corte, não há violação do princípio da ampla defesa, do juiz natural e do devido processo legal quando houver conexão ou continência de processos para aquele tribunal competente do réu que detêm a prerrogativa. O trabalho objetiva a análise crítica da discrepância de decisões quando do julgamento de casos muito parecidos em que a Suprema Corte negou o desmembramento do processo àqueles réus sem a prerrogativa de serem julgados originariamente por ela, e conseqüentemente lhes suprimiu a garantia constitucional de recorrer da sentença a uma instância superior. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo e os métodos de procedimento foram o bibliográfico e o interpretativo. Após análise dos argumentos usados nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, observada a influência dos tratados antes e depois da Emenda Constitucional n. 45, chega-se à conclusão de que a divergência entre as decisões de casos similares ocorre em razão da relativização dos direitos e garantias constitucionais e daqueles incorporados advindos dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, e pela própria interpretação não adequada dada a alguns tratados. Tudo isso com base em exceções criadas pela própria Suprema Corte para justificar a inobservância do Pacto de San José da Costa Rica e, assim, violar o direito ao duplo grau de jurisdição dos corréus não detentores de prerrogativas.

Palavras-chave: Duplo Grau de Jurisdição. Pacto de San José da Costa Rica. Prerrogativa de função. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E APLICABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA	7
2.1	O Direito Internacional Público e sua incorporação no direito interno estatal.....	7
2.2	O processo de incorporação dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio: parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.....	12
2.3	A ratificação do Pacto de San José da Costa Rica e seus reflexos no Direito Brasileiro	18
3	O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E SUA PREVISÃO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NO PROCESSO PENAL	25
3.1	A competência originária decorrente da prerrogativa de função e o duplo grau de jurisdição	25
3.2	Os efeitos da Súmula 394 n. do Supremo Tribunal Federal e a inconstitucionalidade do artigo 84 do Código de Processo Penal	30
3.3	O concurso de agentes e a conexão de processos diante do princípio do duplo grau de jurisdição e da prerrogativa de foro.....	35
4	O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA E A APLICAÇÃO DA GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA PRERROGATIVA DE FORO	43
4.1	O desmembramento das ações penais para os corréus e os limites constitucionais para aplicação da Súmula n. 704 do Supremo Tribunal Federal.....	43
4.2	Os embargos infringentes e a tentativa de garantir o princípio do duplo grau de jurisdição	49
4.3	O Supremo Tribunal Federal e a inobservância do Pacto de San Jose da Costa Rica em seus julgamentos originários	55
5	CONCLUSÃO	62
	REFERÊNCIAS	65
	ANEXOS	70

1 INTRODUÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional que, embora não tenha sido referido na Constituição Federal de 1988, encontra-se implícito nos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. A previsão é feita explicitamente pelo texto legal da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional assinado e ratificado pelo Brasil. Assim, mesmo com os argumentos de que tal princípio não foi recepcionado pela Lei Maior, tem-se a Convenção, que reafirma o duplo grau de jurisdição como direito humano. Logo, tal garantia devendo ser respeitada da mesma forma que as demais garantias constitucionais.

O Pacto de San José da Costa Rica foi ratificado pelo Brasil em 1992 com o Decreto n. 678, trazendo consigo várias outras garantias a nível internacional quando o assunto é a proteção dos direitos humanos. Assim, muito embora o Brasil jamais tenha feito reservas quanto aos artigos que não pretendia incorporar em seu ordenamento, ainda é posicionamento majoritário que o princípio do duplo grau de jurisdição não teria como ser violado em razão de advir tão somente do tratado já referido. Ocorre que muitos juristas ainda possuem dúvidas sobre a aplicação desse princípio, principalmente quando se trata do julgamento de processos em tribunais competentes em decorrência da prerrogativa de função, havendo divergência no próprio entendimento e pacificação acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos dentro do ordenamento jurídico.

O problema aqui debatido diz respeito aos casos de ações penais em que nem todos os réus possuem prerrogativa de foro para serem julgados perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e acabam perdendo a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição em decorrência dos institutos da conexão e da continência. Isso não parece ser adequado, pois a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, §2º, prevê como direitos fundamentais todos aqueles decorrentes dos princípios adotados por ela, incluindo os decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte. Todavia, mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, após vários debates, conclui que os tratados internacionais sobre direitos humanos passarão a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro com caráter supralegal.

Dessa maneira, lembrando o famoso caso do “Mensalão”, a Ação Penal n. 470/MG, o julgamento dos corréus se deu juntamente com aqueles que detinham motivo para serem julgados diretamente perante a Suprema Corte, não sendo admitido, pelo próprio Tribunal, o desmembramento do processo. Conseqüentemente, os acusados não puderam recorrer a um

tribunal hierarquicamente superior para reexame da decisão condenatória. Tal fato violou a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, tendo sido levantada por juristas a possibilidade de uma futura condenação do Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para a condução da discussão, o presente trabalho encontra-se dividido em três capítulos. O primeiro capítulo trata especialmente sobre os tratados internacionais de direitos humanos, como estes passam a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro e qual a possível solução quando da existência de conflitos entre normas internacionais advindas dos tratados e das normas constitucionais internas. Ademais, analisa-se o novo parágrafo 3º, incorporado ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional n. 45, além das mudanças ocorridas no entendimento jurisprudencial da Suprema Corte acerca da hierarquia desses tratados, e porque existe quem entenda ser inconstitucional esse parágrafo. E, com base nisso, são referidas quais as mudanças ocasionadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos no direito interno do Estado.

O segundo capítulo tem como enfoque o outro lado do direito internacional, ou seja, o direito interno brasileiro e como este ao longo do tempo foi criando maneiras para suprimir garantias constitucionais (ou as manter, mesmo que por interesse individual) principalmente o duplo grau de jurisdição, o qual é analisado dentro do processo penal. Ainda, busca-se conduzir a análise dessa implícita garantia constitucional frente ao instituto da prerrogativa de função e seus tribunais originários, e a demonstração da inconstitucionalidade do artigo 84 do Código de Processo Penal ao tentar trazer à tona o texto de súmula já revogada, a qual matinha a prerrogativa de foro até na hipótese de cessação do mandato.

Já o terceiro e último capítulo explora a problemática em si, sendo analisados os diferentes posicionamentos nos julgamentos presididos pelo Supremo Tribunal Federal, bem como até que ponto a fundamentação que aceita a violação do duplo grau de jurisdição baseada em súmula é constitucional ou não. Ainda, explora a posição de alguns doutrinadores a respeito do uso dos embargos infringentes como meio de justificar que o julgamento dos réus sem prerrogativa de foro não viola o Pacto de San José da Costa Rica. Além disso, o capítulo responde o problema então proposto, indicando o porquê da discrepância de decisões em desmembrar ou não o processo para aqueles réus sem a prerrogativa de serem julgados originariamente pela Suprema Corte.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E APLICABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988 traz em sua redação que os direitos e garantias contidos em seu texto não excluem aqueles decorrentes do regime e dos princípios por esta adotados, ou seja, aqueles que são incorporados por meio de tratados, convenções ou atos internacionais, que entram no ordenamento jurídico pátrio como lei ordinária ou com caráter de Emenda Constitucional. Contudo, tem-se discutido ao longo do tempo quando e de que forma ocorre essa incorporação, e qual o caráter hierárquico que essas normas terão quando passarem a vigorar no ordenamento pátrio.

2.1 O Direito Internacional Público e sua incorporação no direito interno estatal

Tratado é um acordo internacional concluído entre Estados, de forma escrita, sendo regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único documento ou em dois ou mais documentos conexos, qualquer que seja sua designação específica. É a fonte mais importante do Direito Internacional e também a forma mais democrática, pois os Estados atuam diretamente.

No conceito de Jorge Miranda,

Por tratado ou convenção internacional entende-se um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional constitutivo de direitos e deveres ou de outros efeitos nas relações entre eles; ou, de outra perspectiva, um acordo de vontades, regido pelo Direito Internacional, ente sujeitos de Direito Internacional; ou, ainda, um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional, agindo enquanto tais, de que derivam efeitos jurídico-internacionais ou jurídico-internacionalmente relevantes (2009, p. 57).

Quando se fala em tratados internacionais em âmbito geral, é necessário se reportar à Convenção de Viena de 1969, pois nela se encontram codificados o costume dos Estados relativo a tratados. Estão regulados desde o conjunto de regras gerais referentes aos tratados firmados entre Estados até todo tipo de desenvolvimento progressivo de matérias não debatidas no âmbito internacional. O mais importante da referida convenção é que, mesmo para aquele Estado que não é signatário, a Convenção de Viena possui autoridade jurídica em decorrência de ser aceita como uma norma declaratória de Direito Internacional geral, a menos que o tratado

em questão tenha conseguido alcançar uma solução diferente para o problema (MAZZUOLI, 2014a, p. 186).

No Brasil, a Convenção de Viena foi formalmente ratificada somente no ano de 2009, porém, vinha sendo usada nas atividades de negociação de tratados antes mesmo de tal ato. No entendimento de Valério de Oliveira Mazzuoli, isso se deu em razão de que os tratados têm valor de costume positivado enquanto de sua não ratificação. Assim, a norma passa a valer como costume, vez que como tratado ainda não possui valor, ou, tecnicamente, não se encontra em vigor. Mas o valor jurídico existe, mesmo sendo como norma costumeira internacional. Ademais, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, por não se tratarem de normas de direitos humanos, aquelas trazidas pela Convenção de Viena têm nível de leis ordinárias federais, devendo ser cumpridas integralmente como qualquer outra lei em vigor no país (2014a, p. 187).

Logo, os tratados em âmbito internacional são aplicados àqueles Estados que expressamente ratificaram o documento, ou seja, consentiram com as normas trazidas por este no momento que passaram a adotá-lo, uma vez que os tratados não podem criar obrigações para aqueles Estados que não o assinaram. Desse modo, apenas por meio do consenso é que os tratados irão gerar obrigações legais, pois o Estado, ao ratificar um tratado está assumindo um compromisso internacional de cumprir e respeitar os termos trazidos pelo documento. Ressalta-se que o artigo 52 da Convenção de Viena refere que será nulo o tratado cuja conclusão houver sido obtida mediante ameaça ou uso da força (PIOVESAN, 2010, p. 107).

Com base no artigo referido, para que um tratado seja válido, são necessários os seguintes requisitos: capacidade das partes contratantes, conforme artigo 6º da Convenção de Viena de 1969; consentimento mútuo, ou seja, não podem haver vícios como erro, dolo ou coação quando do acordo, podendo o tratado ser nulo em caso de vício; objeto lícito e possível, sendo nulo o tratado que contrariar uma norma imperativa de Direito Internacional Geral; e habilitação dos agentes signatários, que têm os poderes para negociar e concluir os tratados.

Ressalta-se que, quanto ao tema da nulidade dos tratados, existem doutrinadores que preferem não nominar assim, sendo que entendem também não ser correto falar apenas em vícios de consentimento. Por tal razão, de acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli, e tendo em vista que a Convenção de Viena regula os vícios e os casos de nulidade, deve-se falar em anulabilidade de consentimento, nulidade de consentimento e nulidade dos tratados conjuntamente, não havendo como falar apenas em um desses. Dessa maneira, por óbvio que apenas aqueles Estados que fizerem parte do tratado é que poderão arguir nulidade e invalidez

deste quando do conflito com normas internacionais anteriores à elaboração do tratado novo (2014a, p. 301-308).

Quanto aos conflitos com as normas internas do Estado que ratificou o tratado internacional, a Convenção de Viena, visando à conciliação das normas, adotou a solução conciliatória, que traz o entendimento de que, se o Estado alegar que o compromisso firmado por meio do tratado violar norma interna, a ratificação do tratado somente poderá ser nula caso a violação da norma interna for manifesta e se der com norma constitucional sobre a competência para concluir tratados (MAZZUOLI, 2014a, p. 318). Dessa forma, Valério de Oliveira Mazzuoli refere que, quando houver conflito entre a norma interna e a norma internacional, a solução deve sempre ser resolvido favorecendo o direito internacional (2014a, p. 322). Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro jamais trouxe qualquer dispositivo sobre qual norma deve ser aplicada quando desse tipo de conflito entre direito internacional e o direito interno estatal.

O que a Constituição Federal de 1988 prevê sobre as normas dispostas pelos tratados internacionais consta em seu artigo 5º, parágrafo 2º, é que os direitos e garantias estabelecidas em seu texto não excluem aqueles decorrentes do regime e dos princípios por esta adotados, assim como aqueles trazidos pelos tratados internacionais dos quais o Brasil fizer parte. Apesar de tal disposição, o cenário jurídico enfrenta um problema em relação ao direito internacional público e o direito interno. Para compreender tal questão, é necessário, antes, distinguir-se as duas doutrinas existentes a respeito do assunto: a dualista e a monista.

A doutrina dualista traz em seu entendimento que ambos os direitos, mesmo sendo igualmente válidos, são distintos e independentes, pois não possuem qualquer influência em questões relativas sobre o direito um do outro. Entende-se, assim, em razão de que para o Direito Internacional ter efetividade e repercutir no ordenamento interno de um Estado, é preciso que seja transformado em tal. Desse modo, jamais poderia haver conflitos entre os dois direitos, não havendo possibilidade de existir antinomias. Ainda, no mesmo raciocínio, o Direito Internacional é que está para o Direito Interno e não o contrário, já que o primeiro é que precisa ser entendido como parte do segundo, logo, se entende soberano o Direito Interno Estatal.

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli,

[...] quando um Estado assume um compromisso exterior o está aceitando tão somente como fonte do Direito Internacional, sem qualquer impacto ou repercussão no seu cenário normativo interno. [...]. Assim, o primado normativo, para os dualistas, é de *lei interna* de cada Estado e não do Direito Internacional (2014a, p. 87) (grifo no original).

Contrária à anterior, a doutrina monista defende que o Direito Interno e o Direito Internacional são ramos do mesmo Direito e que se encontram dentro do mesmo sistema jurídico. Assim, para esta concepção, não é necessário que a norma internacional passe pelo processo de transformação para se integrar no ordenamento interno, bastando que o Estado ratifique a norma internacional e esta seja aplicada no plano interno, pois o fato de assinar e ratificar um tratado internacional é o mesmo que assumir determinado compromisso de direito. Dessa maneira, ao contrário do Direito Internacional, o Direito interno não possui jurisdição exclusiva, em razão de o primeiro ser fonte de último fundamento válido para que este regule o que for de sua competência.

A concepção monista pode ser dividida em três correntes quanto à hierarquia do direito internacional e o direito interno, sendo a primeira chamada de monista nacionalista. Esta traz a ideia de que a adoção de normas internacionais seria faculdade dos Estados, vez que o direito internacional seria consequência do direito interno, que por sua vez deve ser aquele que predomina no Estado (MAZZUOLI, 2014a, p. 94). A segunda corrente é a internacionalista, pois seu primado é o direito internacional, tanto que justificam que o direito interno advém deste primeiro, ou seja, a norma internacional é superior à estatal em decorrência principalmente do fundamento de validade do *pacta sunt servanda* (MAZZUOLI, 2014a, p. 97).

A terceira corrente monista é denominada de internacionalista dialógica, a qual se diferencia da anterior em razão de aquela não diferenciar as normas pelo seu conteúdo. Esta trata de direitos humanos, o que nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, é uma posição “que não deixa de ser *monista*, tampouco *internacionalista*, mas refinada com *dialogismo* (que é a possibilidade de um ‘diálogo’ entre as fontes de proteção internacional e interna, a fim de escolher qual a ‘melhor norma’ a ser aplicada) [...]” (2014a, p. 102) (grifo o original). Assim, os adeptos do monismo entendem que não há como existir duas ordens jurídicas autônomas e independentes, até mesmo em razão de tal teoria ter Hans Kelsen como um dos seus criadores; logo, esta se utiliza da pirâmide de normas.

Ressalta-se que, para Hans Kelsen, a

[...] necessidade de conceber o Direito internacional como um complexo de normas jurídicas válidas, **a construção dualista, através da idéia, para ela indispensável, de que a validade do Direito internacional em relação a qualquer Estado depende do seu reconhecimento por parte desse Estado, é compelida a uma autonegação.** Com efeito, se o Direito internacional apenas vale como parte integrante de uma ordem jurídica estadual, ele não pode ser uma ordem jurídica diferente daquela, independente dela na sua validade; e, nessa hipótese, não pode haver conflitos entre ambas, já mesmo porque ambas se apóiam – para nos exprimirmos na linguagem da jurisprudência tradicional – sobre a ‘vontade’ de um e mesmo Estado (1998, p. 373) (grifou-se).

Em seu entendimento, Valério de Oliveira Mazzuoli refere que o Supremo Tribunal Federal, em seus julgamentos, evidencia a concepção monista moderada, haja vista que teria posto aqueles tratados ratificados pelo Brasil no mesmo plano hierárquico de normas infraconstitucionais. Tanto o é que a própria Carta Magna reporta que é competência da Suprema Corte julgar as causas decididas em última instância, quando a decisão recorrida declara a inconstitucionalidade de um tratado ou lei federal, além de trazer em seu texto a sistemática de incorporação automática. Logo, conclui o autor que, em caso de conflito de norma interna com norma internacional, usar-se-ia a lógica de que a norma posterior revoga norma anterior que esteja em conflito com aquela (2001, p. 114).

Nas palavras de Hildebrando Accioly (2014, p. 236), na prática o que ocorre é que a norma trazida pelo tratado internacional acaba-se sobrepondo, substituindo a norma interna do Estado. Logo, com a adoção pelo Brasil da Convenção de Viena, não há como se falar em direito internacional e direito interno como institutos independentes, pondo-se fim ao dualismo e corroborando com o que é dito também por Mariângela Ariosi, ou seja, “a opção monista tem dominado a jurisprudência no Brasil, com uma oscilação entre o monismo moderado e o radical nos seus julgados” (2000, p. 164).

