

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

RENAN QUEIROGA DANTAS

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS INFORMATIVOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CRITÉRIO
DA COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

SOUSA

2014

RENAN QUEIROGA DANTAS

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS INFORMATIVOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CRITÉRIO
DA COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof^a Doutora: Jônica Marques Coura Aragão

SOUSA

2014

RENAN QUEIROGA DANTAS

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS INFORMATIVOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CRITÉRIO
DA COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof^a Doutora: Jônica Marques Coura Aragão

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientadora: Prof^a: Jônica Marques Coura Aragão – UFCG
Professora Orientadora

Examinador interno

Examinador externo

Ao Nosso Pai Eterno, pelo dom da vida.
Aos meus Pais e à minha irmã, pelo Amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado o dom da vida, e por toda a sorte de bênçãos que me permitiram galgar mais esta vitória.

Devo absoluta gratidão aos meus pais, que durante toda sua vida trabalharam arduamente na busca pelo melhor que a vida pode oferecer aos seus filhos, sempre me apoiando e me incentivando a realizar meus sonhos, nunca olvidando de advertir-me a sempre permanecer nos caminhos da retidão.

Igualmente, a minha irmã, pelo companheirismo prestado ao longo de toda uma vida, pela notável preocupação para comigo, amor incondicional e pelo exemplo de realização profissional.

Deixo aqui meu profundo agradecimento pelas amizades que adquiri ao longo desta minha caminhada. Com vocês foram diminuídas as dificuldades inerentes aos anos de faculdade, através do companheirismo e das energias positivas, sempre me ajudando nos momentos difíceis, e por compartilhar de minha alegria em momentos de júbilo.

À minha professora orientadora pela paciência que me dispensou, pelo comprometimento e confiança, bem como por dedicar o pouco tempo que tem a auxiliar-me neste afã que ora apresento.

Não poderia olvidar ao carinho especial que nutri ao longo destes cinco anos pelos verdadeiros amigos da minha turma, como também aos professores do CCJS, por todos os momentos que passamos, alegres ou tristes, pelas lições e histórias por cada um deixados. Espero nunca perder o contato com eles.

Ainda, devo reconhecimento a todos que contribuíram direta ou indiretamente ao longo desses anos acadêmicos, que depositaram em mim, votos auspiciosos, de

apoio, e, sobretudo, tiveram compreensão. A todos vocês, ofereço um dos capítulos mais importantes da minha vida.

*"Por isso não tema, pois estou com você;
não tenha medo, pois sou o seu Deus. Eu
o fortalecerei e o ajudarei; eu o segurarei
com a minha mão direita vitoriosa."*

Isaías 41:10

RESUMO

Em se tratando de processo penal, o tema foro por prerrogativa de função consiste em discussão que sempre desperta interesse e suscita polêmica, especialmente pelo notável alcance desse conteúdo dogmático na área dos direitos humanos fundamentais do indivíduo em contraponto aos princípios constitucionais atinentes ao devido processo legal. O presente trabalho possui o intuito de analisar o instituto supracitado, bem como estudar se o mesmo viola o direito humano fundamental ao duplo grau de jurisdição, princípio atinente ao devido processo legal. A relevância temática apresenta-se através da celeuma doutrinária estabelecida em relação ao sistema de competências do Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se estudar, nessa abordagem jurídico-normativa, se a mitigação de princípios implícitos na Constituição Federal por dispositivos positivados também na mesma é dotada de capacidade para lesionar, mormente os direitos humanos fundamentais ao devido processo legal. Assim, em compasso com a proposta desse trabalho científico, aborda-se o tema à luz dos princípios constitucionais numa visão pós-positivista, de forma a promover uma análise sobre os reflexos da mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição frente à lesão a este direito humano fundamental. Para a análise em apreço, utilizam-se os métodos: hipotético-dedutivo (abordagem); o método monográfico, auxiliado pelo histórico (procedimento). Já no que se refere às técnicas de pesquisa, o trabalho alicerça-se na documentação indireta, especialmente na pesquisa bibliográfica. Uma vez empreendida análise proposta, segundo a metodologia empregada para tal, conclui-se que a instrumentalidade do processo penal deve ser conferida em equilíbrio com as garantias processuais das partes, de modo a encontrar-se a justa medida que proporcione o respeito ao direito humano fundamental do devido processo legal e ao direito ao duplo grau de jurisdição.

Palavras-Chave: Devido Processo Legal. Duplo Grau de jurisdição. Foro por Prerrogativa de Função. Pós-Positivismo.

RESUMEN

En tratándose de proceso penal, el tema foro por prerrogativa de función consiste en discusión que siempre despierta interés y suscita polémica, especialmente por el notable alcance de ese contenido dogmático en el área de los derechos humanos fundamentales del individuo en contrapunto a los principios constitucionales atinentes al debido proceso legal. El presente trabajo posee el objetivo de analizar el instituto supracitado, así como estudiar si el mismo viola el derecho humano fundamental al doble grado de jurisdicción, principio atinente al debido proceso legal. La relevancia temática se presenta a través de la controversia doctrinaria establecida en relación al sistema de cualificaciones de la judicatura en el ordenamiento jurídico brasileño. Se pretende estudiar, en ese abordaje jurídico-normativa, si la mitigación de principios implícitos en la constitución por dispositivos positivados también en la misma es dotada de capacidad para lesionar, mormente los derechos humanos fundamentales al debido proceso legal. Así, en compás con la propuesta de ese trabajo científico, se aborda el tema a la luz de los principios constitucionales en una visión post-positivista, de forma a promover un análisis sobre los reflejos de la mitigación del principio del doble grado de jurisdicción frente a la lesión a este derecho humano fundamental. Para el análisis en aprecio, se utilizan los métodos: el hipotético-deductivo (abordaje); asistido por el método histórico (procedimiento). Ya en el que se refiere a las técnicas de investigación, el trabajo fundamentase en la documentación indirecta, especialmente en la investigación bibliográfica. Una vez emprendida análisis propuesto, según la metodología empleada para tal, se concluye que la instrumentalidad del proceso penal debe ser conferida en equilibrio con las garantías procesales de las partes, de modo a encontrarse la justa medida que proporcione el respeto al derecho humano fundamental al debido proceso legal y al derecho al doble grado de jurisdicción.

Palabras clave: Debido Proceso Legal. Doble Grado de jurisdicción. Foro por Prerrogativa de Función. Post-Positivismo.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO SOB UMA VISÃO HISTÓRICO JURÍDICA	14
2.1 DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA NORMATIVA	15
2.2 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL.....	25
2.3 SISTEMAS PROCESSUAIS E SUA CORRELAÇÃO COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	29
3. INSTITUTO PROCESSUAL DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO	33
3.1 SISTEMA DE JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	34
3.2 TÓPICOS ESSENCIAIS SOBRE A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO	38
3.3 CONEXÃO E CONTINÊNCIA COMO FORMAS DE MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA.....	41
4 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMATIVOS	45
4.1 O PÓS-POSITIVISMO COMO FUNDAMENTADOR DA MODERNA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CORRELATA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	46
4.2 CONTRAPONTO ENTRE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NO BOJO DO PROCESSO PENAL. ...	50
5. CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	57

1. INTRODUÇÃO

É cediço que a Constituição Federal de 1988 é conhecida, historicamente, por Carta Cidadã. Deste diploma maior, advém toda a orientação norteadora do ordenamento jurídico brasileiro, onde se inclui o rol não exaustivo de direitos e garantias fundamentais, indispensável à construção de um Estado Democrático de Direito.

A partir do advento da Carta Magna de 1988, vislumbra-se mais nitidamente a intenção do legislador em proteger o cidadão, inclusive do arbítrio estatal. Deste modo, verifica-se que a orientação perpetrada efetiva, com caráter imediato, os direitos e garantias fundamentais, entre os quais, o devido processo legal. Direito este que, além de constituir direito fundamental positivado na ordem jurídica brasileira, apresenta-se, também, como direito humano, universalmente aceito, reconhecido na ordem jurídica internacional, transcendendo, portanto, os limites jurídicos internos do Estado.

Tem-se o duplo grau de jurisdição como um princípio atinente ao devido processo legal, visto que como este, aquele visa, outrossim, garantir a todo sujeito de direito no Brasil, a um processo justo e equitativo, de sorte que para isto, impreterível é que ocorra a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau, a ser realizada por órgão diverso daquele que a proferiu.

Sob o panorama de que houve a inserção do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional na Magna Carta de 1988, depreende-se a existência de um anacronismo entre o referido princípio e o perfil normativo que modela o sistema de competências no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressaltam-se no presente trabalho, hipóteses onde o princípio do duplo grau de jurisdição sofre ressalva, a exemplo do art. 102, I da Carta Magna, prevendo-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal, como também nas decisões deste mesmo Pretório em torno da existência ou inexistência de repercussão geral dos temas constitucionais abordados em sede de recurso extraordinário (art. 102, § 3º da Constituição federal; arts. 543-A e 543-B do CPC; e art. 326 do Regimento Interno do STF).

Assim, em compasso com a proposta deste trabalho científico, abordar-se-á a temática à luz do senso teórico, de forma a promover uma análise acerca da

suposta supressão do duplo grau de jurisdição frente ao sistema de competências do judiciário, especificamente quanto à competência *ratione personae*.

O estudo que se objetiva formular a partir da pesquisa em epígrafe demonstra a mais alta relevância no seio da comunidade jurídica, uma vez que é indubitável a atualidade da discussão acerca do foro por prerrogativa de função, como uma afronta a punibilidade no sistema processual penal e, sobretudo quanto aos princípios de direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, que por imposição do § 2º do art. 5 da constituição Federal, os direitos e garantias nela enunciados passaram a integrar a ordem jurídica brasileira, complementando a Lei Maior, proporcionando destarte, uma desarmonia entre dispositivos de mesma hierarquia legal.

Tal relevância, diga-se de passagem, é verificada também em relação à comunidade acadêmica, oportunidade na qual o presente trabalho proporcionará abertura da relevante discussão no âmbito de formação dos profissionais da categoria jurídica.

Desta feita, o trabalho em epígrafe possui o intento de analisar o conflito jurídico estabelecido entre o foro por prerrogativa de função e o duplo grau de jurisdição à luz da base de princípios constitucionais atinentes aos direitos humanos na relação processual penal pátria.

Por seu turno, apresentar-se-ão como objetivos específicos: demonstrar a relevância que os princípios correlatos ao devido processo legal detêm na construção da ordem jurídica moderna, notadamente no que atine ao Direito Processual Penal; examinar, sob uma perspectiva constitucional, a eficácia do foro por prerrogativa de função na legislação processual penal; proceder à análise doutrinária no que tange ao fenômeno do foro por prerrogativa de função, estabelecendo um contraponto entre este critério de competência quando aplicado em caso de conexão e continência e a proteção aos direitos humanos fundamentais do réu no bojo do processo penal.

Necessário detalhar que a pesquisa será baseada no raciocínio hipotético-dedutivo, como método de abordagem, através do qual se procederá à análise da adequação da aplicabilidade do critério de competência em razão da pessoa, bem como dos casos de conexão e continência a essa hipótese vinculados, e o respeito aos princípios processuais constitucionais.