No Brasil, para que os tratados internacionais passem a vigorar no ordenamento jurídico interno, deverão ser celebrados pelo Presidente da República estando sujeitos a referendo do Congresso Nacional, conforme disposto no artigo 84, inciso VIII, da Carta Magna. Contudo, o artigo 49, inciso I, da referida Lei Maior diz que compete exclusivamente ao Congresso Nacional resolver definitivamente acerca dos tratados, acordos ou atos internacionais, ou seja, nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, o legislador acabou provocando “o surgimento de dois dispositivos antinômicos” (2014, p. 362).

Depois de celebrado, o tratado é remetido primeiro para apreciação na Câmara dos Deputados, posteriormente para o Senado Federal e, com a aprovação nas duas Casas Legislativas, entende-se que aquele foi referendado, formalizando-se o ato por meio de decreto

legislativo. Finalmente, o tratado volta para o Presidente da República ratificá-lo e encaminhar para troca de instrumentos e, se devido, para depósito.

Logo, para que um tratado seja aperfeiçoado no âmbito interno, é necessário um ato complexo de vontades do Poder Executivo pelo Presidente da República que é quem os celebra, e do Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional que os aprova por meio do decreto legislativo (PIOVESAN, 2013, p. 110). Contudo, existe uma forte discussão entre os doutrinadores brasileiros acerca da necessidade de todos os atos internacionais terem que passar pelo crivo do Congresso Nacional.

Uma dessas correntes entende que é possível concluir tais atos sem a aprovação do Poder Legislativo, levando em consideração a matéria versada no tratado, assim defendido pelo Embaixador Hildebrando Accioly. Segundo o autor assinala, “se a matéria sobre que se versa o tratado é da competência exclusiva do Poder Legislativo, está claro que o aludido ato não se pode tornar válido sem a aprovação legislativa; [...]” (MAZZUOLI, 2014, p. 364).

A corrente contrária diz que o Brasil faz parte da Convenção de Havana de 1928, a qual traz entendimento de que os tratados necessitam de ratificação, não havendo exceção para tanto, não sendo possível que aqueles tratados que não precisem ser ratificados sejam imunes ao veredito do Congresso Nacional. Logo, necessário é que os atos internacionais firmados pelo Brasil passem pelo *quórum* do Poder Legislativo para, então, ter sua validade e consequente eficácia no âmbito do direito interno estatal (VALLADÃO, 1950 apud MAZZUOLI, 2014, p. 365).

2.2 O processo de incorporação dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio: parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988

O artigo 84, inciso VIII¹, da Constituição Federal, dispõe como sendo de competência privativa do Presidente de República a celebração de atos internacionais e tratados, estando estes sujeitos ao referendo do Congresso Nacional. Da mesma forma, refere o artigo 49, inciso I, da Carta Magna, que a competência para resolver definitivamente acerca de tratados, acordos ou atos internacionais é exclusiva das duas Casas Legislativas.

Dessa maneira, e com base no que preceitua a Constituição Federal, tem-se a junção de vontades dos poderes, tendo em vista que somente a assinatura do tratado não gerará efeito

¹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

algum caso este não passe pelo *quórum* de votação estabelecido e não haja o referendo do Congresso Nacional. Ressalta-se que o tratado precisa ser aprovado pelas duas casas legislativas por meio de um decreto e ser ratificado pelo Presidente da República, que, após, deverá fazer o depósito ou a troca do documento assinado, pois somente assim se terá a garantia da aplicação imediata das normas internacionais no ordenamento jurídico interno.

A Constituição Federal de 1988 quando do seu artigo 5^o², parágrafo 3^o, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, determina que os tratados que versarem sobre direitos humanos para adquirirem caráter de emenda constitucional deverão passar pelo crivo do Congresso Nacional, ou seja, serem aprovados em cada Casa do referido órgão em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Contudo, a entrada em vigor desse parágrafo causou e ainda causa grande conflito entre doutrinadores, ainda mais tendo o STF mantido seu posicionamento, mesmo após o advento da Carta Magna de 1988, de que os tratados serão recepcionados como leis ordinárias caso não passem pelo *quórum* estabelecido, que é também usado para as emendas constitucionais.

Primeiramente, cabe analisar o parágrafo 2^o³ do artigo 5^o da Lei Maior, que refere que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais nos quais o Brasil fizer parte. Para Valério de Oliveira Mazzuoli, com esta redação dada ao parágrafo, a Constituição Federal de 1988 reconheceu uma dupla fonte normativa, sendo a primeira advinda do direito interno estatal e a segunda do direito internacional, ou seja, dos próprios tratados. Conclui o autor que

[...] tais tratados passaram 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 detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro (2005, p. 95) (grifo no original).

Dessa maneira, a ideia é de que se a própria Carta Magna não exclui os direitos humanos decorrentes de tratados é porque inclui estes àqueles direitos já protegidos por ela, com isso dando-lhes a hierarquia de norma constitucional. Logo, não teria lógica dizer que os tratados de

² Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 3^o 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 às emendas constitucionais.

³ § 2^o 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.

direitos humanos que não passam pelo *quórum* estabelecido no parágrafo 3º teriam status de lei ordinária ou supralegal (conforme entendimento mais recente), pois o entendimento do referido parágrafo deve ser de que este atribui eficácia formal, vez que a eficácia material as normas advindas de tratados sobre direitos humanos já possuem em decorrência do próprio parágrafo 2º.

O parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45 deu-se em razão das inúmeras discussões e controvérsias a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos diante das normas e garantias constitucionais do ordenamento pátrio. Importante salientar que esse novo parágrafo é muito parecido com o artigo 60, §2º⁴ da Lei Maior, uma vez que, antes da incorporação deste, as normas de direitos humanos necessitavam exclusivamente serem aprovados por maioria simples nas duas Casas Legislativas, fator esse que expandiu os caminhos para interpretação de que tais normas teriam caráter infraconstitucional. Porém, parte da doutrina crê que o processo de votação do parágrafo 3º somente serviria para aqueles tratados/atos internacionais que forem ratificados após a Emenda Constitucional n. 45.

O acréscimo do §3º, na visão de Valério de Oliveira Mazzuoli, analisando que este não faz ressalvas quantos aos compromissos assumidos antes de sua entrada em vigor, trouxe a possibilidade de um tratado, já ratificado anos atrás, poder ser votado novamente pelo Congresso Nacional e assim mudar o status de lei ordinária ou supralegal (como mais recentemente tem-se entendido) para status de norma constitucional. Entretanto, isso causaria a “violação da completude do bloco de constitucionalidade”, vez que o Congresso Nacional teria o poder de decidir acerca da hierarquia de cada um dos tratados ratificados, e, assim, ferindo o próprio princípio da isonomia quando tratam de forma diferente documentos com igual fundamento de validade (2014a, p. 902-905).

Ademais, é valioso relembrar que as emendas constitucionais previstas no artigo 60 da Lei Fundamental, na infelicidade de violar alguma das chamadas cláusulas pétreas “que abrangem tanto os limites materiais explícitos (art. 60, §4º) quanto os limites materiais implícitos [...]” (SARLET, 2006), poderão ser declaradas inconstitucionais. Logo, o novo parágrafo acrescentado ao artigo 5º, ao dispor que as normas de direitos humanos de tratados internacionais serão equivalentes a emendas constitucionais, ocasionou a possibilidade de uma das normas do tratado ratificado ser declarada inconstitucional, acarretando, assim, um

⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

descumprimento no compromisso firmado anteriormente, violando inclusive a própria Convenção de Viena de 1969.

Há quem entenda que, pela chamada recepção material, os tratados teriam sido incorporados pelo rito das emendas constitucionais, que é mais rigoroso, e, em decorrência do texto do parágrafo 3º acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, há quem diga que todos os tratados de direitos humanos ratificados antes desta podem ser considerados equivalentes a emendas constitucionais. Contudo, questionável é tal entendimento, em razão de que não teria como se falar em recepção dos tratados, quando se trata de dois procedimentos legislativos distintos, em que um se exige maioria simples e outro se fala em três quintos dos votos para que tenha caráter de emenda constitucional (SARLET, 2006).

Além disso, ainda é possível encontrar parte da doutrina que entende que o parágrafo 3º trazido pela Emenda Constitucional n. 45 seria inconstitucional, pois dificulta a entrada dos sobre de direitos humanos no ordenamento jurídico interno e confirma a ideia de que teriam hierarquia legal, violando, com isso, os limites materiais da Lei Maior. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2006), seguindo a linha de raciocínio de Valério de Oliveira Mazzuoli, seria melhor que o legislador tivesse tão somente chancelado a incorporação automática de todos os tratados de direitos humanos, com hierarquia constitucional, e que, em caso de conflito com a norma interna, deveria prevalecer aquela mais benéfica ao ser humano.

Dessa maneira, na posição de Alexandre de Moraes (2014, p. 712), a Emenda Constitucional n. 45 acabou concedendo do Congresso Nacional a possibilidade de incorporar os tratados e as convenções que versem sobre direitos humanos ao ordenamento interno, com caráter de lei ordinária, conforme o artigo 49, inciso I, ou com caráter constitucional, trazido pelo novo parágrafo 3º.

Isso se dá em razão de que os atos internacionais e os tratados são aprovados pelo Congresso Nacional mediante um decreto legislativo, independentemente de sanção ou promulgação por parte do Presidente da República. Assim, ao ser aprovado pelas Casas Legislativas, o tratado ou ato simultaneamente já autoriza que o Presidente ratifique-o por meio de um decreto presidencial e somente após este decreto é que os tratados passarão a ter ordem de execução e, conseqüentemente, serão aplicados obrigatoriamente no território nacional (2014, p. 756-757).

Interessante é a tese de Valério de Oliveira Mazzuoli, o qual afirma que, apesar de falar-se em emenda constitucional, o §3º necessita de decreto legislativo, não podendo ser confundido com as emendas constitucionais propriamente ditas previstas no artigo 60 da Lei Fundamental. Isso porque a relação entre as normas dos tratados e as emendas constitucionais é de equivalência, e não de igualdade, vez que, pela regra dos incisos I e II do artigo 60, a proposta

de emenda pode ser apresentada por um terço, no mínimo, dos membros do Congresso Nacional ou pelo Presidente da República, o que não ocorre nos casos dos tratados internacionais de direitos humanos. Logo, não se aplicam a estes os procedimentos para aprovação das emendas constitucionais, nem a regra sobre a competência para iniciativa da proposta. Assim, “a Constituição não diz que se estará aprovando uma emenda, mas um ato (nesse caso, um decreto legislativo) que possibilitará tenha o tratado (depois de ratificado) equivalência de emenda constitucional.” (MAZZUOLI, 2014a, p. 908).

Para Flávia Piovesan, visto não existir um dispositivo constitucional que regule a incorporação dos tratados, o Brasil tem adotado a teoria dualista, já que trata o direito interno e o direito internacional como duas ordens jurídicas diversas. A base para tal afirmação é justamente a necessidade de haver um decreto legislativo para que o tratado ratificado produza seus efeitos, ressalvada a hipótese de tratados sobre direitos humanos, que, para a doutrinadora, têm aplicação imediata após a ratificação por força do §1^o do artigo 5^o. Ou seja,

[...] diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, irradiam efeitos no cenário internacional e interno, dispensando-se a edição de decreto de execução (2010, p. 111).

Para aqueles doutrinadores que seguem o entendimento de Valério de Oliveira Mazzuoli e Flávia Piovesan de que os tratados internacionais sobre direitos humanos não necessitam passar pelo *quórum* estabelecido pelo §3^o, é dito que o Brasil adota um sistema misto, haja vista que combina regimes jurídicos diferenciados, ou seja, um sistema aplicável aos tratados tradicionais e um aplicável aos tratados que versem sobre direitos humanos. Isso porque os §§ 2^o e 3^o já atribuem a esse segundo tipo de tratado a hierarquia constitucional, incorporando-os automaticamente ao ordenamento, enquanto que os demais necessitam passar pelo crivo do Congresso Nacional, não sendo incorporados automaticamente e passando a vigorar no ordenamento com status de norma infraconstitucional (PIOVESAN, 2010, p. 112).

A Emenda Constitucional, ao incorporar o §3^o ao artigo 5^o, ao invés de solucionar o problema de hierarquia das normas de direito internacional na pirâmide normativa, acabou por gerar uma nova discussão, como explicado anteriormente, pois, formaram-se grupos de doutrinadores. Há os que entendem que as normas de direitos humanos advindos dos tratados internacionais são constitucionais por força dos §§1^o e 2^o, acima explanado. Já outro grupo

⁵ § 1^o As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

entende pela hierarquia supralegal, entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal após o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, em 03 de agosto de 2008, com fundamento no voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual referiu acerca da jurisprudência que trata das normas de tratados com status de lei ordinária, que

É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada (STF, 2008, p. 14).

Assim, o Ministro ainda embasou seu voto no entendimento de que seria mais coerente interpretar os tratados e as convenções de direitos humanos atribuindo-lhes a hierarquia de norma supralegal, ou seja, tais normas são infraconstitucionais, vez que estariam abaixo daquelas dispostas pela Carta Magna. Contudo, também não são leis ordinárias já que estão acima destas, pois “equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”. Além do que, o não cumprimento dos compromissos firmados pelo Brasil feriria os princípios de direito internacional e ainda iria de encontro ao estabelecido no artigo 27⁶ na Convenção de Viena de 1969, que refere não ser possível qualquer que seja o Estado pactuante, invocar as normas de seu direito interno para justificar o não cumprimento do tratado (STF, 2008, p. 21).

Conforme se observa, as divergências surgidas entre os juristas acabam por colocar em pauta a questão acerca da hierarquia das normas advindas dos tratados de direitos humanos na pirâmide normativa. O certo é que, apesar de todas as controvérsias e teorias que possam existir afirmando que tais normas são infraconstitucionais ou ordinárias, se elas tratam absolutamente da mesma matéria, apontando os mesmos direitos e garantias já dispostos na Constituição Federal, não há como serem excluídas do bloco de constitucionalidade a que pertencem as normas do direito interno. Logo, aquelas normas de tratados que não versarem sobre direitos humanos passarão a vigorar no ordenamento jurídico pátrio com hierarquia de lei ordinária, com base no sistema estabelecido no artigo 49.

⁶ Art. 27 Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Art. 46. 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa-fé.

Outrossim, as normas que entrarem no ordenamento interno sem passar pelo *quórum* determinado no §3º do artigo 5º, possuirão caráter supralegal, com base no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal. E aquelas normas que seguirem o disposto no referido parágrafo, este incorporado pela Emenda Constitucional n. 45, vigorarão equivalentes às emendas constitucionais. Apesar de ser este o entendimento da Corte Suprema, os defensores que balizam a vertente de que as normas de direitos humanos dos tratados internacionais possuem caráter constitucional criticam este posicionamento, já que inclusive repercutiu em um dos maiores julgamentos da história do país, a Ação Penal n. 470, ou seja, o caso do “Mensalão”.

2.3 A ratificação do Pacto de San José da Costa Rica e seus reflexos no Direito Brasileiro

O processo de ratificar um tratado ou um ato internacional é o ato administrativo que pertence ao chefe de estado fazer, declarando em seu nome ou em nome do Estado a aceitação do texto apresentado e convencionado pelo seu agente signatário. O doutrinador Valério de Oliveira Mazzuoli, quando ao conceito do instrumento da ratificação, diz que “trata-se de expressão definitiva do consentimento em obrigar-se pelo tratado, a qual se reduz na informação formal que a autoridade nacional dá às autoridades dos outros Estados de que o tratado [...] é doravante obrigatório [...]” (2014a, p. 241).

No Brasil, conforme se verá ao longo deste trabalho, a ratificação é feita pelo Poder Executivo com o *ad referendum* do Congresso Nacional, conforme estipulado pelo artigo 84, inciso VIII, observando-se o artigo 49, inciso I, da Lei Maior. Se, antes, o entendimento era de que apenas com a ratificação ou o depósito é que o tratado emanava seus efeitos, no momento atual, o instrumento da ratificação só se faz necessário se no documento internacional estiver estipulado ser indispensável a referida declaração de aceite. Nas palavras de Hildebrando Accioly, que entende não poder o Estado, mesmo ainda não tendo ratificado o tratado, praticar atos que possam frustrar o objeto ou a finalidade deste, que

A *dispensa da ratificação* ocorre quando o próprio tratado assim disponha; nos acordos celebrados para cumprimento ou interpretação de tratado devidamente ratificado; nos acordos sobre assuntos puramente administrativos, que preveem eventuais modificações, como no caso de acordos de transporte aéreo; nos *modus vivendi*, que têm por finalidade deixar as coisas no estado em que se acham ou estabelecer simples bases para negociações futuras (2014, p. 165) (grifo no original).

A Convenção de Viena de 1969 dispõe que tratados são acordos concluídos e, assim, observando o significado real da expressão concluir (terminado ou pronto) é que alguns

doutrinadores passaram a entender que o tratado assinado que ainda não entrou em vigor é tão somente um “projeto de tratado”. Tal afirmação não faria sentido em razão do artigo 18 da mesma Convenção, o qual refere que um Estado obriga-se a não praticar “atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado”.

Logo, em sentido oposto a essa ideia, estando Valério de Oliveira Mazzuoli de acordo com esta posição, o simples ato de assinar o tratado já o faz vigorar, o que, contudo, não dispensa a ratificação para a entrada em vigor do documento no plano internacional, é dizer que “o tratado internacional assinado já existe, mas antes de entrar em vigor não pertence ao mundo jurídico na qualidade de negócio jurídico perfeito” (2014c).

O dispositivo 11 da já referida Convenção, determina que “o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado”. Assim, para Hildebrando Accioly, a Convenção acabou inovando ao trazer outras modalidades de aceitação além da assinatura, observando algumas peculiaridades de países que possam vir a fazer parte dos tratados internacionais (2014, p. 165).

De acordo com o ensinamento de Valério de Oliveira Mazzuoli, em regra, os Estados participam dos tratados “sob reserva de ratificação”, ou seja, a simples assinatura do documento não obriga definitivamente o Estado no instrumento por ele firmado, precisando que o Poder Legislativo daquele agente signatário aprecie e aprove a redação antes de o Chefe de Estado ratificar o tratado (2014a, p. 238).

E isso acontece em razão de a ratificação não ter forma prescrita no direito internacional, já que normalmente este instrumento é concedido por meio de um documento assinado pelo chefe de estado com o referendo do Ministro das Relações Exteriores. Dessa forma, e desde que “se evidencie com atos inequívocos” (MAZZUOLI, 2014a, p. 166), há aceitação de que a ratificação pode ser tácita e contenha a promessa de que o documento ratificado será cumprido integralmente sem violações, sendo destacada a referência clara e inequívoca daquele ato que será ratificado.

Contudo, divergente a esse posicionamento, para José Francisco Rezek a ratificação deve ser expressa, tendo em vista que, no direito, aquilo que é formal deve ser expresso, pois o que é tácito não possui formalidade e não poder englobar o instrumento da ratificação. Ainda leciona que a ratificação não tem prazo máximo estabelecido em qualquer norma do direito internacional, sendo que o próprio tratado é que deverá dispor a respeito, ou deixar ao livre

arbítrio do Estado pactuante, ou, ainda, alguma cláusula final que fixe um prazo para que sejam feitas as ratificações (2014, p. 77-79).

Quanto à maneira como a ratificação se consuma, explica José Francisco Rezek que esta é uma comunicação formal definitiva do ânimo de ingressar no tratado. Mas mais que isso, a ratificação pode ser finalizada mesmo sem haver a entrega do instrumento escrito em decorrência de duas situações: a última formalidade tenha que sofrer algum retardo, como quando a ratificação já é oralmente declarada perante os demais chefes de Estado pactuantes daquele tratado, ou porque é desnecessária às partes, como, por exemplo nos casos em que o tratado requer seja confirmado o consentimento do Estado, mas sem falar propriamente em ratificação, apenas refere que, por meio de notas diplomáticas recíprocas, o Estado deva informar aos demais que firmou o compromisso (2014, p. 80).

Importante salientar que o agente habilitado para assinar o tratado, adotando-o ou autenticando seu texto, precisa apresentar a carta de plenos poderes, caso não seja o chefe de estado ou de governo, uma vez que é de competência originária desses a celebração de tratados e atos internacionais em decorrência do cargo que ocupam e exercem frente ao Estado. O Ministro das Relações Exteriores do Estado também tem plenos poderes para a celebração de tratados, dispensando a carta de plenos poderes para concluí-los, já que possui competência derivada.

Na prática processual brasileira, na hipótese de o Presidente da República precisar expedir a carta de plenos poderes, o governo estrangeiro ficará ciente de que aquele que estiver representando o governo brasileiro “terá plenos poderes para adotar e assinar o tratado internacional em questão, condicionada a sua validade ao posterior *referendum* do Congresso Nacional e à ratificação do próprio Presidente da República” (MAZZUOLI, 2014a, p. 222-223).

Como já brevemente citado anteriormente, o legislador da Constituição Federal de 1988, a respeito do processo de votação e de ratificação pelo qual os tratados devem passar, acabou criando dois dispositivos antinômicos: o artigo 49, inciso I e o artigo 84, inciso VIII. O primeiro refere que é de competência exclusiva do Congresso Nacional a resolução acerca de tratados e atos internacionais, enquanto o segundo dispõe que é privativamente de competência do Presidente da República a celebração de tratados, atos e convenções internacionais, ressaltando que estes estarão sujeitos ao referendo do Congresso Nacional.

Com isso, surgiu uma nova divisão na doutrina: uma parte defendendo que todo e qualquer ato internacional já concluído pelo Poder Executivo deve passar pelo crivo do Congresso Nacional, que o aprovará ou não. A outra metade defende que pode haver exceção

quando de atos internacionais que versem sobre matéria de competência exclusiva do Executivo, não necessitando da aprovação do Congresso para que este emane seus efeitos.

Segundo Mariângela Ariosi, a Constituição Federal de 1988 manteve nesses artigos, igualmente as constituições anteriores, imprecisões vocabulares, havendo contradição no uso das expressões “tratados, convenções e atos internacionais”, sendo conceitos jurídicos indeterminados, pois

O artigo 84 declara que *todos* os tratados serão submetidos ao Congresso; mas nem todos os acordos do Executivo passam por esse *referendum*. Como insculpe o art. 49, só serão submetidos ao Congresso Nacional os tratados que *acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional* (2000, p. 144-145) (grifo no original).

Assim como a autora, Valério de Oliveira Mazzuoli trabalha a ideia de que há tempos vem-se confundindo o verdadeiro papel do Congresso Nacional frente aos tratados internacionais justamente pela interpretação errada que se dá aos dois dispositivos já citados. Isto porque, ratificar incumbe somente ao Chefe do Executivo, enquanto que ao Congresso incumbe aprovar ou não o tratado já assinado, ou seja, o artigo 49 ao dispor que cabe a este resolver definitivamente acerca dos tratados não quer dizer que o ato de ratificar lhe pertence (2001, p. 37).

O Congresso Nacional apenas decide definitivamente sobre o destino dos tratados caso não os aprove, pois, caso concorde com o compromisso, autorizando a ratificação por meio de um decreto legislativo, o Presidente da República é quem tem o poder de ratificar ou não o tratado. Logo, “aprovação congressual é uma coisa e ratificação pelo Presidente da República é outra bem diferente” (MAZZUOLI, 2001, p. 37), não havendo razão para que se continue fazendo confusão quanto a quem compete ratificar atos, tratados e acordos internacionais.

Assim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978 e, sem dúvida, é um dos principais e mais importantes instrumentos do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Junto com ela, há a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, a Declaração Americana de Direitos e Deveres dos Homens de 1948 e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988. Por lógica, somente Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) podem-se tornar parte do pacto, tendo o Brasil somente o ratificado no ano de 1992 e o promulgado internamente em 6 de novembro do mesmo ano por meio do Decreto n. 678.

Importante esclarecer que a Convenção Americana de Direitos Humanos é integrada por dois órgãos que são encarregados da proteção e monitoramento dos direitos estabelecidos por esta: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sendo assim, quando da ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, o Brasil passou a ter de cumprir integralmente com o pacto, pois, em caso de violação deste ou seu não cumprimento, poderá ir a julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tanto o é que um dos mais famosos julgamentos do Brasil pela Corte é o caso de violência doméstica que deu origem à Lei Maria da Penha, tendo sido o Estado intimado a adequar sua legislação interna às normas do Pacto de San José da Costa Rica, representando o compromisso internacional assumido de adequar sua lei às normas de direitos humanos (MAZZUOLI, 2014b).

O pacto trouxe consigo um leque de direitos civis e políticos como uma proteção coadjuvante ou complementar daqueles já existentes no ordenamento interno de cada Estado-parte (MAZZUOLI, 2014a, p. 958). Como exemplo, tem-se o disposto no artigo 7º, 7, o qual determina que a única prisão aceita em decorrência de dívidas é a prisão por débito alimentar, ou seja, nos casos de pensão alimentícia. Contudo, em seu artigo 5º, inciso LXVII, a Carta Magna preceitua também ser possível a prisão civil do depositário infiel e pelo inadimplemento voluntário.

Assim, entrou-se na celeuma a respeito dos tratados de direitos humanos terem ou não caráter constitucional a ponto de revogar uma norma constitucional, de tal maneira que acabou por ser discutido, no Supremo Tribunal Federal, a respeito da controvérsia entre as normas. E, ao final dos julgamentos a respeito do assunto, o entendimento, fixado por meio da Súmula n. 419 do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula Vinculante n. 25 do STF, foi de que a prisão do depositário infiel não possui mais eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se entendeu que o Pacto de San José da Costa Rica torna inaplicável a legislação que esteja em conflito com ele (CAPEZ, 2014, p. 310).

Ademais, apesar da ratificação tardia, o pacto não inovou no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim nele ingressou como uma forma de garantia internacional dos direitos humanos. Tanto o é que, assim como a proibição de prisão por dívidas civis com exceção das dívidas alimentares, o pacto ampliou a aplicação da garantia do duplo grau de jurisdição, determinando a sua aplicação incondicional no processo penal e em benefício do acusado, não podendo de maneira alguma ser interpretado de forma que o restrinja inclusive para aqueles cidadãos que possuam prerrogativa de função, ou seja, autoridades (LIMA, 2004, p. 120).

Para Aury Lopes Jr. e Caio Paiva, a área do direito que mais se beneficiou com tratados internacionais de direitos humanos é a processualística penal, pois, no mundo jurídico atual, no qual não se pode tão somente tomar como referência normas do direito interno, é dever dos aplicadores do direito observar a constitucionalidade das normas que se está aplicando e se esta se encontra em harmonia com o Pacto de San José da Costa Rica (2014).

Outro importante reflexo do pacto no ordenamento jurídico pátrio é quanto à questão das sentenças proferidas em outro país, as quais, segundo os artigos 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição Federal⁷, 483 e 484 do Código de Processo Civil⁸, e 15 e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁹, necessitam ser homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça. No caso das sentenças proferidas pela Corte Interamericana, estas não precisarão passar pelo procedimento determinado no artigo 105, I, “i”, pois não são classificadas como sentenças estrangeiras conforme define o artigo, mas como sentenças internacionais, as quais emanam de um tribunal internacional, o qual possui jurisdição sobre os seus Estados partes. Logo, tais sentenças terão eficácia imediata no ordenamento jurídico interno, devendo o Estado cumpri-las de plano (MAZZUOLI, 2014b).

Dentre tantos outros exemplos da grande importância do Pacto no ordenamento interno pátrio, salienta Luís Flávio Gomes que tanto o Estado quanto seus cidadãos, devem respeitar este, mas é dos juristas que é merecedor de total atenção, já que são eles que devem harmonizar as normas internas com o texto do pacto (1994). O Pacto de San José da Costa Rica, além de assegurar, no campo internacional, os direitos humanos (grande parte já consagrados pela Constituição Federal de 1988), ainda criou mecanismos aos quais as pessoas, por meio da processualística correta, podem fazer com que esses direitos sejam cumpridos pelo seu Estado.

⁷ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;

⁸ Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 484. A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza.

⁹ Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

a) haver sido proferida por juiz competente;

b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;

c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;

d) estar traduzida por intérprete autorizado;

e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Isso quer dizer que podem recorrer a Corte Interamericana quando o direito interno não está sendo respeitado ou até mesmo quando os tribunais demoram a dar uma resolução concreta em determinados casos. Logo, mais do que apenas uma convenção internacional ratificada, tornou-se um importante instrumento jurídico para aqueles aplicadores do direito que possuem uma visão não presa apenas no ordenamento interno.

3 O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E SUA PREVISÃO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NO PROCESSO PENAL

O princípio do duplo grau de jurisdição está contido (não expressamente) na Lei Maior como garantia constitucional aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, estando previstos também nos demais ordenamentos inferiores, como nos Códigos de Processo Penal, na Consolidação das Leis Trabalhistas, no Código de Processo Civil, dentre outros. Todavia, os agentes detentores de cargo ou função que possuam prerrogativa de foro restarão limitados ao princípio que garante o direito de recorrer de sentença penal condenatória, e isso em razão ainda do debate acerca dos tratados e convenções internacionais e seu status no ordenamento jurídico pátrio.

3.1 A competência originária decorrente da prerrogativa de função e o duplo grau de jurisdição

O artigo 53¹⁰ da Carta Magna, em seu parágrafo 1º determina que Deputados e Senadores sejam julgados diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, pela prática de qualquer crime, desde a expedição do diploma, ou seja, podendo ser tanto de natureza penal comum *stricto sensu*, como crimes comuns, combinando o artigo 53, § 1º com o artigo 102, inciso I, alínea b¹¹. Dessa maneira, surge o instituto que é conhecido também por competência originária *ratione personae*.

Assim, entende-se por prerrogativa de função a prerrogativa que determinados cargos ou funções públicas possuem de serem julgados diretamente em uma instância superior, não sendo necessário que seus processos sejam ajuizados em instância de primeiro grau. Frisa-se sempre nessa questão que o benefício é em decorrência do cargo ou função que a pessoa ocupa, e não é um privilégio da pessoa em si, pois, quando esta não mais ocupar o cargo, a prerrogativa de foro cessa junto com o mandato.

¹⁰ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

¹¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

b) 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;

A prerrogativa de função, no ensino de Aury Lopes Jr., vai além do que somente ser uma garantia do réu em decorrência do cargo ou função que ocupa, pois, mais do que assegurar o julgamento originário por determinado órgão, ainda “assegura a independência de quem julga”. Ademais, este entende que nem sempre a prerrogativa de foro é um benefício para os acusados, uma vez que a ideia de duplo grau de jurisdição colide com o julgamento feito diretamente por um tribunal superior (2014, p. 485-486).

Contudo, importante que se esclareça que nem todos os juristas pensam de tal maneira, alegando que não concordam com a existência dessa prerrogativa e discordam do entendimento avançado apresentado por Aury Lopes Jr. Como argumenta Guilherme de Souza Nucci, em se tratando de matéria cível, não existe tal diferença em decorrência do cargo que o agente ocupa, devendo todos prestar contas à Justiça de forma igualitária. Logo, a existência da prerrogativa de função apenas na esfera criminal não convence o autor de que é necessária, até mesmo para não se criar uma subversão de hierarquia, pois, os juízes são todos independentes em sua função, não havendo hierarquia que controle suas decisões, já que o fazem “dentro do seu convencimento, fundado em lei [...]” (2014, p. 256).

Apesar das divergências de pensamento, a realidade jurídica atual é que os foros privativos têm por intuito o julgamento de infrações penais daqueles que possuem a prerrogativa de função quando de crimes comuns e até mesmo de infrações penais cometidos por eles. No entendimento de Eugenio Pacelli de Oliveira, optou-se

[...] pela eleição de órgãos colegiados do Poder Judiciário, mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que frequentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores da mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira (2014, p. 204).

Dessa maneira, importante que seja esclarecido que, para que o ocupante do cargo seja julgado pelo tribunal competente, necessário se faz o crime ou infração ter sido cometido antes de ser investido no cargo ou durante o exercício do mandato. Isso porque, se o fato ocorrer antes da posse no cargo, o ocupante passa a ter a prerrogativa, sendo o julgamento feito pelo tribunal competente para tanto, assim como no caso dos fatos se darem durante o exercício do mandato, haja vista que o ocupante já possui a prerrogativa de foro.

Contudo, nos dois casos, se o agente perder o cargo ou o mandato antes da sentença, ele perde a prerrogativa de foro e o processo será julgado por um juiz de primeiro grau (LOPES JR., 2014, p. 486). Conforme ensinam Nestor Távora e Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar, “a alteração da competência não inquina de nulidade os atos praticados perante

outro juízo na época em que este era competente: *tempus regis actum*” (2014, p. 358). Ou seja, com o término do mandato ou cessado o exercício do cargo, o processo passa a tramitar no juízo de primeiro grau, sem gerar qualquer nulidade dos atos anteriores, vez que a prerrogativa pertence ao cargo ou função, e não propriamente ao agente.

O próprio Código de Processo Penal traz em seu artigo 84¹² a qual órgão caberá o julgamento daquele que possuir a prerrogativa de função em caso de crimes comuns e de responsabilidade. E em seu artigo 69¹³, inciso VII, o referido Código determina que a prerrogativa de função seja critério para determinar a competência jurisdicional. Curioso é o artigo 84, devido ao fato de seus parágrafos terem sido declarados inconstitucionais, e isso em razão da Lei n. 10.628/02 que os trouxe à tona, dispondo em seu texto uma regra que já havia sido revogada quando em vigor a Súmula n. 394 do Supremo Tribunal Federal¹⁴.

O fato é que a alteração trazida pela lei já referida determinava uma terceira hipótese em que o agente usaria da prerrogativa de função detida pelo cargo que ocupava. A regra, já antes cancelada quando disposta na Súmula n. 394, estendia a prerrogativa de foro mesmo após a cessação do mandato ou exercício da função, fazendo renascer, através de uma lei ordinária, uma norma já declarada inconstitucional. Conforme se verá no tópico seguinte, os parágrafos foram declarados inconstitucionais, tal como a súmula, restando tão somente as duas primeiras possibilidades de se fazer valer a prerrogativa de função.

Assim, vê-se que, para os ocupantes dos cargos ou funções que detenham a prerrogativa de foro, o princípio do duplo grau de jurisdição acaba ficando limitado, tanto é que, por vezes, os agentes detentores de tal prerrogativa procuram achar meios de dela se esquivar, renunciando ao mandato do cargo que ocupam, e com isso serem julgados por um juízo de primeiro grau para, por óbvio, ter todos os graus de recurso para se tentar uma decisão favorável, ou no mínimo, ganhar tempo enquanto o processo prossegue. Como ensinam Nestor Távora e Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar,

¹² Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

¹³ Art. 69. Determinará a competência jurisdicional: [...]

VII - a prerrogativa de função.