Igualmente, especifica-se que se fará uso do método monográfico, como método de procedimento, que terá utilidade na medida em que se formará um minucioso estudo, no qual observar-se-á a atuação do Poder Judiciário no tocante à tutela dos direitos constitucionais das partes e à formação de processo penal acusatório justo, bem como ao devido processo legal e à segurança jurídica atinente ao foro por prerrogativa de função e, funcionalista, onde será observada a importância da efetivação das garantias constitucionais na formação do processo penal acusatório, oportunidade na qual promover-se-á o estudo da (in)dispensabilidade do devido processo legal frente à necessidade de proteção ao cargo ou função desempenhada pelos titulares relatados alhures.

Explica-se por último, o método histórico, como método procedimental e auxiliar, fazendo uma análise da construção dos direitos humanos fundamentais da segurança jurídica e do devido processo legal, promovendo a análise da sua evolução, desde a ordem internacional até a integração dos mesmos junto à Constituição Federal e às regras processuais penais, na formação do processo penal acusatório justo.

Com o fim de melhor organizar as informações, o presente trabalho monográfico será oportunamente dividido em três capítulos. No primeiro, será abordada, de maneira breve, porém suficiente, a construção do devido processo legal sob uma visão histórico-jurídica, momento no qual será traçada a evolução dos direitos humanos na ordem jurídica, assim como a análise do princípio do duplo grau de jurisdição, desde os seus aspectos históricos à sua abrangência. Ainda neste capítulo, será traçado o paralelo entre os sistemas/modelos de processo penal e o *due process of law*.

Logo após, o segundo capítulo terá como norte o estudo do sistema de jurisdição e competência no ordenamento jurídico brasileiro, passando pela análise de tópicos essenciais sobre o foro por prerrogativa de função e a conexão e continência como formas de modificação da competência jurisdicional.

O terceiro e último capítulo tratará acerca do ponto central do trabalho científico em apreço. Será analisado o contraponto entre o foro por prerrogativa de função e os direitos humanos fundamentais no bojo do processo penal. Nesta ocasião, observar-se-á a evolução da importância dos princípios no ordenamento jurídico nacional e internacional, verificadas através de uma análise

pormenorizada dos preceitos pós-positivistas, onde os princípios passam a serem tratados como o mais alto grau da escala normativa.

2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO SOB UMA VISÃO HISTÓRICO JURÍDICA

O Direito formal deve ser estudado sob a ótica de que este existe para conferir a máxima efetividade do Direito material, fornecendo todos os meios legais para a aplicação da lei nos casos concretos. Assim se dá no Direito Processual Penal e no Direito Penal, onde o processo deve antes de qualquer coisa, zelar pelos princípios de garantia aplicando o *jus puniendi*, todavia, sem perder de vista as formalidades legais e consubstanciadas nos ditames da Constituição Federal de 1988.

Para que seja auferida a efetividade máxima das garantias supracitadas no sistema penal brasileiro, o devido processo legal deve sempre ser observado, de modo que a pretensão punitiva esteja sempre alicerçada no direito ao contraditório, na ampla defesa, através de um processo regular.

Os direitos humanos passam a ocupar posição de supremacia no ordenamento jurídico-normativo brasileiro, no momento em que este adere à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, fixando os direitos humanos norteadores da conduta a ser tomada pelo Estado, como também as obrigações necessárias para que tais direitos sejam concretizados. No axioma dessas obrigações, o devido processo legal se destaca como o mais importante princípio regulador do *jus puniendi* do Estado.

Destarte, "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela [...]" (art. 8º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica-, de 22.11.1969, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº. 678, de 06.11.1992). Igualmente, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Por conseguinte, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria, aduzindo que "Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena

igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.” (art. 8º “h” da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, de 22.11.1969, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº. 678, de 06.11.1992).

Pela leitura do dispositivo em epígrafe, tem-se o duplo grau de jurisdição como um princípio atinente ao devido processo legal, visto que como este, aquele visa, outrossim, garantir a todo sujeito de direito no Brasil, a um processo justo e equitativo, de sorte que para isto, impreterível é que ocorra a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau, a ser realizada por órgão diverso daquele que a proferiu.

Ante às garantias oferecidas por estes princípios dispostos no texto da convenção Interamericana, é inegável a afirmação de que estes dispõem de todos os requisitos para figurar como Direitos Humanos. Assim sendo, impreterível é a aplicação destes princípios à matéria processual penal, pois somente desta forma, ocorrerá um processo penal justo frente ao conteúdo da legislação.

2.1 DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA NORMATIVA

Historicamente, observa-se, em geral, que “os direitos humanos nascem quando devem ou podem nascer” (BOBBIO; 2004). Os direitos humanos constituem resultado de diversas civilizações e diferentes origens, sendo proveniente de lutas contra a opressão que se estabeleceram por séculos e apoiando-se em diversos tipos de culturas fundamentos. Desta forma, pode-se dizer que este, na verdade, chega a se confundir com a história da humanidade.

Foi na antiga Mesopotâmia que surgiu o *jusnaturalismo*, há aproximadamente 4500 anos a. C. (COMPARATO; 2007). Este surgiu quando a civilização daquela localidade cultivou ideias no sentido de delimitar o poder do seu governante. O *jusnaturalismo* define-se por uma existência inerente a origem da humanidade, que o possibilita discernir o que seria certo ou errado, defendendo a existência de um direito natural. Dissertando acerca do tema, Magalhães (2004, p.10) comenta que “existem princípios superiores às normas específicas que são válidos a todos os povos, em todos os tempos”.

Um dos mais antigos diplomas normativos arcaicos, tradicionalmente conhecidos como Código de Hamurabi, foi um dos primeiros documentos que versava sobre direitos individuais, na Babilônia, em meados de 1690 a. C.. Destaca-se a importância do aludido documentos, pois o mesmo restringia a atuação do rei. Ao mesmo tempo, em que nele estavam previstos direitos à vida, à dignidade e à honra, este tinha o objetivo de obter a aceitação política das nações independentes que foram conquistadas no decorrer daquela época, pois o poderio militar não seria suficiente para que as relações de soberania pudessem ser mantidas após a conquista (RABINOVICH-BERKMAN; 2007).

Formada entre 1000 e 700 a. C., a civilização hebraica, era constituída por variadas etnias, que ficaram conhecidas por instituírem um contraponto entre a atuação de seu governante dentro dos limites determinados pela divindade de seu povo, conforme expresso na Bíblia. Esta por sua vez, adentrou severamente na garantia de direitos atinentes à condição humana, a exemplo da liberdade, da vida, da saúde e da dignidade da pessoa. Destarte, o monarca, que até então tinha sua vontade quase sempre concretizada de uma forma ilimitada, passou a ter suas decisões limitadas às vontades dos Deuses, demonstrando-se por isso, o importante papel das instituições religiosas no advento desta espécie de limitação ao poder dos governantes. . Tão logo, iniciaram-se as manifestações em sentido contrário às barbáries praticadas pelo soberano. Nesse ponto, mostram-se oportunas as lições de Silva (2000, p. 176-177), que acertadamente aduz:

[...] os direitos fundamentais surgem em função de reivindicações e lutas pela conquista de direitos, mas apresenta como pressupostos duas categorias de condições, a saber: condições reais e históricas, onde as declarações do século XVIII manifestaram-se na contradição entre o regime da monarquia absoluta e degenerada e o surgimento de uma sociedade tendente à expansão comercial e cultural; e condições ideais (ou lógicas), consistindo nas diversas fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa, tais como o pensamento cristão, o direito natural e o iluminismo.

Já o povo judeu, referência importante para a gênese/estruturação do mundo ocidental, definia, nos Dez Mandamentos, normas de proteção à vida (“não matarás”), ao direito de propriedade (“não roubarás”), à honra (“não darás falso testemunho”) e à proteção da família (“não cometerás adultério”).

Outrossim, a filosofia grega teve contribuição ímpar quanto aos direitos humanos, conforme se depreende das obras de Homero e Hedísio. Nesta época,

muitos filósofos gregos, dentre os quais se destacam Platão e Aristóteles, desenvolveram a ideia do jusnaturalismo, promovendo a inserção de direitos como a liberdade, a igualdade e a participação política. Assim como Aristóteles, Platão estava convencido de que o Direito e as leis (*nomos e nomoi*) eram essenciais para a estruturação da Cidade-Estado (*Polis*). Da mesma maneira, preocuparam-se, direta ou indiretamente, com questões atinentes aos parâmetros vinculados ao exercício do poder.

Em Roma, a Lei das XII Tábuas também reconhecia direitos como a igualdade e a propriedade aos cidadãos romanos. Já no Oriente, Buda promovia a pregação sobre a liberdade. Todavia, nesta época da história, o aspecto comum a praticamente todos os povos era o fato de não serem reconhecidos os mesmos direitos aos estrangeiros.

Em contrapartida a este quadro, a doutrina cristã reafirmou os dogmas já intrínsecos até então aos direitos humanos, como também cresceu o rol de bens protegidos juridicamente, direcionando seus mandamentos a todas as civilizações de uma maneira equânime, demonstrando relevante avanço no que se refere à consagração da universalidade, que constitui aspecto indissociável aos direitos humanos (COMPARATO; 2007). Nesse passo, mostram-se oportunos os ensinamentos de Canotilho (2003, p.369), que destaca:

Quando se põe a pergunta da existência da ideia dos direitos humanos do homem na antiguidade, a resposta é negativa. Basta recordar que Platão e Aristóteles consideravam o 'estatuto da escravidão' como algo natural. Todavia, a antiguidade clássica não se quedou numa completa cegueira em relação à ideia dos direitos fundamentais. O pensamento sofisticado, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese de igualdade natural e da ideia de humanidade.

Outro grande marco no desenvolvimento dos direitos humanos ocorreu na idade média, quando o Rei João Sem Terra outorgou a Magna Carta, em 1215, na Inglaterra. A Magna Charta Libertatum, limitava os poderes do monarca em relação à nobreza, outrossim, garantia certos direitos como a liberdade de locomoção, da proteção na área tributada e do livre acesso à justiça. Sobre o ponto, adverte Rabinovich-Berkman (2007, p. 120) que é notável “até que ponto a luta contra a avidez fiscal dos reis e poderosos foi frutífera em consequências de matéria de direitos existenciais. É uma mostra mais do que inconsistente que é o limite entre o patrimonial e o extrapatrimonial, e quão importante pode ser o bolso”.

De maneira contrária, Ferreira Filho (2000, p. 11 e 12) entende que:

[...] essa Carta não se preocupa com os direitos do Homem, mas sim com os direitos dos ingleses, decorrentes da imemorial *law of the land* (lei da terra), quer dizer, em outras palavras, que, a respectiva Carta nasceu com o propósito de solucionar um problema temporário entre o Rei João Sem-Terra e seus súditos que o ameaçavam de não mais pagar impostos caso não tivessem seus direitos devidamente formalizados. A Magna Carta Libertatum, de 1215, entre outras garantias, previa a liberdade da igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção, previsão do devido processo legal, livre acesso à justiça, liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país. Note-se que a Magna Carta aponta à judicialidade um dos princípios do Estado de Direito. De fato, ela exige o crivo do juiz relativamente à prisão do homem livre. Está, no seu Item 39, que nenhum homem livre será detido ou preso, ou despojado dos seus bens, exilado ou prejudicado de qualquer maneira que seja. Com isso implicitamente, pela primeira vez na história, o rei também se encontrava, naturalmente, vinculado e, porque não dizer subordinado ou adstrito às próprias leis que editava, tendo que suportar a norma que ele mesmo criou.