¹⁴ SÚMULA 394 - Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

Quanto à competência dos demais órgãos colegiados para processar e julgar crimes contra titulares de foro por prerrogativa de função, é de ver que o duplo grau existe, porém mitigado, porquanto não há, nos recursos disponíveis, a possibilidade de reexame integral da matéria, tal qual acontece com a reapreciação das sentenças de juízes de primeiro grau, que são impugnadas por apelação (2014, p. 361).

Primeiramente, cabe esclarecer que o princípio do duplo grau de jurisdição tem como objeto o direito fundamental de o agente que restou prejudicado, ou seja, teve sentença condenatória em seu desfavor, submeter o processo a um tribunal hierarquicamente superior e assim ter seu julgamento reexaminado. Ademais, é também uma garantia de que o tribunal de segundo grau (*ad quem*) não poderá conhecer além do que foi discutido pelo juízo de primeiro grau, assim impedindo a supressão de instância (LOPES JR., 2014, p. 1197).

Conforme pode se observar, a Constituição Federal de 1988 não trouxe expressamente em seu texto o direito ao duplo grau de jurisdição, sendo que o que se tenta é extraí-lo dos demais princípios, como da ampla defesa e do devido processo legal. Ocorre que o princípio aqui em estudo é, sim, uma garantia constitucional, trazida com a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, e, uma vez que os direitos e garantias trazidos por este passaram a fazer parte daqueles já elencados no artigo 5º da Lei Maior, o princípio que assegura o direito de recorrer da sentença para um juiz ou tribunal superior, conseqüentemente, passou a ter aplicação plena no ordenamento interno (LOPES JR., 2014, p. 1197).

Além do referido pacto, importante relembrar que o Brasil é também signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado em 06 de julho de 1992, por meio do Decreto n. 592, que, por sua vez, prevê expressa e incondicionalmente o direito ao duplo grau de jurisdição. Assim como em seu artigo 14, n. 5¹⁵ determina que toda pessoa que teve contra si sentença penal condenatória tem o direito de recorrer da decisão e da pena perante instância superior, em conformidade com a lei, o artigo 8, item 2, alínea *h*¹⁶, quando das garantias judiciais, refere que toda pessoa acusada de um delito possui o direito de que seja presumida sua inocência até que se comprove legalmente sua culpa (LIMA, 2004, p. 92).

Com o advento de ambos os pactos, todos os acusados passaram a ter a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, mesmo sendo o entendimento atual de que o Pacto

¹⁵ Artigo 14 - 5. 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.

¹⁶ 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.

de San José da Costa Rica possui status hierárquico de norma suprallegal. Dessa maneira, com base nesse posicionamento e partindo da ideia de que o duplo grau de jurisdição é um direito de todos, adentrou-se no questionamento de como vigoraria tal princípio quando do julgamento de casos em que o agente possui a prerrogativa de função, haja vista que são originariamente julgados pelos tribunais.

Nessa situação, tomando como exemplo o agente que tem a prerrogativa atribuída diretamente ao Supremo Tribunal Federal, a última instância de recurso, poder-se-ia concluir que esta seria uma exceção de violação ao duplo grau de jurisdição, que, embora não previsto na Carta Magna, deriva de outros dois princípios constitucionais presentes no sistema penal. De acordo com a explicação de Aury Lopes Jr., em casos como este ocorre “um completo esvaziamento da garantia do duplo grau de jurisdição em benefício da prerrogativa funcional e do julgamento originário por um órgão colegiado” (2014, p. 1198).

Outros doutrinadores do direito brasileiro seguem a linha de raciocínio que não vê a possibilidade de se manter o duplo grau de jurisdição naqueles julgamentos em que a competência originária se dá por meio da prerrogativa de função, como, por exemplo, as hipóteses elencadas no artigo 102, inciso I, da Constituição Federal. Isso porque, na lição de Gilmar Ferreira Mendes, o direito ao duplo grau de jurisdição não se aplica a todas as instâncias devido ao modelo constitucional adotado, afastando a aplicação geral do princípio (2014, p. 402).

Ocorre que, embora o Brasil tenha aderido tanto ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos quanto ao Pacto de São José da Costa Rica, o entendimento hoje é justamente este: a Constituição Federal de 1988 não trouxe o direito ao duplo grau de jurisdição em seu extenso rol do artigo 5°. Ademais, importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal não reconhece o status de norma constitucional àquelas elencadas nos pactos, logo, não haveria violação ao princípio em debate, haja vista não ter havido a constitucionalização da segunda instância penal.

Nesse sentido, leciona Gilmar Ferreira Mendes:

Se a Constituição consagra a competência originária de determinado órgão judicial e não define o cabimento de recurso ordinário, não se pode cogitar de um direito ao duplo grau de jurisdição, seja por força de lei, seja por força do disposto em tratados e convenções internacionais (2014, p. 403).

Ainda nesse sentido, continua o autor debatendo que a ideia de que os tratados e convenções internacionais possam inserir mecanismos constitucionais e, assim, garantir a efetivação do princípio do duplo grau de jurisdição, não é regra geral. Esclarece que permitir

que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos estabeleçam graus de jurisdição que não foram previstos pelo constituinte originário, “seria uma excessiva mitigação do princípio constitucional da soberania”, mesmo que tais documentos tenham sido recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio (MENDES, 2014, p. 403).

Todavia, na lição de Carolina Alves de Souza Lima, a discussão quanto a esse assunto somente poderá obter uma resposta concreta após a definição acerca do status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos ao ingressarem no ordenamento pátrio. A autora segue o entendimento de Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli, razão pela qual refere que o princípio do duplo grau de jurisdição efetivamente deve ser aplicado em razão da ratificação dos pactos já mencionados, inclusive para aqueles casos em que o agente possui prerrogativa de foro, pois não há mais como sustentar a não aplicação dessa garantia judicial (2004, p. 121).

Igualmente, várias garantias advêm dos tratados internacionais de direitos humanos, já que estes possuem a “qualidade de ampliar esses direitos, quando não previstos no ordenamento jurídico interno, ou quando tiverem extensão menos”. Dessa forma, como já proposto por Valério de Oliveira Mazzuoli, Carolina Alves de Souza Lima refere que a melhor saída para essas situações seria sempre prevalecer a norma mais benéfica ao ser humano, seja do direito internacional, seja do direito interno, já que a interpretação das normas que adentram no ordenamento em decorrência da assinatura dos tratados não pode jamais ser restringida, mas, sim, sempre ampliada para que o direito do cidadão não seja violado (2004, p. 121).

Salienta-se que, assim sendo, tal explicação engloba também os agentes que detenham a prerrogativa de função, devendo-se aplicar o princípio do duplo grau de jurisdição quando for para beneficiá-los. Todavia, a lógica é tão somente a possibilidade de o acusado recorrer da sentença, pois a parte que acusa não pode valer-se deste entendimento, uma vez que não se pode admitir a *reformatio in pejus* (LIMA, 2004, p. 121).

3.2 Os efeitos da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal e a inconstitucionalidade do artigo 84 do Código de Processo Penal

A legislação do Processo Penal passou por algumas modificações ao longo dos anos quanto à prerrogativa de função, tendo em vista que, quando do cancelamento da Súmula n. 394, o artigo 84 do Código de Processo Penal teve acrescentados dois novos parágrafos pela Lei n. 10.682/02, na tentativa de que o núcleo do texto da súmula continuasse vigorando. Porém,

três anos mais tarde, ambos os parágrafos foram declarados inconstitucionais, com fundamento no artigo 2º¹⁷, no artigo 102, inciso I¹⁸, no artigo 105, inciso I¹⁹, e no artigo 108, inciso I²⁰, todos da Constituição Federal de 1988.

Primeiramente, necessário se faz esclarecer que a Súmula n. 394 do Supremo Tribunal Federal determinava em sua redação uma terceira hipótese àquelas já apresentadas, em que o agente seria julgado pelo tribunal originariamente competente, dispondo que, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. Ou seja, quando cometido o crime durante o mandato do cargo ou o exercício da função que detivesse a prerrogativa de foro, esta prevaleceria mesmo que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após a cessão do exercício. De tal forma, algo que deveria pertencer à pessoa em razão do cargo ou função pública que ocupava, acabava estendendo-se mesmo depois de encerrado o mandato.

Tal prerrogativa violava o princípio da isonomia, pois se estaria tratando desigualmente pessoas iguais, ou seja, ex-ocupantes de cargo ou função pública e pessoas comuns que jamais possuíram a prerrogativa de função (LENZA, 2012, p. 534). Contudo, esse entendimento foi posto de lado pelo Supremo Tribunal Federal, o que acarretou o cancelamento da referida Súmula após o julgamento da questão de ordem no Inquérito n. 687-SP, em 25 de agosto de 1999, e trouxe a redação da Súmula n. 451, dispondo que o processo deve tramitar no juízo de primeiro grau, já que o ato ilícito foi cometido pelo agente após o exercício do cargo ou função. Ressalta-se que o fato de os autos serem encaminhados ao juízo de primeiro grau, em nada afeta a validade dos atos praticados até então.

Apesar do cancelamento da Súmula n. 394, a edição da Lei n. 10.628, em 2002, acabou por trazer à tona, quando da alteração do artigo 84 do Código de Processo Penal, dois novos parágrafos que ocasionaram a remessa dos autos anteriormente encaminhados ao juízo de primeiro grau, retornarem para originários da prerrogativa. O parágrafo 2º determinava que até mesmo os atos de improbidade deveriam ser processados e julgados perante o tribunal originário estabelecido pela prerrogativa de foro, ou seja, a lei infraconstitucional estabelecendo

¹⁷ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

¹⁹ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

²⁰ Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

regra contrária àquela prevista na Constituição Federal. Logo, contrariou as regras processuais previstas pela Carta Magna e, assim, ofendendo o princípio da supremacia da Constituição, até mesmo porque a alteração de competência trazida pelo parágrafo devia ter ocorrido através de emenda constitucional (LIMA, 2004, p. 111).

Ainda, na lição de Guilherme de Souza Nucci, esta situação de querer tornar a ação de improbidade administrativa matéria de caráter penal seria insustentável, já que, se assim fosse, a aplicação da Lei n. 8.429/92 seria impossível em razão de não existir tipos de condutas penais codificadas, nem mesmo a descrição taxativa dessas. Logo, além de ferir o princípio da legalidade²¹, todas as ações de improbidade em decurso seriam trancadas por serem inconstitucionais, pois, simplesmente remeter as ações aos tribunais superiores não seria o suficiente para deixá-las em acordo com a legislação vigente. Então, são julgadas diretamente em primeira instância, justamente por não haver previsão de que a competência é da Corte Suprema (2014, p. 263).

Ademais, o texto constitucional é claro ao estabelecer normas acerca da prerrogativa de função, sendo que o julgamento no tribunal originário da prerrogativa se dá exclusivamente nos crimes comuns e de responsabilidade, não englobando os crimes de improbidade administrativa que, diga-se de passagem, a própria Lei Maior se encarregou de preceituar em seu artigo 37, §4º. Carolina Alves de Sousa Lima explica que, ao redigir o texto do referido artigo, o legislador deu tratamento jurídico diverso aos crimes de improbidade, já que refere que a responsabilidade desse tipo de ato, os quais possuem natureza cível, em nada interfere a responsabilidade penal (2004, p. 112).

Fora isso, ainda se tem o artigo 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal²², que nada refere em seu rol de competências do Supremo Tribunal Federal acerca de este ser o tribunal originário para o processamento e o julgamento de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa. Por certo que necessária é tão somente a interpretação desses dois dispositivos para que se conclua que tal previsão “inovadora” está totalmente em desacordo com a Lei Maior.

²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

²² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Assim, para Renato Flávio Marcão, “a confusão proposta não se justifica dentro de um raciocínio lógico e inteligente, fazendo concluir que razões outras, diversas da técnica jurídica, e distantes do interesse público, é que empolgaram a malfadada disposição legal ora combatida” (2005). Com enfoque no fundamento de Guilherme de Souza Nucci, ressalva-se que o parágrafo 2º, além de contrariar a Constituição Federal, acabou criando foro privilegiado também para ações civis, que, por sua vez, têm por objeto a análise de condutas de improbidade administrativa (2014, p. 262). Logo, o que ocorreu foi uma lei ordinária criando uma norma que abre exceção quanto ao direito de igualdade previsto na Constituição Federal, mesmo não tendo competência para tanto.

Já em seu parágrafo 1º, o artigo passou a estabelecer que, no que diz respeito à prática de crimes, a prerrogativa de foro se manteria mesmo depois de cessado o mandato do ocupante do cargo. Assim, a pretensão foi trazer novamente à tona a previsão da Súmula n. 394, anteriormente declarada inconstitucional, em virtude de prever a continuação da prerrogativa de foro para aqueles agentes já destituídos do cargo ou função, que, diga-se de passagem, não tem o menor amparo, haja vista o fundamento de que a prerrogativa pertence ao cargo e não à pessoa.

Da mesma forma que o 2º parágrafo, o artigo 84 do Código de Processo Penal teve seu parágrafo 1º em desconformidade com a Constituição Federal, vez que regulamentava que fosse mantida a prerrogativa de função mesmo que o inquérito ou a ação judicial tivessem sido iniciados depois de encerrado o mandato. Ora, se a prerrogativa se dá em razão do cargo que o agente ocupa, não se pode concordar que este continue usando da proteção que detinha quando do exercício de suas funções. Se assim fosse, a prerrogativa seria da pessoa e não da função.

Com isso, tudo leva a crer que a nova lei que incorporou os novos parágrafos já mencionados ao artigo 84, na verdade, recuperou a prerrogativa de função para aqueles ex-ocupantes de cargo ou função pública a fim de que fosse retardado o julgamento do ilícito cometido pelo agente. Assim, para que a prerrogativa de foro se mantivesse quando do julgamento dos crimes, bastava que esse tivesse sido cometido durante o exercício do mandato ou função que apresentasse a competência em decorrência da prerrogativa.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal teve a tarefa de julgar duas ações diretas ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), declarando a inconstitucionalidade dos parágrafos acrescentados ao artigo 84. Por óbvio, os parágrafos foram declarados inconstitucionais, igualmente a Súmula n. 394, através do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797.

O Ministro Relator Sepúlveda Pertence fundamentou seu voto questionando justamente a questão de uma lei ordinária ser instrumento apto para fazer alteração em jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, e respondendo que não. Ressaltou ainda que a ação de improbidade administrativa é matéria cível, motivo pelo qual julgou procedente a ação direta, declarando os parágrafos do artigo 84 do Código de Processo Penal inconstitucionais (STF, 2004, p. 26).

Em seu voto, o Ministro Relator enfatizou que,

Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição-, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição [...], só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contraio, submetido aos seus ditames (STF, 2004, p. 28-29).

Além desses, Alexandre de Moraes, ao analisar os novos parágrafos acrescentados ao artigo 84, entendeu que ainda inconstitucional é a Lei n. 10.628/02 ao estender as hipóteses de foro especial dos Tribunais de Justiça, uma vez que, “nos termos do art. 125, § 1º, da Constituição Federal²³, a competência dos tribunais estaduais será definida na Constituição do Estado, sendo inconstitucional a extensão de foros especiais estaduais por lei ordinária federal” (2014, p. 581).

A partir dessa decisão, tem-se o entendimento de que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da atualidade do exercício da função, que, conforme anteriormente explicada, de que cessada a função automaticamente cessa a prerrogativa que o agente detém em razão do cargo que ocupa (LOPES JR., 2014, p. 488). Porém, mesmo sendo essa a linha jurisprudencial atual do Supremo Tribunal Federal, é importante referir o julgamento da Ação Penal n. 396, em 28 de outubro de 2010, tendo como relatora a Ministra Cármen Lúcia, no qual ficou mantida a competência da Suprema Corte em julgar um deputado federal mesmo após este ter renunciado ao mandato.

Em seu voto, a Ministra fundamenta que

²³ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Renúncia de mandato é ato legítimo, porém não se presta a ser subterfúgio para se deslocarem competências constitucionalmente definidas e que não podem ser objeto de escolha pessoal, menos ainda ato de vontade válida a impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à fixação de penas (STF, 2010, p. 20).

E prossegue o julgamento no sentido de que, além de se tratar de um abuso de direito, ainda

[...] o abandono do mandato pode se dar na espécie, afastando-se o réu do cargo que ocupava. Mas daí a ele poder subtrair-se ao julgamento é uma forma de fraude processual inaceitável e que frustra até mesmo regras constitucionais não apenas de competência (art. 55, inc.VI, da Constituição), mas do dever do Estado de julgar, próprio do Estado de Direito, e do dever do denunciado de submeter-se ao direito segundo o sistema vigente (STF, 2010, p. 20).

Conforme se percebe, o Supremo Tribunal Federal mudou radicalmente seu entendimento quando deste julgamento, isso porque, no caso em questão, o deputado federal renunciou ao mandato em data próxima à do seu julgamento, fazendo com que a Ministra Relatora concluísse que este estava tentado fugir da punição pelo crime de formação de quadrilha. Para Aury Lopes Jr., a decisão da Suprema Corte em ir contra ao que ela mesma vinha determinando em casos análogos seria uma relativização do princípio da atualidade do exercício da função na tentativa de evitar o abuso de direito por parte do deputado federal, haja vista que, em poucos dias, o crime prescreveria e ele ficaria impune (2014, p. 489).

E continua afirmando que essa decisão é casuística e por isso não afasta a regra geral que vem sendo aplicada desde a declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 (2014, p. 490). Dessa forma, após tanto a Súmula n. 394, quanto os parágrafos do artigo 84 do Código de Processo Penal terem sido declarados inconstitucionais, não se fala mais em prerrogativa de função em casos de prática de atos de improbidade administrativa. Nem mesmo o foro competente originário da prerrogativa se estenderá para o ex-ocupante do cargo ou mandato, mesmo que o crime praticado seja um daqueles previstos para tanto (CAPEZ, 2014, p. 274).