Em 1648, com o Tratado de Paz de Westphalia, na Europa, houve o término da Guerra dos Trinta Anos e as Províncias Unidas e a Confederação Suíça foram reconhecidas oficialmente. Ao se acatar os princípios e noções alicerces do Estado consensualmente, a exemplo da soberania, inaugurou-se o moderno Sistema Internacional.

Considerável avanço ocorreu ainda na Inglaterra, com a *Bill of Rights*, de 1689, no que se refere à limitação do poder estatal e à proteção dos direitos, estando estes relacionados com a proteção dos direitos humanos. Neste quadro, assemelham-se bastante ao mesmo, a *petition of rights*, de 1629 e o *Habeas Corpus Act*, de 1679, pois ambos são também considerados marcos importantes na propagação dos direitos humanos fundamentais (RABINOVICH-BERKMAN; 2007). Nesse compasso, surge a primeira Constituição escrita, nacional e limitativa no mundo, o *Instrument of Government*, promulgado por Cromwell, no ano de 1652, durante uma curta experiência republicana inglesa, que teria sido uma referência inspiradora para a criação da Constituição dos Estados Unidos.

Neste cenário, ganha ressaltado o constitucionalismo, movimento político-jurídico, que objetivava a instauração de governos sensatos, com poderes limitados por uma Constituição escrita. Nesta oportunidade, a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais possui nova roupagem, com um caráter pragmático, consagrando o Estado de Direito e a declaração de princípios orientadores da tutela do homem e sua dignidade (COMPARATO; 2007).

Em contraposição à época em que prevalecia o absolutismo (séculos XVII e XVIII), surge o iluminismo, que, com o humanismo que o caracterizava, veio a enfatizar a necessidade de valoração da pessoa frente aos poderes pretensamente ilimitados, de modo a retomar o conceito de cidadão, que se acha interligado à ideia de limite aos poderes absolutos do Rei (ROUSSEAU; trad. MACHADO; 1973). Nessa perspectiva, foi produzida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, decorrente da Revolução Francesa. Assim, foi dada origem à Idade Moderna, fixando os conceitos de soberania popular (poder emanado do povo) e Estado de Direito (poder limitado pela lei).

Portanto, na Inglaterra teve início a construção dos direitos humanos fundamentais, juntamente com o declínio do absolutismo, onde o Estado agora liberal é consubstanciado por ideais iluministas. Como se percebe, os direitos humanos são resultado da interação de diversas fontes, como os costumes das civilizações antigas, a produção jusfilosófica e a disseminação do cristianismo, apresentando como traço marcante a necessidade de restrição do poder estatal frente ao reconhecimento da legalidade e da igualdade. Com propriedade, Bobbio (2004, p. 35) lembra que “não se pode fundar os direitos humanos nos valores supremos da convivência humana, porque tais valores não se justificam, assumem-se”. Em seguida, surge a noção de dignidade humana, considerada como valor espiritual inerente ao homem, com manifestação na liberdade de decisão e conscientização a seu respeito.

Nesse rastro, os vigorosos alcances das correntes dos pensamentos liberais tornaram-se marcantes pela glorificação das liberdades públicas e dos direitos fundamentais, traduzidos na “liberdade”. São os denominados direitos humanos de primeira geração/dimensão, nos quais se exigia do Estado um papel de reconhecimento da esfera de direitos do indivíduo.

Com o regime jurídico-legal à época imposto pela coroa portuguesa, o Brasil Imperial reduzia as pessoas de pele negra à posição de coisa, adotando destarte, o regime escravocrata, onde os mesmos eram submetidos a diversas formas de humilhação e submissão. Vale ressaltar que a Constituição Imperial Brasileira, outorgada por Dom Pedro I, em 1824, sob a influência dos direitos humanos da primeira geração até então conhecidos no constitucionalismo americano e europeu, enunciou diversas garantias essenciais, não se podendo olvidar que eram destinados, quase que isoladamente, à elite aristocrática que dominava o regime

(VIEIRA; 2005). Entretanto, por reflexo da revolução industrial de 1888 e em destaque no ocidente, a escravidão no Brasil foi abolida com o intento de impulsionar o crescimento do Capitalismo. Isto posto, afixe-se que o regime monárquico, embora constitucional e representativo, a exemplo do poder moderador, detinha mecanismos centralizadores do poder nas mãos do monarca, razão pela qual o princípio democrático não encontrava efetividade.

A proclamação da República, em 1889, não foi, todavia, satisfatória no que concerne a evolução dos direitos humanos. Posteriormente, a Constituição de 1891, também não apresentou melhoras sociais, haja vista que o coronelismo era a base do Estado à época, de modo que o mecanismo de controle exercido por este, produzia uma pirâmide oligárquica através de instrumentos eleitorais que, em geral, faziam prevalecer seus interesses manipulando a vontade dos populares.

A partir da segunda metade do Século XIX, a preocupação com os direitos humanos assumiu outra ótica, passando a abranger questões sociais, que passaram a ser conhecidos como “direitos sociais”, ou de segunda geração/dimensão, os quais exigiram uma postura estatal ativa, de prestação social. Nesta época, o liberalismo político e econômico provocou uma série de injustiças, em especial no âmbito das relações de trabalho.

Defronte estes acontecimentos, surgiram inclusive em âmbito internacional, reivindicações de uma regulamentação das relações de laborais, que levantavam a questão de uma necessidade com relação à dignidade do trabalhador. Nesse diapasão, emergiram ideários como o Marxismo, que pregavam uma mudança social radical e cujos preceitos transpassavam pela universalidade, e acabariam por contribuir para a melhoria de certos aspectos das condições de vida no mundo. Da mesma época é a Declaração de Direitos da Constituição da França, de 1848, que previa direitos como a liberdade de trabalho e a assistência a pessoas sem meios de sobrevivência, como os desempregados, crianças abandonadas, doentes e idosos.

A disseminação dos axiomas humanistas, ainda no século XIX, acarretou na preocupação com a regulamentação das guerras, visando-se mitigar suas consequências negativas sobre a humanidade. Eis que surge o Direito Humanitário, representando a primeira manifestação significativa do Direito Internacional que visava proteger os direitos humanos.

O Século XX foi marcado no contexto internacional, como a era dos primeiros pós-guerra, das primeiras organizações internacionais que atribuíram relevância à proteção dos direitos humanos, a saber: a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a primeira voltada a promover, em especial, a paz, e a segunda, à valorização e ao estabelecimento de padrões internacionais mínimos de condições de trabalho e qualidade de vida.

Insta ressaltar, que as Constituições provenientes do período pós I Guerra Mundial não tiveram somente a obsessão de instaurar a estrutura organizacional política do Estado, todavia, também, de destacar o novo âmbito de direito socialmente reivindicados. Por conseguinte, os direitos sociais começaram, internamente, a ser consagrados pelas Constituições, como a de Weimar, na Alemanha, em 1919, e a do México, em 1917. Cabe anotar que, em que pesem as deficiências e dúvidas e ambiguidades existentes na Alemanha àquela época, Comparato (2007, p. 188) considera que:

Malgrado sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu, na Alemanha de 1919, uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-facista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas Constituições do início do século.

Nesse trilha, Nogueira (2001, p. 2) salienta que a Constituição alemã de Weimar representou a primeira “Constituição social europeia, sendo considerada a matriz do novo constitucionalismo social, pois tenta acrescentar os princípios da democracia social em contraponto ao liberalismo e ao papel não-interventor do Estado”. Em igual sentido, Nemetz (2004, p. 7) entende que “a contribuição da Constituição mexicana de 1917, resultante da Revolução Mexicana, proclamou com pioneirismo os direitos dos trabalhadores e as iniciativas de promoção da reforma agrária”.

Após a Revolução de 1930, ainda no Brasil, que colocou um ponto final na República Velha, e obstou a posse do Presidente Prestes, há o renascimento da

confiança no governo que então se instalava. Entretanto, sobreveio a frustração, com a supressão do regime constitucional, que só foi reconquistado após a convocação da Assembleia Nacional Constituinte que promulgou a Constituição de 1934, cuja vigência se deu por pouco mais de três anos, sendo substituída pela Carta Ditatorial de 1937, que permaneceu até o advento da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 1946, que orientou um duradouro período de liberdade democrática e que, incorporando direitos humanos de segunda geração, previu direitos e garantias individuais, de nacionalidade e políticos (VIEIRA, 2005).

Diante das violações aos direitos humanos praticadas em todas as nações e, sobretudo pelos nazistas, o segundo pós-guerra (1945), houve intensificação quanto a preocupação internacional no sentido de salvaguardar a vida humana. Neste momento, imprescindível foi a criação de mecanismos capazes de proteger os direitos fundamentais a nível internacional.

Desse modo, os direitos humanos adquirem o caráter de prioridade internacional, sobretudo a partir da criação, ainda em 1945, da Organização das Nações Unidas (ONU) e da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que reitera o ideário segundo o qual todos os seres humanos, indistintamente, são seres livres e iguais.

Dentre os principais mecanismos, órgãos, acontecimentos e tratados surgidos no último pós-guerra e que serviram de sustentação ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, destacam-se: a Carta da ONU (1945); o Tribunal de Nuremberg (1945/1946); a Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio (1948); Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); o Pacto Internacional de Direito Cívico e Político (1966); a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção Sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Cabe anotar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que pese não ser dotada de coercibilidade, é vista como a principal referência no tocante aos direitos humanos no mundo atual, inclusive por que foi seguida pelo aparecimento de tratados e convenções internacionais voltados diretamente à promoção destes direitos, bem como pela positivação de suas normas de Direito interno dos Estados. Em consonância com a nova ordem mundial, conforme leciona Almeida (2002, p. 18), torna-se “proibida a discriminação: (1) com

referência a homens e mulheres entre si, (2) do Estado contra eles e elas, e (3) de homens e mulheres perante a lei”.

Na visão de Nemertz (2004, p.8), uma vez estruturada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o cidadão é descrito como “sujeito de direitos e deveres, súdito e soberano em relação ao Estado, onde todos os homens são considerados iguais perante a lei, sem discriminação de raça, credo ou cor”.

Sem dúvidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma escritura de grande importância histórica, uma vez que, como base, traz consigo direitos fundamentais a todos os seres humanos, afastando qualquer discriminação. Em convergência, pondera Comparato (2007, p. 211) no sentido de que:

[...] a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

O avanço da humanidade propiciou um grau de exigências de proteção aos direitos do homem consideravelmente superior à outrora, elevando os direitos básicos à máxima do constitucionalismo, e, em decorrência disso, traz como uma obrigação necessária a adoção de uma ordem político-jurídica que seja fundamentada em meios de instrumentos de garantia e patrocínio.

Isto posto, na linha de argumentação de Ferrajoli (2002), as Constituições se coadunam por dizerem respeito a um aglutinado de meta regras sobre os poderes públicos, vinculando a funcionalidade do executivo, do judiciário e daquele que se manifesta pela vontade da maioria, que é o legislativo, os quais ficam obrigados a dispensarem respeito e obediência aos direitos fundamentais.

Não se deve esquecer, ao tempo em que as Nações Unidas (ONU) estabeleciam os fundamentos de sua Carta, na qual os direitos humanos gozavam de status privilegiado, o Brasil vivia na época da Ditadura Militar, e neste momento, a sua maior necessidade de fortalecimento. E, segundo as lições de Rech (2003, p. 22):

A realidade brasileira no período de afirmação dos direitos humanos em nível mundial foi marcada pela sua inviabilização como conteúdo e

experiência política e social, dados o cerceamento da participação social e a prisão, exílio e morte de centenas de ativistas que se opunham à ditadura militar (que, de maneira mitigada, preferiu chamar-se a si de revolução, contraditoriamente). [...] Nesse mesmo período, em nome dos direitos humanos, a sociedade brasileira começou a se levantar contra o arbítrio da ditadura. Nas nascentes entidades de direitos humanos (década de 1970), manifestaram-se vozes de resistência e de condenação do regime militar. [...] O processo, apesar dos reveses, cresceu e se consolidou em movimentos e organizações sociais que se instituíram na década de 1980 e que participaram ativamente da vida social e política do país. Entre elas, está o Movimento Nacional dos Direitos Humanos, fundado em 1982.

Destarte, no Brasil, são revalidados convenções e tratados internacionais sobre os direitos humanos, notadamente após a redemocratização no final do século XX, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, quando devota um Estado que se baseia num regime democrático, sobreleva os direitos e garantias fundamentais, conferindo valor vital à dignidade humana.. Nessa perspectiva, a dignidade humana, segundo as lições de Garcia (2001, p. 25):

[...] não pode ser substituída por nenhum outro valor, precisa, para sua delimitação, de outros valores como a autonomia, a segurança, a liberdade ou a igualdade, valores que se encontram coletados na atual noção de direitos humanos fundamentais. Sua compreensão não pode ser feita à margem do que representa a luta histórica dos direitos humanos.

Tendo como norte a análise dos documentos e eventos explicitados, além dos outros que surgem hodiernamente, mostra-se viável a implementação de uma jurisdição internacional mais ampla e efetiva, que detém a finalidade de alcançar a universalização da jurisdição em prol da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, em sua concepção mais abrangente.

Por último, é de bom alvitre que os mecanismos legais evoluíram em demasia e encontram-se, ainda, em corrente evolução (efeito *cliquet*) e por isto surgiram sistemas de proteção em diversas esferas de abrangência, a exemplo dos países e seus microblocos, na esfera regional e da Organização das Nações Unidas (ONU), a nível global, o que reflete a sublimação do quadro mundial no sentido de assegurar o bem comum, garantindo-se os direitos humanitários.

2.2 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL.

Diz, solenemente, parte do texto do Pacto de San José da Costa Rica que: "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela [...]" (art. 8º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica-, de 22.11.1969, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº. 678, de 06.11.1992). Igualmente, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Pela releitura dos supracitados dispositivos, extrai-se que o devido processo legal representa um postulado fundamental do processo. Considerado como um princípio aberto (cláusula geral), o mesmo é considerado como orientador de diversos princípios autônomos não previstos expressamente no texto legal.

O devido processo legal representa, outrossim, o âmago de uma ordem, com suas diretrizes indispensáveis e formadoras dos axiomas de uma ordem jurídica. Desta forma, o mesmo representa a origem, a partir da qual nascem todos os demais princípios que nele se fundamentam, isto é, significa o ponto de partida de tudo.

Para Reale (1980, p. 299), os princípios são:

[...] verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Destarte, pode-se afirmar que os princípios simbolizam verdadeiras proposições lógicas, funcionando como eixo central de uma ordem jurídica, isto é, diretrizes valorativas hábeis à aplicação e à interpretação constitucional, e, segundo os ensinamentos de Carrió (1970, p.33) constituem:

[...] o pensamento direcionador que doutrina e serve de base à formação das disposições singulares do Direito em uma instituição jurídica, de um código ou de todo um direito positivo. O princípio encarna o mais alto sentido de uma lei ou instituição de Direito, o motivo dominante, a razão

informadora do Direito [*ratio juris*], aquela ideia fundamental na qual se abrigam e pela qual se explicam os preceitos particulares, a tal ponto, que estas formam com aquela na própria relação lógica de onde, conseqüentemente, derivam.

Majoritariamente, entende-se que os demais princípios imprescindíveis ao direito processual penal, encontram sua origem no princípio do devido processo legal, a exemplo: legalidade, o juiz natural/imparcial, presunção de inocência, isonomia processual (paridade de armas), proibição da prova ilícita, inafastabilidade de jurisdição, publicidade dos atos processuais, razoável duração do processo, motivação das decisões judiciais, o contraditório e a ampla defesa e o princípio do duplo grau de jurisdição, objeto de demasiada importância no trabalho em epígrafe, que segundo parte da doutrina, estaria previsto na Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LV, como parte dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Neste foco entende-se por duplo grau de jurisdição a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau, a ser realizado por órgão diverso daquele que a proferiu, em tese, por meio do recurso de apelação. As bases justificantes da adoção do duplo grau residem na falibilidade humana e no inconformismo natural do ser humano ante uma decisão injusta ou errada. A decisão, em sentido lato, é produto da atividade cognitiva do julgador, portanto, proferidas por juízes que; embora devam realizar juízos através da análise racional dos fatos consoante o direito positivado; são passíveis de erro, corrupção, sentimentos. A revisão da decisão visa corrigir as imperfeições inerentes ao sistema.

Pesquisadores do tema afirmam que a Bíblia é a primeira fonte na qual este instituto aparece. Tal argumento fundamenta-se no capítulo XXV, versículo 11-12, do livro dos atos dos apóstolos de autoria de São Lucas, a saber: “Se fiz algum agravo, ou cometi alguma coisa digna de morte, não recuso morrer, mas, se não há das coisas que estes me acusam, ninguém me pode entregar a eles; apelo para César”. (LASPRO, 1995)

No direito romano, havia no período republicano, a possibilidade de impedir que a sentença produzisse seus efeitos podendo-se dizer que certamente o duplo grau já se manifestava nessas ocasiões. Nesse caso, permitia que um colega do magistrado, que prolatou a sentença, suspendesse os efeitos da mesma. No decorrer da evolução, já na época Justiniano, os recursos tiveram sua incidência

aumentada, todavia, era restrito o número de vezes que o indivíduo poderia utilizar-se do duplo grau.

Observa-se que o duplo grau de jurisdição é um instituto tão antigo que se confunde com o direito dos povos, de modo que o mesmo foi previsto em variadas legislações a exemplo: babilônicas, hebraica, prisca, egípcia, a islâmica, romana e grega. A doutrina costuma afirmar que a origem do duplo grau de jurisdição obrigatório, conhecido também como remessa oficial, está no antigo processo penal português em contraponto à posição desvantajosa do réu no sistema inquisitivo.

No âmbito nacional, registra-se que somente no século XIX este instituto foi previsto no processo civil, em favor da Fazenda Pública, sendo, por conseguinte estendido à proteção das relações familiares.

Recentemente, diversas leis extravagantes trouxeram disposições semelhantes sempre associadas à tutela do erário. Destaque-se a Lei n.º 2.664/55 que dispõe acerca das ações judiciais decorrentes de atos das Mesas das Câmaras do Congresso Nacional e da Presidência dos Tribunais Federais, a Lei n.º 6.014/73 que inseriu a previsão do duplo grau obrigatório na Lei n.º 1.533/51 ou Lei do Mandado de Segurança, além da Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717/65), Lei das Desapropriações e outras que dispõem sobre medidas cautelares contra os atos do Poder Público.

No vigente estatuto processual civil, a matéria está esculpida nos artigos 496 a 565. A Consolidação das Leis Trabalhistas dedica ao estudo os artigos 893 a 901. Ademais, o Decreto francês, de 1º de maio de 1790, firmou no direito processual moderno, o princípio do duplo grau jurisdicional. A partir desse momento, assegurou-se ao litigante vencido o direito de submeter a matéria decidida a uma nova apreciação jurisdicional, no mesmo processo, desde que atendidos determinados pressupostos específicos previstos em lei.

Ao fim do esboço histórico do instituto do duplo grau de jurisdição, notou-se que o homem, com o fim de buscar a prestação jurisdicional devida pela reparação sofrida, almeja obter uma sentença favorável. No processo penal, mais precisamente, este princípio adquire ainda mais valia, visto a iminente aplicação da *ultima ratio*.

Essa importância fora percebida e ratificada no Pacto São José da Costa Rica, por meio do qual se garante ao cidadão em seu art. 8º, 2, h, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o

direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".

Pelo exposto, irrefragável se torna a conclusão de que o princípio do duplo grau de jurisdição é imprescindível na garantia dos direitos humanos fundamentais dentro do processo penal, pois de que outra maneira estar-se-ia ocorrendo garantia de um devido processo legal, princípio norteador do duplo grau de jurisdição, sem que o réu tivesse a oportunidade de ter reexaminada sentença que o fará objeto do *jus puniendi* estatal?

É em virtude disso que Antônio Carlos, Ada Pelegrini e Cândido Rangel (2011, p. 81) pontificam que:

[...], é mais conveniente dar ao vencido uma oportunidade para o reexame da sentença com a qual não se conformou. Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança; e esta psicologicamente demonstrado que o juiz de primeiro grau se cerca de maiores cuidados no julgamento quando sabe que sua decisão poderá ser revista pelos tribunais da jurisdição superior

Igualmente, o devido processo legal, na condição de direito humano fundamental, chama a si todos os demais princípios a compartilhar desta mesma característica, a exemplo do princípio do duplo grau de jurisdição, pois conforme exposto alhures, majoritariamente entende-se que os demais princípios atinentes ao direito processual penal, tem sua gênese no devido processo legal.

É de bom alvitre, que apesar da semelhança, os direitos humanos não se confundem com os direitos fundamentais, uma vez que estes se denotam de um aspecto de universalidade, não dependendo da cultura ou da nação, de modo que, qualquer que seja o Estado em que esteja presente a pessoa humana, a noção do direito humano será a mesma. Logo, devem ser rigorosamente respeitados por todos os Estados, indistintamente, em razão de serem verdadeiros efetivadores da dignidade humana.

Os direitos fundamentais, por sua vez, são considerados como aqueles que estão previsto na Constituição, e, apresentam-se em consonância com a legislação de seu Estado, e não de modo inerente à condição humana, isto é, modelam-se às diretrizes da ordem jurídico-constitucional, apresentando-se de maneira diversa em cada Estado. Além disso, na lição de Mendes (2009), os direitos fundamentais:

[...] são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias fundamentais – formam a base do ordenamento jurídico do Estado Democrático.

Nesse patamar, releva Nucci (2010, p. 74):

Fundamental é o básico, o essencial, o alicerce de algo. Os direitos fundamentais, considerando-se o ser humano frente ao Estado e à sociedade, são absolutamente indispensáveis, pois constituem escudo contra abusos, excessos e medidas autoritárias ou padronizadas.