3.3 O concurso de agentes e a conexão de processos diante do princípio do duplo grau de jurisdição e da prerrogativa de foro

O critério legal usado para administrar as atividades dos órgãos jurisdicionais é chamado pelos juristas de competência, haja vista ser impossível um único juiz julgar todas as matérias

que orbitam a vida em sociedade. Todavia, a jurisdição é una e indivisível, sendo que a competência define a margem de atuação de cada juiz, ou seja, externa os limites do poder de cada um. A lógica então é que um juiz ou tribunal pode julgar um caso quando competente em razão da matéria, pessoa e lugar (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 312).

No entendimento de Eugenio Pacelli de Oliveira,

Todos os atos e decisões judiciais, ou seja, os provimentos, de movimentação ou de solução, proferidos no processo pelos órgãos investidos de jurisdição, *qualquer* que seja a *competência* do juiz ou tribunal, configuram, assim, a manifestação do poder estatal jurisdicional, com aptidão, em tese, para a produção de determinados e específicos efeitos jurídicos (2014, p. 199) (grifo no original).

Ainda, ensina o autor que, objetivando melhorar a operacionalização da administração da Justiça, atendendo aos critérios de distribuição do poder político então amparado pela Constituição Federal de 1988, o poder jurisdicional foi objeto de repartição de competências. Assim, a própria Lei Maior em seu artigo 5º, inciso LIII, prevê a garantia de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 200).

Dessa maneira, necessário se faz a análise das diversas competências existentes no ordenamento para que se determine qual a autoridade competente, valendo-se do critério da especialização do Poder Judiciário, que por sua vez dita a repartição constitucional de competências em razão da matéria. Ou seja, fica delimitada a jurisdição penal que trata tão somente da matéria criminal, e, após, novamente se divide esta jurisdição penal em matérias mais específicas. Logo, fica determinada a competência para o processo e para o julgamento (OLIVEIRA, 2012, p. 200).

Para tanto, a competência será material quando estiverem sendo analisadas as características do crime, sendo importante que sejam observados três aspectos. O primeiro é o que se denomina de *ratione materiae*, o qual toma por referência a natureza da infração, conforme disciplinado no artigo 69, inciso III, do Código de Processo Penal. Aqui, ocorre o desmembramento da jurisdição em justiça especial, que são a militar e a eleitoral, e a justiça comum, dividida em estadual e federal.

O segundo é chamado de *ratione personae*, elencado no inciso V, do já referido artigo 69, que é o critério que toma cuidado ao analisar a quem compete o processamento e julgamento do ato ilícito baseado no cargo ou na função desempenhada pelo agente, uma vez que deverá ser julgado originariamente por um tribunal competente para tanto, em razão da prerrogativa de foro (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 312).

E como terceiro critério tem-se o chamado *ratione loci*, previsto nos incisos I e II, que é aquele que determina o órgão e o juiz competente usando o local da consumação do crime, o domicílio ou a residência do autor do fato como parâmetro para tanto. Quanto à definição da competência em razão da matéria, ensina Aury Lopes Jr. que não se convalidam as regras de competência, pois esta é absoluta e, assim como na competência em razão da pessoa, não há preclusão ou prorrogação de competência (2014, p. 453).

Todavia, o autor explica que quanto à competência em razão do lugar, a posição majoritária da jurisprudência é de que esta não é absoluta, mas sim relativa. Caso o réu pretenda alegar incompetência em razão do lugar, deve fazê-lo no primeiro momento em que lhe for determinado que se manifeste nos autos “sob pena de preclusão e prorrogação da competência do juiz (*prorrogatio fori*)”, passando o juiz ou tribunal então incompetente a ser apto para aquele julgamento em razão da preclusão da via impugnativa (LOPES JR., 2014, p. 453).

Afora isso, ainda há a competência funcional, que está dividida em três importantes aspectos referentes à distribuição dos atos processuais. O primeiro é a fase do processo, já que, regra geral, apenas um juiz tem competência para praticar todos os atos. Porém, pode ocorrer que um juiz instrua e sentencie o feito e o outro cuidará da fase da execução penal, não havendo hierarquia entre ambos. O objeto do juízo é o segundo aspecto, no qual há uma divisão na decisão das questões trazidas no processo, como, por exemplo, o tribunal do júri. E o terceiro é o grau de jurisdição, que pode acarretar na interposição de recurso em decorrência do duplo grau de jurisdição (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 313-314).

Rapidamente diferenciadas as competências, a questão que aqui se discute é a respeito de ações em que há réus com prerrogativa de foro poderem ou não ser desmembradas para que não se prejudique o direito ao duplo grau de jurisdição que o corréu. As regras quanto à competência podem ser alteradas ou negadas quando a continência ou a conexão estiverem à frente das demais, isto é, ambas têm o poder de modificar as competências, isso porque esses instrumentos têm por objetivo unir crimes conexos ou seus diferentes agentes em um único processo com julgamento simultâneo (LOPES JR., 2014, p. 408).

Assim, o artigo 76 do Código de Processo Penal orienta que a competência para julgamento de ações penais será determinada pela conexão quando: inciso I- duas ou mais infrações houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas; inciso II- se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Assim, entende-se ser caso de conexão quando houver, entre dois ou mais fatos penais, uma espécie de ligação, que pode ser de natureza subjetiva (intenções, motivações e dolo) ou objetiva (circunstância do fato, lugar, tempo e modo de execução). Ou seja, “hipóteses concretas de aproximação entre um e outro evento, estabelecendo um ponto de afinidade, de contato ou de influência na respectiva apuração” (OLIVEIRA, 2014, p. 283).

A conexão pode ocorrer em três modalidades denominadas de intersubjetiva, material ou teleológica e instrumental ou probatória, ainda que a existência de pluralidade de condutas seja a única característica presente em todas elas. Ademais, importante que se diga que a conexão sempre exigirá a existência de dois ou mais delitos, por não haver conexão de um único crime, podendo ou não haver vários agentes (OLIVEIRA, 2014, p. 283-284).

A continência, por sua vez, está prevista no artigo 77 do Código de Processo Penal²⁴, o qual determina a competência em atenção a duas ou mais pessoas serem acusadas do mesmo delito, uma vez que, como cometeram o crime em conjunto, serão julgados em um único processo, conforme elencado no inciso I do referido artigo. O inciso II prevê a possibilidade de haver concurso formal de crimes, erro na execução (*aberratio ictus*) ou resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*), isto é, o resultado de uma única conduta (ação ou omissão) ocasionada por vários atos lesivos (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 370).

A problemática se encontra quando ocorrer concurso de agentes e um dos agentes possuir a prerrogativa de foro, fazendo com que a continência torne-se mais complexa até mesmo do que a conexão, vez que, nesta, o que pode haver é o concurso entre crimes comuns, eleitorais ou militares. Nesses casos, devem-se observar as regras do artigo 78 do Código de Processo Penal, aplicando-as tão somente naquelas situações em que não for caso de crime continuado, pois, se assim for, a competência será do juiz prevento.

De tal maneira, no ensinamento de Eugenio Pacelli de Oliveira (2014, p. 226-231), quando ambos os acusados possuírem prerrogativa de foro, porém em tribunais de jurisdições diferentes, a solução é fácil: se um dos acusados tiver prerrogativa em tribunal de plano superior da hierarquia jurisdicional, prevalece o de mais alto grau, conforme disposto no artigo 78, inciso III, do Código de Processo Penal. Explica o autor que

²⁴ Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

A única distinção por graduação que se pode aceitar atualmente é a que diz respeito à competência de instância. Assim, no concurso entre competência de um juiz de primeiro grau e a de um tribunal, prevalecerá a deste último. Cabe observar, também, que a competência *originária* dos tribunais decorre de fonte constitucional, inserida assim, no contexto do juiz natural. Não se cuida, pois, unicamente de prevalência de graduação, mais de regra expressa de competência de jurisdição (2014, p. 288) (grifo no original).

Agora, se praticado crime doloso contra a vida e um ou alguns dos corréus não possui a prerrogativa de função, a regra do artigo 77 do Código de Processo Penal encaminha para solução diversa, conforme ensina Eugenio Pacelli de Oliveira:

Quando o concurso for de crimes (com pluralidade de ações) e de agentes, isto é, quando se tratar de reunião de processos a ser determinada pela conexão (art. 76, CPP), pode-se perfeitamente sustentar a *separação obrigatória* dos processos, remetendo cada crime ao órgão competente, ainda que possa haver inconveniência probatória e procedimental na separação (2014, p. 227) (grifo no original).

Afora essa exceção no caso da prerrogativa de foro, que ocorre em razão de não irem a júri os agentes detentores da prerrogativa, o desmembramento do processo seria impossível, já que a continência é a reunião de processos em razão dos agentes, tendo o Supremo Tribunal Federal editado a Súmula n. 704, afirmando que não haverá violação da garantia do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal nos casos em que houver esse tipo de atração (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 371).

Logo, tal afirmação não é o entendimento de alguns juristas que, assim como Nestor Távora e Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar, entendem que o processo deve ser separado, remetendo-se o processamento e o julgamento daquele réu sem prerrogativa de foro para o juízo de primeiro grau. Aliás, preconiza que a conexão ou continência “desaguaria na violação da própria Carta Magna” (2014, p. 371), isto é, a própria Lei Maior não prevê que a prerrogativa de foro se estenda para o corréu e, por isso, deve aquele agente sem prerrogativa ser julgado originariamente na instância de primeiro grau.

Todavia, concordando com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, Guilherme de Souza Nucci posiciona-se de maneira contrária. Para o autor, é incabível a ideia de a própria Constituição Federal cuidar de detalhes como regras de conexão e continência, vez que isto cabe naturalmente à lei processual penal, bem como, qualquer caso pode chegar até a Suprema Corte em grau de recurso. Então, logicamente, não haveria qualquer violação ou perda de uma das regras em o réu sem prerrogativa de foro tê-la alcançado (2014, p. 239).

O cuidado encontra-se nos casos em que haja continência, prevista no artigo 77 do Código de Processo Penal, em que se acusam ambos os autores por único fato. Logo, ao separar

os processos para a respectiva jurisdição, tem-se o risco de julgamentos diversos sobre o mesmo fato. E, quando se tem concurso de agentes, tanto doutrinadores quanto a jurisprudência divergem para explicar quanto à reunião de processos no foro privativo, tendo em vista que, dessa forma, o princípio do duplo grau de jurisdição ficaria afastado para aqueles corréus que não ocupam cargos ou funções públicas que possuem a prerrogativa (OLIVEIRA, 2014, p. 227).

Nesta situação, Eugenio Pacelli de Oliveira entende que, com base no objetivo do princípio do duplo grau de jurisdição, qual seja impedir que o agente seja julgado única e exclusivamente por um só juiz, não há violação da garantia constitucional. Isso porque, pelo princípio, “afirma-se o compromisso do Estado com a possibilidade de revisão dos atos judiciais, por órgão de superior hierarquia jurisdicional, de quem se espera maior experiência e formação judicante” (2014, p. 230).

De tal forma, quando se tratar de delitos da competência originária, quem julgará a questão de direito, além de todo material probatório, será o próprio tribunal que fará ambos os papéis. Logo, não tem razão a afirmação de que dessa maneira estar-se-ia violando o princípio do duplo grau de jurisdição, vez que a atração dos processos encontra amparo na Súmula n. 704 do Supremo Tribunal Federal (OLIVEIRA, 2014, p. 231).

Ademais, tal explicação acerca do assunto foi anteriormente usada no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 79.785, no qual o Ministro Relator Sepúlveda Pertence embasou seu voto, primeiramente, em salientar que segue o entendimento majoritário da Suprema Corte, ou seja, recusa a visão de que normas de tratados e convenções internacionais têm preferência sobre aquelas contidas na Constituição Federal. Ademais, esclarece que o disposto nos dois parágrafos do artigo 25²⁵ do Pacto de San José da Costa Rica não se aplicaria ao caso em questão, tendo em vista o sentido ambíguo da palavra recurso quando utilizada na língua espanhola, que por sua vez é referida no sentido de ação ou remédio judicial, sendo parecido com a ação direta de inconstitucionalidade utilizada no Brasil (STF, 2000, p. 12).

Ainda refere que a própria Constituição Federal não elegeu o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional, excluindo-o do âmbito material de incidência, nem

²⁵ Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados-partes comprometem-se:
 - a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
 - b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
 - c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

determinou que lei ordinária não pudesse estabelecer as exceções que entender cabíveis. Significa que a Lei Maior não garante o direito ao duplo grau de jurisdição quando não falou dele em seu texto constitucional. Dessa feita, negou provimento ao recurso (STF, 2000, p. 14).

Da mesma forma, Fernando da Costa Tourinho Filho defende que, tendo em vista a Súmula n. 704 do Supremo Tribunal Federal, nos casos em que há concurso de jurisdição, predomina sempre a de maior graduação e que isso não fere o princípio do juiz natural. Todavia, refere que, nos casos de conexão e continência, quando um dos acusados é pessoa não elencada nos artigos 102, 105 e 108 da Constituição Federal, o fato de este ser julgado por um tribunal competente em razão da prerrogativa de outro acusado seria um contrassenso, pois se estaria dando à regra constitucional uma interpretação extensiva (2006, p. 313-314).

Assim, a atração dos demais processos àquele que será julgado no tribunal de competência originária não violaria o princípio do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal nem mesmo na hipótese de se estar sendo julgado também alguém que tenha prerrogativa de foro estabelecida pela Constituição Estadual. Isso porque a competência disposta na Constituição Federal acaba por atrair qualquer outra fixada em uma escala hierárquica abaixo dela. Contudo, a posição majoritária firmada pela Suprema Corte acaba permitindo que essa regra processual, quanto à continência e à conexão, afaste o princípio do juiz natural fixado pela própria Carta Magna (CAPEZ, 2014, p. 275).

Para Guilherme de Souza Nucci, até mesmo por conveniência da instrução, quando houver réu com prerrogativa de foro, esta deve ser preservada, sendo os demais autores do fato julgados por juiz de primeiro grau. Ressalta que “a regra de conexão ou continência é prevista pelo CPP e não na Constituição Federal, motivo pelo qual pode ceder às exceções enumeradas na própria legislação infraconstitucional, nos moldes do artigo 80²⁶” (2014, p. 248), sendo a separação do processo totalmente viável.

Todavia, como visto, o entendimento jurisprudencial e doutrinário atual, aquele agente que não tiver a prerrogativa de função também não terá direito ao duplo grau de jurisdição, uma vez que será julgado por tribunal originário competente para aquele agente que detêm a prerrogativa em razão da função ou do cargo que ocupa. Dessa maneira, impossível é ocorrer tal situação sem que não seja violado até mesmo o princípio da igualdade, vez que a regra da conexão e da continência somente se aplica nos casos em que a Constituição Federal não estabeleceu competência.

²⁶ Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

Isso tudo significa dizer que, no caso do Tribunal do Júri, a competência está determinada no texto constitucional, o que faria com que o agente sem prerrogativa de foro fosse julgado em primeira instância, mesmo que o crime tivesse sido cometido em concurso com um deputado federal, por exemplo. Contudo, nos casos sem competência estabelecida constitucionalmente, é possível que o cidadão seja julgado pela Suprema Corte, expandindo a interpretação dos artigos 102, 105 e 108 da Lei Maior para que possa um agente que ali não está elencado ser julgado da mesma forma que o réu possuidor da prerrogativa (LIMA, 2004, p. 108).

4 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA E A APLICAÇÃO DA GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA PRERROGATIVA DE FORO

A Suprema Corte tem-se valido de súmulas para embasar julgamentos desde 1964, com o intuito de estabilizar e ainda assim possuir a possibilidade de revisão e alteração da jurisprudência construída ao longo dos anos. E tem sido com base nessas súmulas que a ocorrência de violação das garantias advindas dos tratados tem-se tornado corriqueiro, quando o assunto é o desmembramento de processos.

Ressalta-se que, cientes do que tem ocorrido em seus julgamentos, os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando entendem pertinente não desmembrar um processo para um acusado que não detenha prerrogativa alguma para ali estar sendo julgado, admite, na maioria das vezes, o manejo dos embargos infringentes, afirmando, com isso, que a garantia ao duplo grau de jurisdição pode ser assegurada.

4.1 O desmembramento das ações penais para os corrêus e os limites constitucionais para aplicação da Súmula n. 704 do Supremo Tribunal Federal

É sabido que os procedimentos penais, assim como podem ser unidos em decorrência da continência ou da conexão, também poderão ser desmembrados, isto é, existem hipóteses em que os processos serão separados em razão de algum motivo obrigatório ou quando o magistrado entender pela conveniência da instrução. De acordo com o artigo 79²⁷ do Código de Processo Penal, as causas obrigatórias para uma separação ou uma cisão dos processos penais serão quando houver concurso entre a jurisdição comum e a militar ou concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.

No primeiro caso, elencado no inciso I do artigo 79, a cisão ocorrerá em razão de a justiça militar ser competente para julgar os militares que servem às forças armadas, estando definido no artigo 9^o²⁸ do Código Penal Militar o que vem a ser um crime militar. Para que este

²⁷ Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:

I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar;

II - no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.

§ 1º Cessarã, em qualquer caso, a unidade do processo, se, em relação a algum co-réu, sobrevier o caso previsto no art. 152.

§ 2º A unidade do processo não importará a do julgamento, se houver co-réu foragido que não possa ser julgado à revelia, ou ocorrer a hipótese do art. 461.