Pelo presente escorço, auferese que no Brasil, o devido processo legal assume condição de direito humano, como também de direito fundamental, de sorte que se revela completamente adequada esta afirmação, como denomina majoritariamente a doutrina.

2.3 SISTEMAS PROCESSUAIS E SUA CORRELAÇÃO COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Em seu conceito concernente ao Direito, a acepção de sistema é conhecida como a aglutinação de regras ou princípios sobre uma matéria racionalmente conexos entre si. Por sua vez, sistema jurídico pode ser conceituado como “a reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente” (ANDRADE, 2008, p. 30-31).

Historicamente, no direito comparado, são encontradas três espécies de sistemas processuais (tipos de processo penal): o inquisitivo, o acusatório e o sistema misto. Tourinho Filho (2008, p. 88) prefere chamá-los de “tipos de processo penal”. Tais sistemas, na visão de Badaró (2008, p. 36) “são abstrações ou modelos ideais. Atualmente, não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios ‘puros’. Ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais”.

No sistema inquisitivo, típico de sistemas ditatoriais, contempla-se um processo judicial em que podem estar reunidas na pessoa do juiz as funções de acusar, defender e julgar. Nele, não é necessário que haja uma acusação por parte do ofendido ou do órgão público, sendo possível o juiz iniciar *ex officio*, o processo criminal.

Esse sistema, como pondera Lopes Jr (2010, p. 68), “foi desacreditado, principalmente por incidir em erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como acusar, defender e julgar”. Em geral, o exercício da pretensão punitiva ocorre sem que haja outorga excessiva de garantias fundamentais.

Ao acusado eram negadas praticamente todas as garantias ao curso do processo criminal, a exemplo da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, e por esse motivo, o processo poderia ser sigiloso por ato discricionário do julgador. Destarte, a própria defesa do réu apresenta-se bastante restrita, de modo que não lhe é permitido manifestar-se depois da acusação para trazer argumentos ou refutar provas, como acontece no sistema acusatório. No geral, o sistema inquisitório funda-se no princípio do autoritarismo, onde o que se observa é a mitigação de direitos e garantias individuais em favor de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido. Por essa razão, “o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa absoluta condição de sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos” (ALENCAR; TÁVORA; 2012, p. 40).

O sistema acusatório por sua vez, é próprio dos regimes democráticos, caracterizando-se principalmente pelas funções de acusar, defender e julgar, que obrigatoriamente serão feitas por pessoas distintas. O nome “acusatório” provém do raciocínio de que ninguém poderá julgado sem prévia acusação, que ocorrerá com todas as circunstâncias de praxe.

Ao acusado serão assegurados os direitos a ampla defesa e ao contraditório. Como decorrência desses postulados, o Ministério Público possui o monopólio da ação penal e outra nota bastante importante refere-se a isonomia processual entre a acusação e a defesa, onde ambas possuem igualitário acesso aos meios de intervenção no processo. É o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, assinala Ferrajoli (1998, p. 561) que:

[...] a separação do juiz e do acusador é o mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo acusatório, como pressuposto natural e lógico de todos os demais. Representa, por um lado, uma condição essencial da imparcialidade do Juízo. Por outro, é um pressuposto de que a imputação do delito e sua prova devem pesar sobre a acusação. Garante-se assim, ainda um efetivo contraditório entre as partes.

Por fim, o sistema misto, é o sistema intermediário entre o sistema inquisitivo e o sistema acusatório. Também chamado de “sistema inquisitivo garantista”, segundo Avena (2011, p. 12), trata-se, na realidade,

[...] de um modelo processual intermediário, ou seja, que não é completamente inquisitivo, já que há a observância de todas as garantias constitucionais do acusado, tais como a publicidade do processo, a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, mas também não é inteiramente acusatório, dado que guarda resquícios do sistema inquisitivo, em especial a faculdade conferida ao juiz de produção probatória *ex officio*.

Este sistema se destaca pela existência de duas fases. Uma instrução preliminar, sigilosa e escrita, sob a condução do juiz, mediante a utilização de poderes inquisitórios e com vistas à colheita de acervo probatório, e outra, judicial, na qual se dá o julgamento, caracterizada pelo exercício do contraditório e da ampla defesa e os demais princípios decorrentes, notadamente o devido processo legal.

O tema relativo ao sistema processual penal adotado no Brasil apresenta-se deveras controvertido. Malgrado orientações de que o sistema misto é o adotado no direito brasileiro, a doutrina e a jurisprudência, com respaldo em diversas decisões do STF e do STJ, apontam que o sistema acusatório é o adotado no Brasil. Insta ressaltar, todavia, que o modelo adotado pelo Brasil não foi o acusatório puro, mas sim o não ortodoxo, tendo em vista que o magistrado não é mero expectador estático na *persecutio criminis in judicio*, podendo, inclusive, conceder *habeas corpus ex officio* e decretar prisão preventiva, além de ordenar e modificar medidas cautelares.

Eis que Tucci (2011, p. 42) esclarece que “o moderno processo penal delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório”. Deveras, a despeito do Código de Processo Penal inspirado pelos ideais facistas, observados no Código de Rocco, na Itália inserir institutos processuais que ressoam até os dias atuais, a exemplo da *emendatio libelli* e da

mutatio libelli, ser inspirado em princípios marcadamente inquisitivos, sua interpretação deve ser feita sob a luz da Constituição, adequando-o ao modelo constitucional acusatório por ela adotado, de forma a frear os impulsos inquisitivos impetrados no referido diploma.

Para tanto, buscando-se uma forma de corrigir os excessos inquisitivos permeados pelo código de processo penal brasileiro baseado num modelo inquisitivo, é mister uma interpretação a luz da constituição, utilizando-se de uma hermenêutica diferenciada, não se atentando apenas para as normas positivadas, mas também aos princípios implícitos no texto da mesma, a exemplo do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição, para que desta forma seja concretizada a vontade que emana no espírito da Constituição, sobressaindo por sua vez, o sistema acusatório, onde as garantias individuais, a exemplo do devido processo legal, têm relevância vital.

Após a análise dos pontos explanados, no decurso do próximo capítulo, proporcionar-se-á um estudo teórico de necessário conhecimento quanto ao sistema de jurisdição e competência no ordenamento nacional, para que seja possível compreender o anacronismo que se sustenta entre este instituto e os Princípios Constitucionais Informativos.

3. INSTITUTO PROCESSUAL DO FORO POR PERROGATIVA DE FUNÇÃO

O direito processual penal possui suas linhas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal, que, apoiada no sistema acusatório, separa as funções de acusar, defender e julgar, entregando-as a personagens distintos. Cada um dos sujeitos processuais possui, também, suas atribuições previamente estabelecidas, de sorte que, na prática de quaisquer dos atos processuais, deverá sempre haver estrita observância ao devido processo legal.

O princípio do duplo grau de jurisdição, que encontra sua origem no devido processo legal, sem sombra de dúvidas, constitui um dos temas mais controvertidos na teoria geral dos recursos, pois muito já se discutiu se o aludido princípio apresenta *status* de garantia constitucional, conseqüentemente, em estudo pormenorizado da mencionada celeuma será analisada com a interpretação constitucional deste princípio no capítulo seguinte.

Sob o panorama de que houve a inserção do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional na Magna Carta de 1988, como se restará fundamentado no capítulo seguinte, depreende-se a existência de um anacronismo entre o referido princípio e o perfil normativo que modela o sistema de competências no ordenamento jurídico brasileiro.

O instituto processual do foro por prerrogativa de função, componente da amalgama formada pelos critérios fixadores da competência no ordenamento jurídico nacional, mostra-se também inadmissível visto que o então titular desta, apresenta-se em imensa desvantagem, pois se no julgamento pelo juiz de primeira instância ele sempre poderia recorrer em busca de decisões mais favoráveis em outros tribunais, no julgamento com foro privilegiado, muitas vezes a decisão é definitiva, já que, quando a competência é do STF, não há um órgão superior para o qual se possa recorrer.

Agravo ainda maior, sucede, sobretudo, em casos de conexão e continência - a primeira prevista no art. 76 do CPP, e a segunda, no art. 77 do mesmo diploma legal - onde um cidadão comum que houver cometido crime em concurso com um dos titulares do foro por prerrogativa de função, será julgado simultaneamente no mesmo processo que este, deixando, por conseguinte, de gozar do duplo grau de jurisdição que lhe é conferido, em circunstâncias gerais, pela Carta Magna.

Sendo assim, o presente capítulo visa aprofundar sobre o supracitado tema, de modo que se possa inferir a partir deste, onde se encontraria a ofensa aos princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais, de forma a celebrar um processo apto à condução da autêntica atuação do Direito, segundo a Constituição Federal. A observância do procedimento modelado pelos princípios, que por sua vez são os alicerces da lei, é a garantia da legitimidade do provimento judicial a ser, ao final, proferido, justamente por ser, a partir daquele, que se efetiva o devido processo legal e os princípios atinentes ao mesmo, entre este devido processo legal e o duplo grau de jurisdição.

3.1 SISTEMA DE JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Não há um perfeito consenso na doutrina no que diz respeito ao conceito de jurisdição. Por ser a definição dada por Maria Lúcia Karam (1990, p. 18) de certa maneira dirigida ao processo penal, convém a sua transcrição:

Expressa a jurisdição função do Estado cuja finalidade formal é a interpretação e aplicação das leis, para dirimir conflitos, assegurar a defesa dos direitos legalmente protegidos e reprimir a sua violação. Esta função do Estado – a função judiciária – consiste basicamente em dirimir, em cada caso concreto, as divergências surgidas por ocasião da aplicação das leis, assim solucionando conflitos entre particulares, entre estes e o Estado ou mesmo entre órgão do próprio Estado, de forma a fazer valer o ordenamento jurídico coativamente toda vez que seu cumprimento não se dê sem resistência. Realizando esta função, o Estado, pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário, se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, de forma imparcial e equidistante, fazer atuar, através do processo, a norma jurídica que deve disciplinar a situação que lhe é concretamente apresentada.

Neste trilho, Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 102) afirma que “a jurisdição é uma emanção da soberania nacional, e como função possui incumbência por parte do julgador por meio do processo, para aplicar a lei aos casos concretos. Por fim, como atividade, é toda a diligência do magistrado, visando dar a cada um o que é seu”.

Ao direito subjetivo de ‘ação’, pelo qual alguém pede ao Estado que lhe faça justiça, corresponde a atividade estatal de ‘jurisdição’, pelo qual o Estado cumpre o dever de, mediante um devido processo legal, administrar justiça aos que a

solicitaram. (ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, 1991). Isto posto, a jurisdição deve ser entendida como um meio de acesso a ordem jurídica justa, eficaz e fundada no devido processo legal, seja qual for sua pretensão.

Já a finalidade do Estado ao instituir a jurisdição, objetivou-se em assegurar que as normas de direito substancial incorporadas ao ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados nelas previstos e sejam aplicadas de maneira correta, visando-se, por conseguinte a justa solução da lide.

A função jurisdicional caracteriza-se, essencialmente por alguns fatores. Outrora identificada como elemento indispensável à jurisdição, a existência da lide é uma situação constante na atividade jurisdicional. Como as relações disciplinadas pelo direito tanto se entrelaçam no plano do direito privado - entre indivíduos e entes particulares, como na esfera do direito público - entre indivíduos e o Estado ou entidades exclusivamente públicas; a tutela jurisdicional não se limita a amparar, quando restaura a ordem jurídica, os direitos individuais de ordem privada, pois em muitas ocasiões são interesses imediatos de caráter público que exigem o reconhecimento e amparo das funções jurisdicionais.