²⁸ Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: [...].

fique configurado e se tenha certeza que a competência será da Justiça Militar Federal, faz-se necessário que a conduta esteja tipificada no Código Penal Militar, haver uma das situações previstas no artigo 9º e existir uma situação de interesse militar, pois a jurisprudência tem tentado restringir tal competência. Todavia, quando o agente for policial do Estado, por lógica, a competência será da Justiça Militar Estadual (LOPES JR., 2014, p. 458-460).

Já em relação ao inciso segundo, que refere a cisão obrigatória em situações de concurso entre a jurisdição comum e o juízo de menores, está se dá em razão de que, além do Estatuto da Criança e do Adolescente, a própria Constituição Federal prevê em seu artigo 228²⁹ que os menores de 18 anos são inimputáveis. Em razão disso, serão processados em vara especial para que o ato infracional seja apurado e, em caso de condenação, cumprirão medidas socioeducativas, enquanto o imputável, maior de 18, será processado em vara criminal respondendo ao procedimento penal (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 374).

Em seu parágrafo 1º, o artigo impõe que haverá o desmembramento se um dos corréus portar doença mental superveniente ao fato, sendo o processo suspenso, ou se já estava acometido antes do delito, porque então será inimputável de acordo com o artigo 26³⁰ do Código Penal. Quanto ao 2º parágrafo, este traz a obrigatoriedade da cisão se um dos corréus estiver foragido, hipótese em que também haverá a suspensão do processo, ou se o crime, sendo de competência do Tribunal do Júri, tivesse apenas um dos corréus intimados da pronúncia. Esta última hipótese de separação dos autos está superada, haja vista que, com a Lei n. 11.689 de 2008, o artigo 420³¹ do Código de Processo Penal foi alterado.

Dessa forma, o rito do júri exigia a necessária a intimação do acusado acerca da sentença de pronúncia para que o julgamento acontecesse. Com a alteração do artigo referido, o julgamento ocorrerá de qualquer maneira. Primeiro porque, se o réu não for encontrado, haverá a intimação por edital, sendo julgado à revelia. Segundo porque, se um dos réus, intimado da data de seu julgamento, não comparecer, o processo não será desmembrado, posto que implicará em revelia (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 375).

²⁹ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

³⁰ Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

³¹ Art. 420. A intimação da decisão de pronúncia será feita:

I – pessoalmente ao acusado, ao defensor nomeado e ao Ministério Público;

II – ao defensor constituído, ao querelante e ao assistente do Ministério Público, na forma do disposto no § 1º do art. 370 deste Código.

Parágrafo único. Será intimado por edital o acusado solto que não for encontrado.

Todavia, tem-se as hipóteses facultativas da cisão do processo, que, segundo ensina Aury Lopes Jr., de acordo com o artigo 80³² do Código de Processo Penal, dar-se-á a separação quando de crimes praticados em circunstâncias diferentes de tempo ou lugar, ou em razão do número excessivo de réus, para que aquele que esteja em previsão provisória não seja prejudicado pela demora no andamento do processo. Logo, o Código deixou espaço para que o magistrado desmembre o processo quando entender conveniente, e evitar que ocorram julgamentos simultâneos em razão da continência ou conexão (2014, p. 506).

Para Nestor Távora e Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar, a intenção da lei, ao deixar em branco, seria para que o magistrado, ao entender ser o motivo alegado relevante e devidamente esclarecer a motivação, poder determinar a separação dos autos. Com isso, refere o exemplo da Súmula n. 704³³ do Supremo Tribunal Federal, a qual enuncia que a atração do processo por conexão ou continência para o foro da prerrogativa de função de um dos corréus não fere o princípio do devido processo legal, da ampla defesa ou do juízo natural para os demais, vez que o juiz é quem escolhe a separação quando julgar ser o melhor para o andamento (2014, p. 376).

Com embasamento mais coeso do porquê a Súmula n. 704 não ofende os princípios mencionados, Guilherme de Souza Nucci explica que, nos casos em que um dos corréus possui a prerrogativa de função, é totalmente cabível o desmembramento do processo para julgamento dos demais acusados em razão de que a regra da conexão ou continência está elencada no Código de Processo Penal, ou seja, lei ordinária, e não na Lei Maior, podendo, assim, haver exceções à regra (2014, p. 248).

A Súmula surgiu com base nos precedentes RE n. 170.125-1/RJ, publicado no DJU de 09/06/1995; HC n. 68.846-2/RJ, publicado no DJU de 16/06/1995 (RTJ 157/563); HC n. 75.841-2/RJ, publicado no DJU de 06/02/1998 e HC n. 74.573-3/RJ, publicado no DJU de 30/4/1998. Tais precedentes, quando brevemente analisados, deixam transparecer, em três deles, que a matéria tratada é a mesma, quais sejam, crimes contra o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), e nesses, apenas um dos acusados possuía prerrogativa de foro.

O argumento basilar para tanto foi que a jurisdição de maior graduação, nos casos relativos à competência *ratione personae*, prevalece sobre as demais. Ou seja, o que ocorreu nos julgamentos dos precedentes da súmula foi a aplicação da regra do artigo 78, III, do Código

³² Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

³³ Súmula n.º 704 – 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.

de Processo Penal. Também se conclui que, nos julgados, embora a competência da Justiça Federal esteja prevista constitucionalmente, não seria uma hipótese de prerrogativa de função, atraindo-se os corréus para julgamento no tribunal originário daquele único acusado que detinha o foro privilegiado.

Dessa maneira, faz-se necessário analisar alguns casos práticos sobre a separação facultativa do processo penal quando julgado, em razão da prerrogativa de foro de algum acusado, diretamente pela Suprema Corte. Isso porque, em um dos seus mais famosos julgamentos, em que por três vezes houve julgamento de pedidos de desmembramento do processo, falou-se até mesmo da possibilidade de o Estado ser processado perante a Corte Interamericana como consequência de, a princípio, violar o direito ao duplo grau de jurisdição dos corréus que não detinham a prerrogativa de função para tanto.

Ocorre que, quando do julgamento da Questão de Ordem da Ação Penal n. 470 Minas Gerais, o famoso caso do “Mensalão”, seguido pela maioria dos ministros, o Ministro Celso de Mello votou pelo indeferimento do pedido de desmembramento do processo para os corréus, alegando que manter os acusados que não detinham prerrogativa de função no mesmo processo daqueles que a possuíam, não violaria a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.

Curioso foi o fato de o Ministro esclarecer que, após a sentença do processo, os acusados sem prerrogativa utilizar-se-iam de sua garantia de haver uma revisão de sentença recorrendo para a Corte Interamericana. Ademais, ressaltou que a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos abriria uma exceção quanto ao disposto no artigo 8º, 2, “h”, nos casos em que os réus fossem julgados pela última instância de jurisdição do país. Todavia, explica Valério de Oliveira Mazzuoli que, na verdade, a exceção existe na Corte Europeia e não na Corte Interamericana a qual o Brasil está vinculado (2014d).

Contudo, sendo vencido pelo entendimento dos demais ministros, o Ministro Ricardo Lewandowski, fundamentando seu voto a favor do desmembramento, disse que o Superior Tribunal Federal não pode “mais tomar em linha de conta os erráticos fundamentos utilizados por esta Suprema Corte para deliberar sobre essa magna questão, como por exemplo, o número de réus com foro especial, a complexidade da causa, o risco de prescrição, etc.” (2012, p. 24). Mesmo porque, o entendimento jurisprudencial nesse sentido tem sido majoritário pela procedência da cisão, sendo que, quando contrárias, geralmente as raras decisões são de natureza casuística (2012, p. 23).

Na Questão de Ordem do Inquérito n. 1.720-5 Rio de Janeiro, julgada em 21 de junho de 2001, a respeito da imputação de lesões corporais culposas, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence julgou pela procedência do desmembramento e posterior remessa dos autos para a vara

criminal comum para que houvesse julgamento dos corrêus do Deputado Eurico Ângelo de Oliveira Miranda. Argumentou o Ministro que, tendo em vista o prazo de 90 dias necessário após o pedido de licença prévia à Câmara dos Deputados, a suspensão do curso da prescrição se aplica tão somente para aquele acusado que detém a prerrogativa de função, não havendo motivo para que os demais acusados tivessem que aguardar pela autorização parlamentar (2002, p. 31).

Entendendo também pelo desmembramento, o Ministro Relator Celso de Mello no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito n. 2.601 Rio de Janeiro, em 20 de outubro de 2011, argumentou em seu voto dizendo que a faculdade prevista no art. 80 do Código de Processo Penal tem sido muito utilizada por aquela Suprema Corte, dando provimento aos pedidos de desmembramento de processos penais. Como consequência, os corrêus passam à jurisdição de outros Tribunais e juízos, permanecendo na esfera de atribuições originárias do Supremo Tribunal Federal somente aquele que detém prerrogativa de foro *ratione muneris*. Prossegue o Ministro referindo que a exceção são aqueles casos em que a conduta do corrêu estiver intrinsecamente relacionada a aquela do acusado que possui a prerrogativa (STF, 2011, p. 11).

Para Eugenio Pacelli de Oliveira, com exceção daqueles casos “em que a separação dos processos nas hipóteses de continência encontra amparo na preservação do devido processo legal e na regularidade do exercício da função jurisdicional, não se deve proceder ao desmembramento de processos continentais.” Ademais, “o afastamento da unidade de processos e, sobretudo, do julgamento, deve ser sempre excepcional, a fim de se evitar que a mesma jurisdição criminal produza decisões divergentes sobre o mesmo fato” (2014, p. 137-155).

Dessa feita, o Ministro Relator Dias Toffoli embasou seu voto contrário ao desmembramento da Ação Penal n. 560 Santa Catarina, julgada em 25 de agosto de 2015, no entendimento de que, além de não haver motivo razoável ou relevante particularidade que justificasse a separação do feito, a conduta dos corrêus e a conduta do único detentor da prerrogativa de foro estariam “geneticamente interligadas”. Ressaltou ainda que o pedido de desmembramento não foi feito de primeiro momento, estando o processo maduro o suficiente para julgamento, e que a cisão do feito àquela altura “prejudicaria a compreensão global dos fatos e poderia levar ao pronunciamento de decisões contraditórias, o que deve ser evitado” (STF, 2015, p. 10).

Em seu voto na Questão de Ordem na Ação Penal n. 470, o Ministro Ricardo Lewandowski sustentou que

Como se observa, se o receio da superveniência de decisões contraditórias fosse uma premissa legítima, a ser sempre observada, a reunião de processos não constituiria uma mera faculdade, mas, sim, uma verdadeira obrigatoriedade de unificação de feitos. De qualquer modo, eventuais contradições em decisões prolatadas por distintos juízos, sempre podem ser corrigidas pelos remédios processuais Supremo Tribunal Federal 39 adequados. Por isso, sustento que a faculdade estabelecida no art. 80 do CPP só pode ser exercida no sentido horizontal, isto é, ela deve ficar restrita aos casos em que a hierarquia dos juízos seja a mesma.

Entendo, portanto, que o art. 78, III, do Código de Processo Penal 10 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, no aspecto em que ele estabelece que, ‘no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação’, notadamente nas hipóteses em que competência jurisdicional estiver taxativamente estabelecida no texto magno (STF, 2012, p. 38-38).

Assim, por mais que a própria Súmula diga que não, ela viola a garantia constitucional daquele sem prerrogativa de função que recorre de uma decisão judicial, ou seja, não permite que seja reexaminada a matéria fática e assim uma possível mudança da sentença. Logo, uma regra prevista em lei ordinária, qual seja, de conexão e continência de processos por prerrogativa de foro, vai totalmente de encontro ao direito constitucional. Até mesmo, pode-se dizer que viola o princípio do juiz natural, já que a própria Lei Maior determinou o juiz natural para cada diferente acusado em seu tribunal de origem.

Quando ensina sobre a aplicação da Súmula n. 704 e a atual posição jurisprudencial da Suprema Corte, Fernando Capez explicita e concorda que

A dúvida se justifica na medida em que foi a própria Constituição Federal quem determinou qual seria o juiz natural de cada um dos acusados. O entendimento sumular do Pretório Excelso não faz distinção, afirmando que em qualquer caso os processos deverão ser reunidos. [...]. Essa posição jurisprudencial, aparentemente firmada de modo irreversível, pode ser criticada pelo fato de que uma regra meramente processual, como da conexão e da continência, **não deveria** ter o condão de afastar o juiz natural fixado pela própria CF (2014, p. 275) (grifou-se).

Assim, o que se percebe é que, por intermédio dos julgamentos dos precedentes já citados, o Supremo Tribunal Federal encontrou uma maneira de facilitar os futuros julgamentos, haja vista que uma súmula surge após um tribunal julgar e adotar, em no mínimo três acórdãos, a mesma posição frente a um caso concreto. Dessa feita, explica Lenio Luiz Streck que “os objetivos declarados pelos idealizadores das Súmulas foram, de um lado, ‘proporcionar maior estabilidade à jurisprudência’, e, de outro, ‘facilitar o trabalho’ dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais frequentes” (1995, p. 132-133).

4.2 Os embargos infringentes e a tentativa de garantir o princípio do duplo grau de jurisdição

Os embargos infringentes e de nulidade são recursos exclusivos da defesa, ou seja, somente podem ser interpostos pelo acusado, os quais visam ao reexame de uma sentença proferida por um órgão jurisdicional de segundo grau quando do julgamento de um recurso de apelação ou de um recurso em sentido estrito (RANGEL, 2010, p. 992). Tais recursos encontram-se previstos no artigo 609³⁴ do Código de Processo Penal, que, em seu próprio texto, já prevê alguns requisitos para a parte ré opor os embargos infringentes.

Primeiramente cabe esclarecer que embargos infringentes e de nulidade são dois recursos com sistemática de processamento idêntica. Porém, quanto ao seu conteúdo, são divergentes, assim como em relação aos efeitos que produzem quando acolhidos pelos tribunais. No primeiro, de acordo com Aury Lopes Jr., “o voto vencido tem por objeto da divergência uma questão de fundo, de mérito, que poderá levar à absolvição, redução da pena, substituição por outra pena etc.” (2014, p. 1282).

Quanto aos embargos de nulidade, o que acontece é que aquele voto que foi vencido pelo demais divergiu quanto às condições da ação ou de nulidades processuais. Em síntese, discutem-se questões exclusivamente processuais. No caso de o tribunal acolher esse recurso, as consequências do acolhimento será a nulidade da sentença ou, até mesmo, a nulidade de todo o processo (2014, p. 1282).

Conforme ensinam Nestor Távora e Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar, os requisitos para que o recurso seja admitido são a não unanimidade da decisão, a obediência à delimitação recursal da petição de embargos infringentes, o julgamento que deu origem à decisão deve ser de um recurso em sentido estrito ou de apelação, e o acórdão deve ser proferido por tribunal (2014, p. 1138). Por óbvio, nem todos os autores entendem necessários esses quatro requisitos, podendo haver aquele que deixe algum de fora, de acordo com seu entendimento.

Quanto ao cabimento dos embargos, no entendimento de Paulo Rangel, além do julgamento deste em razão de recurso de apelação, os embargos são até mesmo admissíveis quando do julgamento do recurso de agravo em virtude de que este recurso veio para substituir

³⁴ Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária. Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

o recurso em sentido estrito. Logo, defende o cabimento dos embargos infringentes e de nulidade quando do julgamento de apelações, recursos em sentido estrito e ainda quando de agravos (2010, p. 993).

Salienta-se que tais embargos se encontram tão somente previstos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o qual em seu artigo 333 determina que

Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma:
 I – que julgar procedente a ação penal;
 II – que julgar improcedente a revisão criminal;
 III – que julgar a ação rescisória;
 IV – que julgar a representação de inconstitucionalidade;
 V – que, em recurso criminal ordinário, for desfavorável ao acusado;
 Parágrafo único. O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta.

Eugenio Pacelli de Oliveira refere que, até o julgamento da Ação Penal n. 470/MG, acreditava-se que a regulamentação de tal recurso teria sido revogada pela Constituição Federal de 1988, bem como pela Lei n. 8.038/90, que regulamenta os procedimentos para processos no âmbito dos tribunais superiores. Isso porque, “a delegação de poderes normativos para a Suprema Corte regular os procedimentos de sua competência vem de fonte ilegítima do Poder Público, dado que proveniente de ordem jurídico-constitucional, instalada a partir do Golpe Militar de 1964” (2014, p. 986).

Ademais, a nova Constituição Federal não atribui à União qualquer competência para que esta legisle no campo do direito processual, ou seja, o artigo 333 do Regimento Interno da Suprema Corte é incompatível e não teria sido recepcionada pela Carta Magna, assim como qualquer outra norma processual ou procedimental que não seja originária do Congresso Nacional. Ainda, ressalta que a própria Lei Maior determinou de modo expresso em seu artigo 102 qual a competência do Supremo Tribunal Federal (PACELLI 2014, p. 986).

A maioria da doutrina esclarece que os embargos infringentes serão julgados por um órgão jurisdicional em posição hierárquica superior àquele que proferiu a decisão. Em seus regimentos internos, os Tribunais possuem determinação para que o relator dos embargos seja desembargador diverso daquele que foi relator da apelação ou do recurso em sentido estrito (LOPES JR., 2014, p. 1282).

Outrossim, é cabível opor embargos infringentes de decisão não unânime proferida por um tribunal quando do julgamento de uma apelação, recurso em sentido estrito ou agravo em execução. Logo, entende-se que não é cabível interpor embargos infringentes quando de decisão

não unânime em julgamento de apelação dos Juizados Especiais Criminais, bem como, quando do julgamento de *habeas corpus*, revisão criminal, dentre outros. Tratando-se de agravo em execução, há possibilidade dos embargos para aqueles que entendem que o agravo, por seguir o mesmo processamento do recurso em sentido estrito, substitui este com o advento da Lei de Execução Penal (LOPES JR., 2014, p. 1284).