Outra característica da jurisdição diz respeito à inércia, pois como salienta Fernando Capez (2009, p. 51) “[...] a experiência histórica demonstrou que o exercício espontâneo da atividade jurisdicional afeta, sobremaneira, a imparcialidade do julgador, que se deixa influenciar pela iniciativa tomada.”

Por fim, é de ressaltar a substituidade, uma vez que vedada está a autotutela (exceto casos previsto pela legislação) só resta às partes que acione o estado para que sua lide seja resolvida, e a imutabilidade; e a coisa julgada que decorre da atividade jurisdicional, trazendo-se esta pela impossibilidade de uma decisão judicial ser revista ou modificada por órgão integrante de outro poder (MIRABETE, 2006).

Vários são os princípios que regem a atividade jurisdicional. Fernando Capez concentra sua atenção em cinco princípios informadores desta atividade estatal. São eles: princípio da investidura; princípio da indelegabilidade; princípio da inevitabilidade; princípio da inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional); princípio do juiz natural.

O primeiro traduz que a jurisdição deve ser exercida por quem tenha sido regularmente investido como magistrado. O segundo provém do princípio geral à vedação a qualquer Poder de delegar atribuições. O terceiro, por sua vez preconiza

a regra de que as partes, independente de suas vontades, devem se sujeitar a jurisdição. O quarto princípio está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito”, garantindo, portanto, que o Poder Judiciário, não poderá se esvair de exercer a jurisdição. Por fim o princípio do juiz natural indica que é a garantia de que não haverá juízo ou tribunal de exceção, ou seja, criado *ex post facto* para julgamento de um determinado caso concreto ou pessoa, bem como a garantia de que ninguém será subtraído ao seu juiz constitucionalmente competente. (CAPEZ; 2012 p. 52-54)

Ao se falar em espécies de jurisdição, é de bom alvitre que não há em verdade uma pluralidade de funções jurisdicionais, mas sim, uma diversidade de formas de se exercer a mesma. Cintra, Grinover e Dinamarco mencionam a classificação costumeiramente adotada pela doutrina, em que a jurisdição divide-se em civil e penal, conforme a natureza do seu objeto; especial e comum, conforme o órgão jurisdicional que a exerce; superior e inferior, conforme a hierarquia dos organismos que a detém; e de direito ou de equidade, conforme o critério da fonte com base na qual é proferido o julgamento. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; 2000, p. 144).

A jurisdição civil define-se por exclusão da jurisdição penal, portanto o que não fizer parte da jurisdição penal, por exclusão, será jurisdição civil. À jurisdição comum todos os tipos de lides, excluídas apenas aquelas que a lei expressamente reserva às jurisdições especiais. Entre as “Justiças” que exercem jurisdição especial estão a Justiça Militar, a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho e as Justiças Militares Estaduais, ao passo que as que exercem jurisdição comum são a Justiça Federal e as Justiças Estaduais ordinárias. Logo, essa distinção também se baseia na exclusão.

Quanto a jurisdição superior e inferior, tal classificação baseia-se na posição vertical dos órgãos judiciários na estrutura organizacional do Poder Judiciário, e decorre do princípio do duplo grau de jurisdição, princípio de importância vital no trabalho em epígrafe, que consiste na possibilidade de um mesmo processo, após julgamento pelo juiz inferior perante o qual teve início, voltar a ser objeto de julgamento, agora por órgãos superiores do Poder Judiciário. Em alguns casos, a lei prevê que o processo deve ser iniciado já perante os órgãos jurisdicionais superiores, ou seja, fixando sua competência originária para órgãos superiores,

como por exemplo em razão da função desempenhada pela pessoa, a qual será melhor analisada no tópico que trata sobre a competência.

A jurisdição de direito, por sua vez, ocorre quando o julgador exerce a jurisdição, utilizando-se do direito objetivo na tomada de suas decisões, sendo esta é a regra geral. Ocorre, entretanto, que tendo em vista ocasiões específicas do caso concreto, e dada a impossibilidade de o legislador prever todas as situações fáticas por motivos de lacunas na lei, respeitados os princípios que informam o ordenamento jurídico, pode o juiz excepcionalmente decidir por equidade. Este instituto é basicamente um recurso de integração do ordenamento baseada no poder discricionário do magistrado. O juiz só pode valer-se deste método de criar normas, no entanto, nos casos expressamente indicados na lei, nas chamadas cláusulas gerais.

Em virtude da inúmera quantidade de lides, de demasiada variedade e matérias sobre as quais se constituem os processos, o tamanho do território nacional e inúmeras razões, o Estado necessita dividir o trabalho no âmbito do Poder Judiciário, entretanto, a jurisdição, como um poder soberano do Estado, é una.

O conceito de competência mais utilizado na doutrina é aquele que sustenta que ela é a medida e o limite da jurisdição, onde aquela é o poder de julgar organizado, e esta é o poder de julgar constituído. Neste passo, mostram-se os ensinamentos de Fernando Capez (2011, p. 251), que destaca:

Em poucas palavras, competência é a delimitação do poder jurisdicional (fixa os limites dentro dos quais o juiz pode prestar jurisdição). Aponta quais os casos que podem ser julgados pelo órgão do Poder Judiciário. É portanto, uma verdadeira medida da extensão do poder de julgar.

A doutrina, costumeiramente distribui a competência considerando três aspectos: *ratione materiae* (estabelecida em razão da matéria do crime praticado); *ratione personae* (estabelecida de acordo com a função desempenhada pelo seu titular); *ratione loci* (momento onde se estabelece o local onde o crime será julgado).

O critério *ratione materiae* deve ser averiguado pela natureza do crime investigado, vale dizer, se o julgamento respectivo compete a jurisdição comum

(federal ou estadual) ou se concerne a justiça especial (eleitoral, militar ou trabalhista).

Depois de serem analisadas as competências *ratione materiae* e *ratione personae*, inicia-se a verificação do critério *ratione locci*, isto é, o foro ou juízo onde a ação penal correspondente ao fato típico imputado deverá ser processada, obedecendo-se a critérios como o lugar do crime (art. 70, caput, do CPP), o domicílio do réu (arts. 72 e 73 do CPP), a prevenção (art. 83 do CPP) e distribuição (art. 75 do CPP). O critério *ratione personae*, por sua vez, apresenta-se como o mais importante para os propósitos da presente monografia, por isso, será bem analisado em tópico específico.

3.2 TÓPICOS ESSENCIAIS SOBRE A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Após fixada a competência em razão da matéria, é necessário analisar o grau do órgão competente para o julgamento do réu, qual seja este um juiz de primeiro grau, um tribunal ou tribunal superior. Esse tipo de competência, chamada pelo Código de Processo Penal de competência por prerrogativa de função, é objeto fundamental deste estudo.

Via de regra, cabe aos órgãos de primeiro grau, a competência originária para conhecer da causa, malgrado órgãos superiores, excepcionalmente, por previsão na Constituição Federal, poderão exercer a competência originária. Os titulares deste instituto são ocupantes de certos cargos públicos que precisam ter sua importância protegida, buscando um julgamento onde os aludidos tenham sua dignidade mais que resguardada, em decorrência da função pública desempenhada.

Insta ressaltar que a expressão foro privilegiado, largamente utilizada no meio jurídico, resta-se incabível para o instituto em questão, quando na verdade o préstimo deste, está na proteção da dignidade da pessoa em virtude de suas funções, logo, longe de ser uma garantia pessoal, trata-se de uma verdadeira proteção ao cargo desempenhado pelo seu titular, razão pela qual não fere qualquer princípio constitucional, como o da igualdade (artigo 5º, caput) ou o que proíbe os juízos ou tribunais de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII). Nesse sentido, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 120):

Cumpra observar que no território nacional há certas pessoas que, pelo fato de desempenharem funções de relevo, são processadas e julgadas por órgãos superiores. É o que se denomina foro por prerrogativa de função. Não se trata de privilégio. Este é dado à pessoa. A prerrogativa resulta da função.

Uma vez analisado o que vem a ser a competência por prerrogativa de função, convém esclarecer quais os órgãos jurisdicionais superiores que têm competência para processar e julgar determinadas pessoas, e que pessoas são essas.

Compete ao STF, nos termos do artigo 102, inciso I, b, da Constituição Federal, processar e julgar, apenas nas infrações penais comuns (excluindo-se, portanto, os crimes de responsabilidade), o Presidente e Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República. Compete-lhe também, privativamente, processar e julgar, tanto nas infrações penais comuns como nos crimes de responsabilidade: a) os Ministros de Estado, ressalvada a hipótese de o crime de responsabilidade ser conexo a o do Presidente da República ou do Vice-Presidente (quando, então, o processo e julgamento se deslocam para o Senado, nos termos dos artigos 102, inciso I, concomitante com o artigo 52, inciso I, ambos da Constituição Federal); b) os membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União; e, por fim, c) os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Compete ao STJ, nos termos do artigo 105, inciso I, a, da Constituição Federal, processar e julgar, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal; nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os membros do Ministério Público da União que oficiem perante os tribunais.

Compete aos Tribunais Regionais, nos termos do artigo 108 da Constituição Federal, processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os juízes federais, da justiça militar e do trabalho, da sua área de jurisdição, assim como também lhe compete processar e julgar membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da justiça eleitoral.

Por fim, a Constituição Federal conferiu, no seu artigo 125, § 1º, aos Estados-Membros poderes para fixar a competência dos seus Tribunais.

Examinando cautelosamente, e fazendo-se uma apreciação crítica sobre os dispositivos constitucionais que conferem as prerrogativas ao foro com razões anexas à qualidade de determinado órgão ou função desempenhada pelo titular, exsurge a crítica de que, não obstante a importância dos aludidos dispositivos, não se poderia mitigar as garantias individuais ao devido processo legal aduzidas pela Constituição Federal de 1988.

Nesse trilho, como bem ressaltou Tourinho Filho (1998, p. 216), não existe duplo grau de jurisdição em relação a competência por prerrogativa de função, uma vez que “[...] a competência originária, isto é, competência privativa que determinados órgãos têm para processar e julgar certas pessoas, é exercida em única instância. Não existe para ela o duplo grau de jurisdição. Se são julgadas por um órgão colegiado da Superior instância, presume-se o acerto dessas decisões, tanto mais quanto seria materialmente impossível manterem-se outros órgãos, superiores aos existentes.”

Insta ressaltar, que em alguns casos, a fixação da competência objetiva atender principalmente ao interesse dos particulares, permitindo ao réu outras oportunidades de se defender. Nesses casos a competência será relativa. Esta modalidade de competência poderá ser afastada, propiciando o réu exercer “exceção declinatória de foro”, havendo discricionariedade quanto ao foro competente. Nos casos restantes, as regras de competência são fixadas visando atender considerações ligadas ao interesse público. Estas são as competências absolutas, e são indisponíveis para as partes.

A competência *ratione personae*, é caso de competência absoluta e diferentemente da relativa, não pode ser prorrogada. Sobre prorrogação de competência, Fernando Capez (2008, p. 223), assevera que:

A prorrogação de competência consiste na possibilidade de substituição da competência de um juízo por outro, sem gerar vício processual. Como já se disse, a competência inderrogável é absoluta. Ao contrário, quando a lei possibilitar às partes que se submetam a juiz originariamente incompetente, a competência é tida como relativa.

É de bom alvitre que a competência *ratione personae*, esteja positivada na Constituição Federal de 1988, e por isto, possua *status* de competência absoluta.

Logo, sua não observância, impossibilitará o saneamento do processo, acarretando, por conseguinte, sua total nulidade.

3.3 CONEXÃO E CONTINÊNCIA COMO FORMAS DE MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Para uma perfeita compreensão do que se pretende concluir com o presente estudo, se faz necessária também a compreensão das regras de conexão e continência, eis que estes são institutos deveras importantes na análise crítica quanto a competência fixada pelos órgãos do judiciário.

Os dispositivos que tratam da conexão ou continência estão dispostos nos artigos 76 e seguintes do Código de Processo Penal, e não trazem em seu rol, leis que fixem a competência, todavia, modificam a mesma em hipóteses já previstas na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional. Destarte, compreende-se que estes dispositivos normativos têm o intento de uniformizar o julgamento de fatos delituosos e seus agentes, propiciando ao julgador, perfeita visão do quadro probatório e, de consequência, melhor conhecimento dos fatos, de todos os fatos, de molde a poder entregar a prestação jurisdicional com firmeza e justiça. (TOURINHO FILHO, 2005).

Conexão é sinônimo de relação, nexo, de maneira que somente resta configurada quando houver alguma ligação entre uma e outra infração penal. Ocorre a conexão quando há pluralidade de condutas, seja por um ou mais agentes.

De acordo com a doutrina, a conexão, prevista no artigo 76, do Código de Processo Penal, se divide em três espécies: a) intersubjetiva; b) objetiva; e c) instrumental.

A conexão intersubjetiva ocorre quando necessariamente houver vários agentes e vários crimes, sendo que estes podem se unir em simultaneidade, concurso ou reciprocidade.

Na conexão intersubjetiva por concurso, várias pessoas em concurso praticam duas ou mais infrações penais, mesmo que o tempo e o lugar sejam diversos. Uma vez que existe um acordo de vontades visando o mesmo fim, há também um vínculo subjetivo que une todos os agentes. Na conexão intersubjetiva por reciprocidade, por sua vez, duas ou mais infrações penais são cometidas por duas ou mais pessoas, umas contra as outras. Por fim, na conexão intersubjetiva por

simultaneidade, duas ou mais infrações penais são praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem qualquer ajuste prévio, sem uma saber da outra, ou seja, sem que estejam atuando em concurso de agentes.

A conexão objetiva, que também é chamada de lógica ou material, se revela quando o crime é praticado para facilitar a execução de outro, ocultar-lhe ou garantir a manutenção da sua vantagem ou impunidade.

Por fim, a conexão instrumental, processual ou também probatória, se caracteriza quando a prova de uma infração influencia na existência de outra, concluindo-se que, a questão neste caso é de exclusiva conveniência da apuração da verdade real.

Assim, a conexão se revela como instrumento de unificação de processos que guardam, entre si, algum vínculo.

Já a continência, prevista no artigo 77, do Código de Processo Penal, ocorre quando há unidade de condutas, o que impõe que o julgamento de todos seja realizado em conjunto.

Há duas hipóteses de continência. A primeira é quando duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração (artigo 77, inciso I, do Código de Processo Penal), cometido por dois ou mais agentes em concurso, ou seja, em co-autoria ou em participação, nos termos do artigo 29, caput, do Código Penal, aí o vínculo se estabelece entre os agentes, e não entre as infrações. Difere essa hipótese de continência da conexão intersubjetiva por concurso. Em ambas, como característica comum, desponta o concurso de pessoas na empreitada criminosa. Todavia, na conexão concursal há multiplicidade de crimes, enquanto na continência por concurso de pessoas o crime é um só. (FERNANDO CAPEZ, 2008).

Outra hipótese de continência ocorre no caso de concurso formal (artigo 70 do Código Penal), *aberratio ictus* (artigo 73 do Código Penal) e *aberratio delicti* (artigo 74 do Código Penal).

No concurso formal, o sujeito pratica uma única conduta, dando causa a dois ou mais resultados. Um exemplo seria um motorista imprudente que, dirigindo perigosamente (única conduta), perde o controle e atropela nove pedestres, matando-os (nove homicídios culposos). Na *aberratio ictus*, o sujeito erra na execução e atinge pessoa diversa da pretendida ou, ainda, atinge quem pretendia e, além dele, terceiro inocente. Na *aberratio delicti*, por fim, o sujeito quer praticar um crime, mas, por erro na execução, realiza outro, ou, ainda, realiza o crime pretendido

e o não querido. Por exemplo, um sujeito, irritado com o preço elevado de um terno, joga uma pedra na vitrine, para produzir um dano na loja; quebra o vidro e, por erro, fere a vendedora (dano e lesão corporal culposa). Em todos esses casos, as causas são continentes e devem ser julgadas pelo mesmo juiz.

Observa-se, portanto, que tanto a conexão como a continência deslocam a competência unificando os processos em um determinado foro, denominado foro prevalente (*forum attractionis*). Há, no entanto, certas regras que precisam ser observadas para tanto, regras estas que estão previstas no artigo 78 do Código de Processo Penal, quais sejam, a prevalência do júri, no concurso entre sua competência e a de outro juízo; a prevalência do juízo do lugar da infração à qual for cominada pena mais grave ou do lugar onde houver ocorrido maior número de infrações, ou do juízo preventivo, no concurso entre a competência de órgãos jurisdicionais de igual categoria; a prevalência do órgão superior, no concurso entre a competência de órgãos jurisdicionais de diferentes categorias; e, finalmente, a prevalência das Justiças especiais, no concurso entre a competência de órgãos jurisdicionais autônomos entre si.

Sempre que não for possível determinar o juiz natural pela regra da gravidade do crime, nem pelo número de delitos, elege-se o juiz pela prevenção, isto é, aquele que primeiro conhecer de um dos processos torna-se competente para julgar ambos, avocando o outro.

É de se apontar também que o artigo 79 do Código de Processo Penal preconiza que não haverá reunião de processos nos casos de concurso entre a jurisdição comum e a militar e entre a comum e a crianças e adolescentes. Convém indicar, ainda, que a competência determinada em razão da conexão se perpetua, subsistindo ainda que desapareça por um motivo qualquer a causa que atraíra a competência para determinado órgão jurisdicional, conforme consagra a regra contida no artigo 81 do Código de Processo Penal.

Após o esforço traçado acerca do sistema de jurisdição e competência do ordenamento jurídico brasileiro, como também do estudo sobre os princípios constitucionais garantidores de direitos humanos fundamentais por meio de um devido processo legal, aufere-se ao longo destes dois capítulos, a existência de verdadeira incongruência entre o princípio do duplo grau de jurisdição, e a competência *ratione personae*, uma vez que esta obsta na finalidade principal do referido princípio, quando prevê uma competência originária que impossibilita o

direito humano fundamental de um indivíduo hipotético recorrer a uma sentença penal que o condene. Posteriormente a esta análise que se perfaz destes dois institutos registra-se no próximo capítulo o objetivo principal deste trabalho científico, qual seja, formular um entendimento no qual seja possível a aplicação concomitante dos supracitados institutos de uma forma harmoniosa.

4 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMATIVOS.

Empreendida a análise do sistema orientador da competência no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se, claramente, a existência de um contraponto entre o perfil normativo que modela o instituto em epígrafe, quando feita a interpretação dos princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição. Sob tal panorama, verifica-se que o sistema de competências no ordenamento jurídico brasileiro demonstras certas inconsistências a luz dos princípios garantidores dos direitos humanos fundamentais.

No decorrer deste capítulo, analisar-se-á a evolução da compreensão dos princípios no plano internacional, na medida em que traça um recorte doutrinário deste do jusnaturalismo ao pós-positivismo. Nesse âmbito, empreende-se uma discussão, acerca da importância norteadora e de fechamento do sistema jurídico pela axiologia imiscuída no conteúdo dos princípios. Assim, pretende-se inferir que os princípios possuem uma função indispensavelmente necessária à legitimidade do ornamento jurídico, haja vista a função vital que assumem nas Constituições contemporâneas, funcionando como verdadeira base axiológica de mais alto destaque e prestígio na fundamentação da hermenêutica e de orientação dos preceitos de ordem constitucional.

Ademais, também deve ser levado em conta que os princípios constitucionais não devem ser colocados no mesmo plano interpretativo das leis que estejam positivadas, uma vez que sua natureza demanda a realização de processos hermenêuticos diferenciados, porquanto remontam à superioridade hierárquica intrinsecamente necessária ao sistema, estabelecendo valores supremos e estruturas que constituem expressões de noções axiológicas a serem levadas em consideração pelo exegeta.

Ressalta-se no presente trabalho, hipótese onde o princípio do duplo grau de jurisdição sofre ressalva, sendo esta a prevista no art. 102, I da Carta Magna, prevendo-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal, como também nas decisões deste mesmo Pretório em torno da existência ou inexistência de repercussão geral dos temas constitucionais abordados em sede

de recurso extraordinário (art. 102, § 3º da Constituição Federal; arts. 543-A e 543-B do CPC; e art. 326 do Regimento Interno do STF).

Partindo-se de preceitos pós-positivistas, onde os princípios passam a serem tratados como o mais alto grau da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento, auferem-se, por conseguinte, a inadmissibilidade de sua supressão em dispositivos legais ainda que estejam positivados na Constituição Federal, a exemplo dos supracitados, que ressalvam o princípio do duplo grau de jurisdição.

4.1 O PÓS-POSITIVISMO COMO FUNDAMENTADOR DA MODERNA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CORRELATA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

A juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A fase jusnaturalista, mais tradicional e antiga, consolida-se como a primeira de todas elas. Nesta fase, os princípios habitam ainda numa esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, bastante duvidosa, se opõe ao reconhecimento de um dever ético-valorativo, que inspira os postuladores do Direito e da justiça.

Neste passo, a corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais de Direito em forma de “axiomas jurídicos” ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, normas universais de bem-ouvir. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana. (FLÓREZ-VALDÉZ; 1990).

No entendimento dos autores jusnaturalistas, o ideal de justiça explicita o sentido dos princípios gerais do Direito, entretanto, a formulação axiomática de tais princípios, os arrastou ao descrédito (ENTERRÍA;1981).

A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a do positivismo, onde os princípios entraram nos Códigos como uma fonte normativa subsidiária que garantisse o reinado absoluto da lei. A fase jusnaturalista dominou a dogmática dos princípios por um período demasiadamente longo, até a chegada da Escola Histórica do Direito. Eis que cedeu lugar a um positivismo tão pujante, que no século XX os cultores solitários da doutrina do Direito Natural no meio forense se envergonhavam do arcaísmo que ensinavam. (BONAVIDES; 2011).