Contudo, para Eugenio Pacelli de Oliveira, seguindo sua ideia de que os embargos infringentes não teriam sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988, a Lei n. 8.038/90, que dispõe sobre recursos cabíveis nos Tribunais quando dos procedimentos regulados, em seu artigo 29³⁵, então revogado, preceituava que os embargos infringentes eram cabíveis tão somente para atacar aquelas decisões de turma e que estivesse, em divergência com entendimento de outras turmas ou do Colegiado. Seria dizer que o artigo 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não tinha espaço (2014, p. 987).

Afora o entendimento específico de Eugenio Pacelli de Oliveira, ressalta-se que o importante para o cabimento dos embargos infringentes é a decisão, e não propriamente a fundamentação dos votos. Explica bem Aury Lopes Jr., quando esclarece que, se no julgamento dois desembargadores mantêm a decisão fundamentada em uma determinada prova, porém o terceiro divergir quanto ao valor probatória daquela prova e mesmo assim mantiver a decisão anterior igualmente fizeram os demais, não cabem os embargos infringentes (2014, p. 1284).

Importante que se saiba que os embargos são interpostos por petição, a qual deve ser acompanhada das razões, e que o processamento será pelo rito da apelação. Quanto ao efeito, os embargos serão recebidos com efeito devolutivo, pois a matéria será reapreciada pelo órgão colegiado competente do mesmo tribunal, ou seja, a devolução é limitada pelo voto que foi vencido (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1138).

Ainda, no tocante ao efeito suspensivo, os embargos infringentes acabam interrompendo o prazo para interposição de qualquer outro recurso, sendo que quanto à questão do acusado continuar recorrendo em liberdade prevalece sempre a regra de que “o que se está em jogo é a eficácia da presunção de inocência e, como ainda não há trânsito em julgado, a regra é a liberdade” (LOPES JR., 2014, p. 1291). Ademais, muito embora os embargos infringentes estejam previstos tão somente no Regimento Interno da Suprema Corte, aplica-se a eles a regra

³⁵ Art. 29 - É embargável, no prazo de quinze dias, a decisão da turma que, em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, observando-se o procedimento estabelecido no regimento interno. (Revogado pela Lei n ° 13.105, de 2015).

do artigo 580³⁶ do Código de Processo Penal, a qual determina que os efeitos do recurso interposto por um réu alcançam aos demais que não recorreram.

Explanado rapidamente o procedimento dos embargos infringentes, já nos surge a primeira problemática acerca do tema, tendo em vista que os embargos infringentes, vez que dispostos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao serem interpostos por acusados que possuem a prerrogativa de função diretamente na Suprema Corte, acabam sendo julgados novamente pelo mesmo tribunal que sentenciou o fato pela primeira vez. Logo, embora o desenvolvimento por Eugenio Pacelli de Oliveira sobre se o artigo que prevê os embargos infringentes foi ou não revogado, a Suprema Corte entende não haver incompatibilidade com a Lei Maior e por isso segue usando os embargos como meio de garantir o duplo grau de jurisdição.

Tanto o é que, na Ação Penal n. 470-MG, o Ministro Celso de Mello, além de argumentar que os embargos infringentes foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, afirmou que essa recepção “assegura a preservação do ordenamento infraconstitucional existente antes da vigência do novo texto fundamental, desde que com este guarde relação de estrita fidelidade no plano jurídico-material, em ordem a garantir a prevalência da continuidade do direito” (STF, 2013). Ou seja, com isso, a Suprema Corte afirmou as regras ordinárias, que têm vigência anterior à Carta Magna de 1988, permanecem eficazes e válidas.

Ademais, o Ministro prossegue justificando que assim o é tendo em vista que, quando do julgamento do projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional por intermédio da Mensagem n. 43/98, a qual apresentava proposta de alteração da Lei n. 8.038/92 acerca da extinção dos embargos infringentes, este foi rejeitado pela Câmara dos Deputados. A intenção da alteração era desafogar a Suprema Corte da quantia excessiva de recursos, pois “as matérias que são levadas ao Plenário já são de tal relevância, que os debates verificados para a fixação de posicionamento da Corte raramente ensejariam a revisão de posturas por parte daqueles que já se pronunciaram a favor ou contra as teses veiculadas em recursos” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1998, p. 08).

Assim, baseando sua fundamentação na não aprovação do projeto de lei pela Câmara dos Deputados, o Ministro Celso de Mello esclareceu que

³⁶ Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

[...] **a questão pertinente aos embargos infringentes** no âmbito do Supremo Tribunal Federal **constitui, agora, sob a égide** da vigente Constituição, **matéria que se submete, por inteiro, à cláusula** de reserva constitucional de lei formal, **cabendo** ao Poder Legislativo, por **tratar-se** de típica questão de política legislativa, a adoção de medidas que eventualmente possam resultar, **até mesmo, na supressão definitiva** dos embargos infringentes no âmbito interno do Supremo Tribunal Federal. **Matéria de lege ferenda, portanto!** (STSF, 2013, p. 20) (grifo no original).

Logo, a princípio, qualquer dúvida que se tivesse sobre o artigo 333 do Regimento Interno da Suprema Corte estar ou não de acordo com a Constituição Federal de 1988 estaria resolvida. Todavia, enquanto alguns doutrinadores questionam que os embargos infringentes, muito embora seja um recurso visando à revisão de decisão judicial, não cumpre com a garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição ao detentor da prerrogativa de foro, há alguns defensores de que a intenção da prerrogativa de foro seria justamente o julgamento de forma mais “gravosa” e assim o acusado não ficar valendo-se do tempo que o processo levaria para tramitar.

Com isso, ainda referindo o caso do “Mensalão”, o Ministro Celso de Mello apontou justamente a questão de que os embargos infringentes não garantem o duplo grau de jurisdição, direito este previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Ressalta que o direito ao duplo grau de jurisdição também é garantido nos casos em que o acusado detentor da prerrogativa de função é condenado pela Corte Suprema do Estado integrante do sistema interamericano (STF, 2013, p. 26).

Esclarecedor se faz o Ministro quando refere que

Com efeito, o Brasil, **no final** do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (**Decreto** nº 4.463, de 08/11/2002), **reconheceu como obrigatórias a jurisdição e a competência** da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ‘em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção’ (**Pacto de São José da Costa Rica**, Artigo 62), **o que legitima** o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, **do controle de convencionalidade, vale dizer**, da adequação e observância, **por parte** dos Estados nacionais **que voluntariamente se submeteram, como o Brasil**, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, **no contexto do sistema interamericano**, pela Convenção Americana de Direitos Humanos (STF, 2013, p. 26-27) (grifos no original).

Para Eugenio Pacelli de Oliveira, o constituinte da Lei Maior de 1988 foi soberano no momento de determinar as competências originárias, inclusive à do Supremo Tribunal Federal,

e que, embora no artigo 5º, §2º³⁷, da Constituição Federal diga que as normas advindas de tratados internacionais serão válidas somente quando compatíveis com ela, foi opção do constituinte não aplicar nas ações penais o duplo grau de jurisdição. Vê-se tal assertiva claramente na continuidade da aplicação da Súmula n. 704 pelo Supremo Tribunal Federal (2014, p. 987).

Importante que se diga que o princípio do duplo grau de jurisdição, para que seja efetivado, exige que haja uma dupla jurisdição, logo órgãos distintos que façam uma reanálise do caso já sentenciado. Assim, Eugenio Pacelli de Oliveira afirma que “decisões de turmas do STF poderiam ser objeto de impugnação recursal para o plenário, se houvesse tal previsão de competência originária de Turmas para o julgamento de ações penais” (2014, p. 987), o que, porém, não há no Regimento ou em lei. Logo, seria contraditório falar em duplo grau de jurisdição quando será o mesmo órgão jurisdicional, que já decidiu a questão uma vez, apreciar o caso em um novo julgamento.

O fato é que, quando o agente julgado diretamente pelo Supremo Tribunal Federal não possuir prerrogativa de foro, mas tão somente é corréu daquele indivíduo que tem a prerrogativa, os embargos infringentes não garantem o duplo grau de jurisdição a ele. Se analisado o fato de que a prerrogativa de foro seria uma espécie de forma mais severa aos que ocupam função pública ou exercem mandato, não haveria fundamento para o corréu também sofrer restrição à revisão da decisão. Isso porque, embora denunciado pela prática de crime de responsabilidade em conjunto com o indivíduo público, este não ocupa cargo ou função que lhe imponha foro originário na Suprema Corte do Estado.

Outrossim, não há nem mesmo a garantia do duplo grau de jurisdição para o próprio indivíduo que ocupa cargo ou exerce mandato, pois “se a questão é da necessidade de duplo julgamento, nem deveria ser exigida a presença de votos vencidos nas condenações” (OLIVEIRA, 2014, p. 988). Ou seja, mesmo que os embargos infringentes sirvam para uma revisão do julgamento procedido, estes somente serão permitidos quando a decisão não for unânime, de tal forma que, se o entendimento pela condenação for o voto de todos os acusados, não terá direito a um segundo julgamento.

Ainda, imperioso ressaltar que as decisões do Supremo Tribunal Federal que julgaram casos sem permitir o desmembramento da ação e garantir o duplo grau de jurisdição aos demais

³⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º 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.

acusados, são passíveis de anulação pela Corte Interamericana, visto o “fato de não ter o STF devidamente controlado a convencionalidade das leis brasileiras – em especial, o Código de Processo Penal, que estabelece a regra da conexão [...] - em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (MAZZUOLI, 2014d).

4.3 O Supremo Tribunal Federal e a inobservância do Pacto de San Jose da Costa Rica em seus julgamentos originários

Como já anteriormente dito, a Ação Penal n. 470/MG foi a ação que trouxe melhor à tona a questão da inobservância dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal, vez que o caso, em razão do grande número de réus e de sua repercussão, tornou-se referência para muitos juristas quando querem falar sobre o princípio do duplo grau de jurisdição. Isso porque os próprios Ministros acabaram confundindo os sistemas de direitos humanos existentes no mundo, quais sejam, o sistema americano, do qual o Brasil faz parte, e o sistema europeu.

Com fundamento na interpretação equivocada dos sistemas e até mesmo do ensinamento por parte dos doutrinadores especialistas quando o assunto é direitos humanos e direito internacional público, o Supremo Tribunal Federal continua julgando baseado em suas antigas decisões, que, diga-se de passagem, encontram-se em desacordo com os tratados internacionais de direitos humanos assinados e ratificados pelo Brasil.

Antes brevemente citada, agora será mais bem explanada a referência que Valério de Oliveira Mazzuoli faz a respeito da não observância do Pacto de San José da Costa Rica pela Suprema Corte no caso do “Mensalão”. No julgamento da questão de ordem do caso, o autor apontou que os fatos ocorridos são muito parecidos com outro julgamento levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão de o tribunal julgador ignorar algumas garantias trazidas pelo Pacto.

O julgamento referido é o caso Barreto Leivas *versus* Venezuela, no qual o ex-Diretor Geral Setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da Venezuela, Oscar Enrique Barreto Leiva, foi julgado e condenado a um ano e dois meses de prisão por crimes contra o patrimônio público juntamente com o ex-Presidente Carlos Andrés Pérez e mais algumas autoridades detentoras da prerrogativa de função. Com isso, Barreto Leiva levou o caso até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual encaminhou recomendações acerca do assunto para o Estado da Venezuela.

Sem o cumprimento de tais recomendações, a Comissão encaminhou o caso à Corte Interamericana, que, por sua vez, entendeu que o Estado violou o direito ao duplo grau de jurisdição, já que Barreto Leiva não pôde recorrer da decisão. Logo, assim como ocorreu com a Venezuela, poderia ocorrer com qualquer outro caso que o Supremo Tribunal Federal julgou, apesar de o artigo referir-se apenas à Ação Penal n. 470/MG (MAZZUOLI, 2014d).

Ademais, em uma de suas obras sobre direito internacional, Valério de Oliveira Mazzuoli explicita seu posicionamento frente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dos conflitos de normas internas com aquelas advindas dos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, afirmando que tratados de direitos humanos, independente de *quórum* de aprovação, detêm status de norma constitucional, conforme explicado no tópico 2.2 do primeiro capítulo (2014a, p. 406).

Seguindo essa linha, tanto o Código Penal de 1940 quanto o Código de Processo Penal de 1941 afirmam que, com ressalva aos tratados, convenções e regras de direito internacional, a lei penal e a lei processual penal são regidas por ambas. Ainda, ressalta-se o disposto no artigo 7º³⁸ do Código de Defesa do Consumidor, o qual expõe que os direitos decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário não serão excluídos por aqueles trazidos em seu texto legal.

Assim, se os dois primeiros Códigos citados, em seus textos, dão a entender que os tratados possuem status normativo superior à hierarquia deles próprios, e o último dispositivo citado separa os tratados da legislação interna, isso “reflete claramente a vontade do legislador pátrio em ver os compromissos internacionalmente assumidos alçados a um grau *superior* ao da legislação ordinária infraconstitucional” (MAZZUOLI, 2014a, p. 409) (grifo no original).

Ressalta-se o esclarecimento de Valério de Oliveira Mazzuoli acerca da convencionalidade das leis, mais especificamente sobre o controle difuso de convencionalidade, o qual o Supremo Tribunal Federal não teria gerido, uma vez que, conforme explica o professor:

³⁸ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

[...] o controle difuso da convencionalidade é aquele a ser exercido por todos os juízes e tribunais do país, a requerimento das partes ou *ex officio*. Uma vez que *todos* os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil guardam nível materialmente constitucional, constitui *obrigação* dos juízes e tribunais locais (inclusive do STF, *v.g.*, quando decide um Recurso Extraordinário, um *Habeas Corpus* etc.) invalidar as leis internas – sempre quando *menos benéficas* que o tratado de direitos humanos em causa, em atenção ao princípio *pro homine* – que afrontam as normas internacionais de direitos humanos que o Brasil aceitou (por meio de *ratificação* formal) na órbita internacional (2014a, p. 419) (grifo o original).

Para que se faça mais claro o estudo, Valério de Oliveira Mazzuoli refere em sua obra que

a) tratados de direitos humanos internalizados com *quórum* qualificado (*equivalentes* à emendas constitucionais) são paradigma do controle concentrado (para além, obviamente, do controle *difuso*), cabendo, *v.g.*, uma ADIn no STF a fim de invalidar norma infraconstitucional incompatível com eles; b) tratados de direitos humanos que têm somente ‘*status* de norma constitucional’ (não sendo ‘*equivalentes* à emendas constitucionais’, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, §3º) são paradigma somente do controle *difuso* de convencionalidade, podendo qualquer juízo ou tribunal neles se fundamentar para declarar *inválida* uma lei que os afronte (2014a, p. 420) (grifos o original).

Logo, analisando tal fundamentação e recordando o que anteriormente foi exposto acerca da Súmula n. 704 do Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia falar que tal súmula deveria ser declarada inválida e não mais ser aplicada, uma vez que se encontra totalmente em desacordo com o entendimento atual da Corte Interamericana sobre o controle de convencionalidade e com o próprio Pacto de San José da Costa Rica.

Ainda, vale lembrar que, quando se trata acerca do conflito de normas internacionais com normas do direito interno, reporta-se que, para aqueles autores que entendem que os tratados têm status de norma constitucional, seria melhor que o legislador tivesse tão somente chancelado a incorporação automática de todos os tratados de direitos humanos, com hierarquia constitucional. Dessa forma, no caso de conflito entre a norma interna e aquela advinda de tratado internacional de direitos humanos, deve prevalecer aquela mais benéfica ao ser humano (SARLET, 2006).

Dessa feita, embora o conflito referido seja de normas internas e normas internacionais, tem-se uma espécie de conflito entre a Lei Maior e a Lei Processual Penal, que, por sua vez, ocupa lugar hierarquicamente infraconstitucional, enquanto os tratados internacionais de direitos humanos, de acordo com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, possuem hierarquia supralegal, ou seja, abaixo da Constituição Federal e acima das demais leis.

O que se pretende aqui é chamar atenção para que, muito embora o artigo 8º, item 2, alínea “h”, do Pacto de San José da Costa Rica, mesmo dito pela Suprema Corte que a garantia contida nesse não é abrangida explicitamente pela Constituição Federal e que em razão do próprio pacto não ter passado pelo *quórum* estabelecido no §3º do artigo 5º, logo não se equivalendo a emenda constitucional, mas ocupando lugar supralegal na pirâmide hierárquica, é suprimido pelo artigo 76³⁹ do Código de Processo Penal. Este, que por sua vez, tende a ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que, em razão do instituto trazido e de seu texto legal da forma que se encontra, amplia o rol do artigo 102, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal.

Fato é que, ainda não superada pelo próprio Supremo Tribunal Federal essa questão, os julgamentos originários do tribunal, em razão da prerrogativa de foro de algum dos acusados, continuam valendo-se dessa norma infraconstitucional e da Súmula n. 704 para reunir inclusive aqueles réus sem prerrogativa, justificando que, por vezes, poderá ocorrer a impunidade se houver o desmembramento do processo. Todavia, remetendo novamente ao “Mensalão”, a reunião de 40 réus para julgamento diretamente na Suprema Corte, sendo que apenas três deles é que estavam exercendo mandato quando do julgamento, o que parece ser bem mais moroso ao processo, fazendo com que a chance de impunidade aumentar em razão da demora com que a ação aconteceu.

Com isso, aponta-se o que foi dito pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto acerca do provimento dos embargos infringentes na Ação Penal n. 470/MG:

Quanto ao ponto (vii), relativo ao duplo grau de jurisdição, o STF realmente entendeu que não existe um direito constitucional ao reexame da decisão por instância superior. Essa constatação não é relevante para o tema em exame, já que a eventual apreciação de embargos infringentes pelo próprio STF não significará reexame do julgado por instância diversa. Em rigor, a excepcionalidade do julgamento único somente poderia servir como reforço à tese de que não se deve presumir a revogação dos embargos infringentes. Não considero, porém, que o argumento impressione, para qualquer dos lados (2013, p. 21).