A Concepção positivista, basicamente, defende que os princípios gerais do Direito equivalem aos princípios que existem unicamente para informar o Direito Positivo, lhe servindo de fundamento. Destarte, o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado a sua carência quanto ao fator normatividade, revelando sua irrelevância jurídica.

Com efeito, mostram-se oportunos os ensinamentos do autor espanhol José M. Rodriguez Paniagua (1976, p.125), que destaca:

[...] em conclusão e em resumo, podemos dizer que a diferença mais destacada entre a tendência histórica ou positivista e a jusnaturalista radica em que a esta última afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei, e a necessidade consequente de recorrer aos do Direito Natural [...] enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste se podem obter por analogia.

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As Constituições mais recentes promulgadas frisam a supremacia axiológica dos princípios, transformados em pedestal normativo sobre o qual está montado todo o ordenamento jurídico.

Desta fase observa-se a necessidade de tratar os princípios como direito, colocando-se de lado o método positivista, assumindo que uma gama de princípios podem impor uma obrigação legal da mesma forma que uma regra estabelecida positivamente.

Quanto à distinção entre norma e princípio, são de bom alvitre as lições de Jean Boulanger, o mais insigne precursor da normatividade dos princípios. Boulanger foi pioneiro em sua época, ao afirmar a regra jurídica pode até ser considerada geral em certo ponto, se estabelecida para um número determinável de atos e fatos, todavia, a mesma terá sempre caráter de especialidade intrínseco à mesma, visto que esta rege tão somente atos ou fatos, isto é, prevê uma situação previamente determinada. Os princípios por sua vez, são gerais, pois abrangem uma constelação ilimitada de aplicações. (BOULANGER, 1950)

Neste momento, denota-se a relevância que possuem os princípios em um ordenamento jurídico, uma vez que graças a estes, as regras podem ser edificadas

com segurança. Afirmar-se, portanto, que estes mesmo não escritos, possuem o espírito da legislação consubstanciada em seus axiomas.

Não é outra a compreensão sedimentada por Paulo Bonavides (2011, p. 298), quando afirma que os princípios são as normas-chaves de todo o sistema jurídico: “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais ganham a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.”.

Na terceira fase de juridicidade dos princípios, sobreveio verdadeira caminhada doutrinária para o reconhecimento da normatividade dos princípios. Crisafulli, jurista pioneiro nas contribuições que consolidaram a normatividade dos princípios, afirma que sejam eles expressos numa formulação legislativa ou, ao contrário, implícitos num ordenamento, constituem norma que será aplicável como uma regra. Explica, analogamente, que os princípios estão para as normas particulares como o mais está para o menos, rematando-se assim, que aqueles estão em posição hierárquica superior, uma vez que precedem as normas, dando-lhes fundamento de validade. (CRISAFULLI; 1952).

Igualmente, nas lições de Bonavides (2011, p. 299), “As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.”

Depois que normatividade dos princípios resta-se inconcussamente proclamada pela doutrina pós-positivista mais moderna, como se observa nas citações averiguadas, sucede que o ponto central deste considerável avanço reside principalmente no saltar nos princípios dos códigos, onde aqueles tinham apenas caráter subsidiário, para as Constituições, convertendo-se em fundamento para toda a ordem jurídica.

Desta forma entende Bonavides (2011, p.300), quando preceitua que:

Postos no mais alto da escala normativa, eles mesmo, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis.

Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.

Desta forma, as Constituições do século XX, fazem o que os Códigos fizeram no século XIX. Um tipo de positivação dos Princípios Gerais do Direito Natural, de modo que estes são incorporados na ordem jurídica constitucional, onde adquirem uma supremacia quanto à valoração normativa, isto é, sede de toda a legitimidade do poder. Destarte, os princípios Constitucionais estão para a modernidade, assim como os princípios gerais do direito estavam outrora para a era jusnaturalista.

Diz, solenemente, parte do texto da Magna Carta Brasileira de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Pela releitura dos supracitados dispositivos, extrai-se que o devido processo legal, como direito humano fundamental - característica comprovada no capítulo primeiro deste trabalho - representa, outrossim, o âmago de uma ordem, com suas diretrizes indispensáveis e formadoras dos axiomas de uma ordem jurídica, uma vez que deixou a qualidade de princípio geral de outrora, pois com sua positivação adquire *status* de norma suprema, como princípio constitucional.

Ao fazer um estudo pormenorizado do mencionado parágrafo, percebe-se que houve uma inserção do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional, se conjugado com princípios que garantem o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Igualmente a Constituição Federal de 1988 alberga, no artigo 5º, os direitos e garantias fundamentais, no qual o duplo grau de jurisdição não aparece de forma expressa como uma das garantias conferidas aos litigantes em processo judicial, entretanto, a questão deve ser analisada conjuntamente com o parágrafo 2º, da norma constitucional, *in verbis* “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” (art. 5º, LIV, § 2º da Constituição Federal).

Além da conjugação com o devido processo legal, a constitucionalidade do duplo-grau de jurisdição possui arrimo no art. 5º, LIV, § 2º da Constituição Federal, uma vez o mesmo possui previsão no Pacto de San José da Costa Rica, pois este

tem *status* de tratado internacional assinado pelo Brasil. Parte de seu texto preceitua: "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela [...]" (art. 8º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica-, de 22.11.1969, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº. 678, de 06.11.1992).

Pelo presente escorço, entende-se que o princípio do duplo grau de jurisdição possui qualidade de princípio constitucional e verdadeiro garantidor dos direitos humanos fundamentais, como salientado alhures. Sublinha-se assim, a importância que este princípio desempenha no ordenamento jurídico, verdadeira chave de interpretação dos textos constitucionais, não se podendo admitir mitigação de seus efeitos, tanto por sua característica intrínseca de Direito humano (*efeito cliquet*), quanto pela posição hierárquica de princípio constitucional, também inerente ao mesmo.

4.2 CONTRAPONTO ENTRE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NO BOJO DO PROCESSO PENAL.

É cediço que "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." (art. 5º, §3º, da Constituição Federal). Todavia, os tratados internacionais sobre direitos humanos que não forem aprovados pelo Congresso Nacional com o procedimento do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, a exemplo do Pacto São José da Costa Rica, ingressarão no direito brasileiro como norma infraconstitucional e supralegal.

Em contraposição a esta regra, é de bom alvitre que o art. 5º, LIV, § 2º da Constituição Federal, explicita que os direitos e garantias expressos em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, não deverão ser excluídos do ordenamento em detrimento dos que a Carta Magna já reproduz por si só. Outrossim, interpretando-se cautelosamente o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, percebe-se que houve uma inserção do duplo grau de jurisdição como

garantia constitucional, quando se assume que o duplo grau de jurisdição é garantia à um devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

Superada esta celeuma, com o reconhecimento de que o duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional, conforme estudo pormenorizado nos capítulos passados, juntamente com a análise do sistema orientador da competência no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que o sistema de competências no ordenamento jurídico brasileiro demonstra certas inconsistências a luz dos princípios garantidores dos direitos humanos fundamentais.

Uma vez reconhecida a existência dessas inconsistências, convém delimitar quais os dispositivos constitucionais que excetam o princípio do duplo grau de jurisdição. Essas hipóteses estão previstas no art. 102 da Constituição Federal, sendo a primeira em seu inciso I, onde estão previstas as competências originárias do Supremo Tribunal Federal, e a segunda, prevista em seu § 3º como também nos arts. 543-A e 543-B do CPC e art. 326 do Regimento Interno do STF, que apenas possibilitam o recurso extraordinário ao mesmo Pretório em caso de repercussão geral em temas de origem constitucional.

Quanto à segunda hipótese, analisando pormenorizadamente o art. 102, § 3º da Constituição federal, pode-se auferir que o intento do legislador em possibilitar recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal apenas em casos de notável repercussão em matéria constitucional, seria propiciar um judiciário mais célere e focado em questões de relevante valor no meio jurídico, visando também a economia processual.

Discordando deste paradigma entende Nucci (2010, p.64), por sua vez que:

[...] alguns princípios constitucionais, embora relevantes, podem servir de empecilhos ao devido processo legal, em sua forma de desenvolvimento, tal como se dá com o princípio da economia processual. A celeridade na busca pela aplicação do direito ao caso concreto não pode atropelar garantias essenciais. [...]

Decerto, o STF em recentes julgados se posiciona pela não adoção do duplo grau de jurisdição, quando este instituto vem a colidir com institutos que não podem coexistir em casos concretos, a exemplo do foro por prerrogativa de função, objeto do estudo em epígrafe e previsto na Constituição Federal.

Aponta-se como um dos motivos para tanto o fato de que apesar de o princípio em estudo disponha sobre direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica não foi submetido à aprovação pelo quórum qualificado para que alcançar a hierarquia de norma constitucional, todavia, resta-se superada a discussão acerca de nossa visão deste princípio como um princípio constitucional e garantidor de direitos humanos fundamentais atinente ao devido processo legal, razão pelo qual resta infundada sua não aplicabilidade nos casos concretos supracitados.

Necessário evocar, todavia, que esta posição nem sempre possuiu unanimidade nas decisões observadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Esse direito ao duplo grau de jurisdição, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro, decretadas, em sede originária, por Cortes Supremas de Justiça estruturadas no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, como obrigatória, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica. Não custa lembrar que o Brasil, apoiando-se em soberana deliberação, submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que significa – considerado o formal reconhecimento da obrigatoriedade de observância e respeito da competência da Corte (Decreto nº 4.463/2002) – que o Estado brasileiro comprometeu-se, por efeito de sua própria vontade político-jurídica, “a cumprir a decisão da Corte em todo caso” de que é parte (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 68). “Pacta sunt servanda”... . (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AP 470 / SP, Voto: Ministro Celso de Mello, 2013)

Por tudo quanto exposto acerca do Pacto São José da Costa Rica, vislumbra-se que o duplo grau de jurisdição é indispensável, mesmo que se trate de condenação pelo órgão máximo do país, sem embargo, a Constituição Federal aduz hipóteses onde o presente princípio é impossibilitado de subsistir, exurgindo um conflito entre uma norma constitucional e um princípio constitucional.

In fine, pela ótica pós-positivista, tem-se os princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico, normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais. Uma vez que possuem o *status* de normas supremas, desde a

sua constitucionalização, que é ao mesmo passo posituação de mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, estando acima outrossim, do restantes das normas constitucionais. (BONAVIDES, 2011).

Por si só, o processo, em acepção genérica, já demanda a atenção às formalidades estatuídas pelos princípios constitucionais norteadores dos direitos humanos fundamentais, que dirá o processo penal, cuja matéria versa entre os extremos da privação de liberdade do indivíduo, naturalmente acompanhada por inerentes consequências à reprovabilidade social frente ao indivíduo delinquente.

Sendo assim, o processo penal deve estar pautado e ter como norte principal a Constituição Federal, apresentando-se, enquanto tal, como sinônimo de garantia, e, atento ao princípio do devido processo legal, nunca deve perder de vista a necessidade de efetividade na tutela jurisdicional. Dessa maneira, a busca pela prestação jurisdicional deve trazer consigo a qualidade na sua prestação, indispensável à justa resolução dos conflitos, afastando-se dos moldes de eficiência intersubjetiva e antigarantista.

5. CONCLUSÃO

O trabalho científico em apreço propôs-se a