³⁹ Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

- I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;
- II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;
- III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Note-se que esse trecho foi retirado do voto do Ministro acerca do cabimento dos embargos infringentes, sendo uma resposta fundamentada ao voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa, que negou provimento aos embargos, aduzindo que a alegação de que seria garantia constitucional o reexame da decisão é incabível, vez que o duplo grau de jurisdição tão somente se efetiva quando reapreciado o caso em instância superior. Logo, há de se dar razão para o entendimento deste, pois o direito ao duplo grau de jurisdição não é efetivado quando de julgamentos originários do Supremo Tribunal Federal quando da prerrogativa de foro.

Os argumentos de que não há como garantir o duplo grau de jurisdição nesses casos, ou que aqueles julgados perante a Suprema Corte, não terão violado seu direito de recorrer visto poderem acionar a Comissão Interamericana e posteriormente até a própria Corte Interamericana, são ultrapassados. Primeiro, porque, em razão do dever do controle de convencionalidade das leis, o Brasil já deveria ter resolvido a questão de haver prerrogativa de foro em que o tribunal originário é o Supremo Tribunal Federal.

Segundo porque, pelo mesmo motivo de controle de convencionalidade das leis, já deveria ter sido revista a questão de normas infraconstitucionais ampliarem a competência da Suprema Corte, acarretando a sobrecarga de questões judiciais naquele tribunal já sobrecarregado e violando escancaradamente um tratado internacional de direitos humanos fundamentado em súmula criada já com a função de escapar da responsabilidade assumida em plano internacional.

O que se pode notar quando se analisam alguns poucos julgados que tratam sobre o desmembramento do processo em razão da violação de garantias trazidas pelos tratados dos quais o Brasil faz parte, é que ora os Ministros julgam observando o compromisso assumido, ora ignoram tais direitos internacionais e que versam essencialmente em garantir direitos humanos, fundamentando que os tratados estão abaixo da Constituição Federal (que no caso não prevê expressamente o duplo grau de jurisdição) ou porque o Código de Processo Penal (lei hierarquicamente abaixo dos tratados de direitos humanos) prevê a possibilidade da reunião de processos e está amparado pela Súmula n. 704.

Faz-se importante lembrar o voto da Ministra Relatora Rosa Webber no Agravo Regimental na Ação Penal 674/Pernambuco, a qual julgou procedente o pedido de desmembramento do processo para os corréus sem prerrogativa de foro, referindo que

Consabido, de outra parte, que os institutos da conexão e da continência, aplicáveis em todos os ramos e órgãos do Poder Judiciário, visam, presente sua *ratio essendi*, a propiciar a instrução e julgamento conjuntos de processos de modo a prevenir dispersão de provas e decisões contraditórias. [...] Não é possível tratar a questão do desmembramento de forma geral e abstrata, sensível que é, enfatizo, a questões de conveniência e oportunidade. Evidentemente, para a formação da prova e para evitar dissipação dos elementos de convicção, seria o ideal manter todos os acusados no polo passivo. Ocorre que aqui, manter os oito acusados no polo passivo, alguns ainda não encontrados e vários com defensores diferenciados, levaria, com todos os consectários correspondentes, a uma instrução e a um julgamento excessivamente demorado, considerando, como já adiantado, a estrutura limitada desta Suprema Corte. Não é questão puramente pragmática, pois visa também à observância da garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXXVIII, da Constituição Federal), direito este de todos e que no processo penal é titularizado tanto pelo acusado como pela vítima, seja esta pessoa determinada ou toda a sociedade (STF, 2013, p. 06-07) (grifo no original).

Dessa maneira, enquanto em determinado julgamento, é dito que a reunião de corréus no mesmo processo daqueles que devem ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal pode ocasionar inclusive a inobservância de garantias constitucionais, em outro julgamento, como no caso do “Mensalão”, o desmembramento não é aceito em razão da conveniência da instrução, e porque a separação poderia acarretar a impunidade dos corréus. Assim, nem a própria Suprema Corte define quais as garantias que devem ser priorizadas em casos desse tipo, tendo em vista que em cada julgamento um princípio é priorizado, e não todo o leque de garantias trazido pela Lei Maior e pelos tratados internacionais.

O julgamento do Agravo Regimental na Ação Penal n. 666 que teve o Ministro Marco Aurélio como relator, mostra exatamente o conflito de fundamentação entre os Ministros no momento de votar a respeito do desmembramento de processos ou não. Em seu voto, o Ministro Relator entendeu que as normas de conexão e continência previstas no Código de Processo Penal e por ele chamadas de normas instrumentais comuns, não implicam aditamento às normas previstas na Constituição Federal, pois, se assim o for, tem-se o sério risco da característica de rigidez que essa possui ser perdida.

Bem observa o Ministro que inerente é à cidadania a garantia constitucional do juiz natural, e por isso os acusados da ação penal possuem a garantia ao devido processo legal que será efetivado pela primeira instância, julgando-os e assim lhes sendo garantindo o direito a recurso para instância superior. Enquanto isso, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que fosse mantida a reunião dos demais corréus naquela Suprema Corte, tendo em vista o número pequeno de acusados, apenas três réus (STF, 2012, p. 05-06).

Com isso, o Ministro Marco Aurélio rebate a fundamentação dos demais Ministros que seguiram o entendimento de Joaquim Barbosa, afirmando que “precisamos adotar uma diretriz, não se pode ficar variando conforme as peculiaridades do caso. Sob o ângulo subjetivo,

desmembrar – sendo muitos os acusados –, ou manter-se no Tribunal – sendo poucos” (STF, 2012, p. 06). Ao longo do debate prosseguiu dizendo que, no meio dos argumentos para não ser desmembrado o processo ainda não havia escutado “uma interligação, uma mesclagem a sugerir que se coloque em segundo plano o fato de a competência do Supremo ser de Direito estrito, e haver, quanto aos cidadãos comuns, o princípio do juiz natural” (STF, 2012, p. 12-13).

O que se vê nesses julgamentos a respeito da discussão acerca de ser ou não de competência do Supremo Tribunal Federal manter os corréus sem prerrogativa de foro nos processos então julgados diretamente por aquele tribunal, é que os critérios usados para se chegar a um veredito são dos mais variados, sendo diferentes para cada processo. Não há, como disse o Ministro Marco Aurélio, uma diretriz para decidir acerca do assunto, muito embora a discussão ressurgja a cada novo julgamento sobre o tema.

Dessa maneira, essa falta de um entendimento único sobre o desmembramento dos processos, e principalmente o uso da Súmula n. 704, que veio justamente para a Suprema Corte tirar de si a responsabilidade da violação cometida ao Pacto de San José da Costa Rica, é preocupante frente ao cenário internacional e nacional. Internacionalmente, como já frisado por vezes, essa afronta que o Supremo Tribunal Federal demonstra em seus julgados quanto ao duplo grau de jurisdição, em futuro próximo, poderá levar o Estado Brasileiro a um julgamento perante a Corte Interamericana em razão de estar descumprindo preceito internacional assumido.

Isso porque, a alegação de que o entendimento do direito interno é que os tratados internacionais estão abaixo da Constituição Federal não fará sentido perante a Corte Interamericana, vez que o Brasil assumiu o compromisso de cumprir o pacto. Ainda, porque falando no direito interno atual, é crítico pensar que cada vez mais garantias elencadas na Carta Magna estão sendo suprimidas por entendimentos pessoais dos ministros de acordo com o caso concreto.

5 CONCLUSÃO

O Estado Brasileiro, como país soberano que é para assinar e ratificar os tratados internacionais que entender convenientes para o seu ordenamento interno, tem assumido tais compromissos perante a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Toda vez que o Presidente da República assina um documento no plano internacional, compromete o direito interno brasileiro a adequar-se às normas e às garantias trazidas no tratado ou ato internacional.

Tal comprometimento ocorre até mesmo por disposição constitucional, haja vista que até 2004 os tratados eram incorporados na ordem jurídica com caráter de norma constitucional, primeiro pelo fato de a própria Constituição Federal não referir que exclui os direitos advindos dos tratados e, segundo, em razão do §2º do artigo 5º, que torna desnecessário que esses direitos e garantias passem por qualquer outro processo para adquirir eficácia material. A partir de 2004, com a entrada em vigor do §3º do mesmo artigo 5º, advindo da Emenda Constitucional n. 45, os tratados de direitos humanos que versarem sobre direitos humanos, com tanto que passem pelo *quórum* determinado no parágrafo, serão equivalentes a emendas constitucionais. Deve-se ter presente que as normas dos tratados de direitos humanos ratificados antes da emenda devem ser consideradas como se normas constitucionais fossem.

A divisão de entendimento entre juristas é muito clara, inclusive quanto ao próprio Pacto de San José da Costa Rica, tendo em vista o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico. Todavia, o problema maior diz respeito à aplicação das normas advindas desses tratados, vez que, mesmo sendo um compromisso internacionalmente assumido pelo Estado brasileiro, vem sofrendo violações pelos tribunais no momento de sua aplicação aos casos concretos.

O Supremo Tribunal Federal, também denominado de Guardiã da Constituição Federal, por ocasião de seus muitos de seus julgados, concluiu que os compromissos internacionais assumidos no plano internacional pelo Brasil não são equiparados às normas e às garantias constitucionais. Tanto é que, em se tratando de processos em que um dos corréus não tenha prerrogativa de foro para estar sendo processado na Máxima Corte, continuam sendo aplicadas normas de caráter ordinário e súmulas para fundamentar o não desmembramento da ação e, assim, deixando de garantir o princípio do duplo grau de jurisdição ao acusado.

Muito embora por vezes a Suprema Corte ressalte em suas decisões que a regra geral é o desmembramento dos processos criminais que envolvam corréus sem a prerrogativa de

função, conseqüentemente dando a oportunidade de um julgamento de primeiro grau para esses e cumprindo com o pacto, na prática, conforme visto nos julgados referidos ao longo do trabalho, a decisão pelo desmembramento não envolve unicamente a questão de garantir o direito ao duplo grau de jurisdição. Até mesmo pelo simples fato de, ao longo dos anos e após tantas decisões parecidas, o único fundamento apontado para desmembrar ou não a ação, é a quantia de réus, o que deixa mais explícita a violação das garantias trazidas pelo pacto.

Ademais, visto o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos serão equivalentes a Emendas Constitucionais somente se passarem pelo *quórum* estabelecido no §3º do artigo 5º, com exceção disso, terão caráter supralegal, o Supremo Tribunal Federal mantém o entendimento de que não há violação em manter réus sem prerrogativa sendo julgados diretamente pelo órgão de mais alto grau do Estado. Isso tudo aliado ao fundamento de que a Lei Maior não elenca o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional e que o Pacto de San José da Costa Rica sequer passou pelo *quórum* já referido.

Ressalta-se, contudo, que a posição adotada atualmente pela maioria dos Ministros da Suprema Corte é equivocada no sentido de que o pacto foi assinado e ratificado antes mesmo de o §3º ter sido trazido pela Emenda Constitucional n. 45, que somente veio para dar aos tratados eficácia formal, já que a eficácia material é atribuída pelo §2º do referido artigo. Logo o atual entendimento não deve ser aplicado a esse, nem mesmo a Súmula n. 704 deve continuar sendo incessantemente usada como fundamento à não violação da garantia ao duplo grau de jurisdição, vez que tal foi criada justamente para a Suprema Corte justificar a afronta cometida ao pacto.

Importante concluir, também, que, erroneamente, o Supremo Tribunal Federal aplica os artigos sobre conexão e continência do Código de Processo Penal como base legal para que os réus sem prerrogativa de foro sejam julgados pelo Supremo Tribunal Federal, pois, muito embora o Pacto de San José da Costa Rica seja considerado como supralegal, ainda está acima das leis ordinárias, ou seja, acima do códex referido. Nessa situação, fica claro que o Estado brasileiro não exerceu o controle de convencionalidade em suas normas conforme a Corte Interamericana desde 2006 determinou ser dever de cada Estado o fazer.

Assim, a Suprema Corte brasileira tem deixado de lado todas essas questões importantes dentro do direito interno e julgando casos idênticos de acordo com entendimentos anteriores e tão somente baseando-se no número de acusados no processo criminal, se isso afetará o tempo que a ação levará para ser julgada. Os Ministros não têm levado em consideração o fato de que o Estado brasileiro é signatário de tratados, convenções e atos internacionais nos quais assumiu

importante compromisso, a nível internacional, perante os demais Estados estrangeiros de garantir o cumprimento das normas e garantias aceitas.

Logo, a conclusão que se tem com isso é que, futuramente, o Estado Brasileiro poderá ser levado a julgamento perante a Comissão Interamericana no caso de algum acusado sentir que suas garantias foram violadas, justamente pelo fato de a Suprema Corte estar decidindo casos sem observar e cumprir (dependendo do caso e de quem sejam os réus) com os preceitos internacionais aderidos pelo Brasil. Isso se afirma tendo em vista que ora se desmembra a ação penal baseando-se no pacto e no princípio do duplo grau de jurisdição como garantia processual, ora se julgam corréus sem prerrogativa de função com fundamento em artigos de lei inferior ao Pacto e em súmula criada justamente para justificar o erro da Suprema Corte e do Estado Brasileiro em não cuidar do controle de convencionalidade das leis.

Com isso, o que ocorre é a relativização das garantias fundamentais, sejam aquelas já trazidas na Constituição Federal de 1988, sejam aquelas incorporadas pelo direito interno trazidas pelos tratados internacionais. Embora possa não parecer ser esse o atual cenário jurídico, até mesmo em razão de muitos juristas ainda ignorarem a existência e a força dos tratados, basta lembrar que o próprio texto da Lei Maior já está sofrendo alterações em seu entendimento. Exemplo disso é o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal com relação ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no qual está determinada a garantia da presunção de inocência.

Dessa feita, necessário concluir-se que o Supremo Tribunal Federal deve renovar seu entendimento acerca da violação da garantia ao duplo grau de jurisdição, trazida implicitamente na Carta Magna de 1988 e explicitamente pelo Pacto de San José da Costa Rica, passando a garantir que os corréus sem a prerrogativa de foro sejam julgados por um tribunal de primeiro grau. Consequentemente, deixará de violar compromissos internacionais de sobrepor norma ordinária acima de norma supralegal e de estender prerrogativas a quem não se encaixa no rol taxativo do artigo 102, inciso I, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: O Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Voto sobre o cabimento dos Embargos Infringentes*. 2013. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/11/AP-470-Voto-pelo-cabimento-dos-embargos-infringentes.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.

Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. *Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 3 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. *Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Mensagem nº 43/98*. Diário da Câmara dos Deputados, de 15 de janeiro de 1998. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15JAN1998.pdf#page=86>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

_____. Lei nº 1.001/69, de 21 de outubro de 1969. *Código Penal Militar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

_____. Lei nº 10.628/02, de 24 de dezembro de 2002. *Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10628.htm>. Acesso em: 30 jan. 2016.

_____. Lei nº 11.689/08, de 09 de junho de 2008. *Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797-2 Distrito Federal*. Requerente: Associação Nacional Dos Membros Do Ministério Público – CONAMP. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 22/09/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470 Minas Gerais*. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 560, Santa Catarina*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 25/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9363267>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal Originária 396, Rondônia*. Relator: Cármen Lúcia. Julgado em 28/10/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622288>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Penal nº 666, Bahia*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 13/12/12. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3939238>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Penal nº 674, Pernambuco*. Relator: Ministra Rosa Weber. Julgado em: 04/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3716101>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 68.846-2, Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 02/10/1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71270>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 74.573-3, Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em 10/03/1998. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75333>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 75.841-2, Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Julgado em 14/10/1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76268>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 1.720 QO, Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 21/06/2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80815>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 2.601 QO, Rio de Janeiro*. Relator: Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 20/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3804240>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 170.125-1, Rio de Janeiro*. Relator: Ilmar Galvão. Julgado em: 20/09/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=218371>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 466.343-1, São Paulo*. Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno*: [atualizado até setembro de 2015] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.785-7, Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 29/03/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 394*. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. (*Cancelada*). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=394.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 451*. A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=451.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 704*. 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. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=704.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil (particular enfoque da convenção americana sobre direitos humanos). *Revista dos Tribunais*. vol. 710, p. 21-31, dez. 1994. Disponível em:

<<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad81816000001522e223684c0b691f6&docguid=I4b75a1b0f25011dfab6f01000000000&hitguid=I4b75a1b0f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1639&context=62&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

MARCÃO, Renato Flávio. Foro especial por prerrogativa de função: o novo artigo 84 do código de processo penal. *Revista dos Tribunais*, Vol. 834, p. 431-441, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

_____. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Método, 2014b.

_____. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014c.

_____. *O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/739/R167-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. *O Poder Legislativo e os tratados internacionais: o “treaty-making power” na Constituição brasileira de 1988*. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Artigo_Poder_Legislativo_e_Tratados_Internacionais_Valerio_Mazzuoli.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. *Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2014d. Disponível em: <

<http://valeriomazzuoli.jusbrasil.com.br/artigos/121815167/possibilidade-de-condenacao-do-brasil-perante-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 19 jun. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público: Uma Visão Sistemática do Direito Internacional dos Nossos Dias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição*. 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1338>. Acesso em: 29 maio 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Eficácia, poder e função das súmulas no direito brasileiro*. 1995. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/99982%20(2).pdf>. Acesso em: 27 mar. 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed. Salvador: JusPodium, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANEXOS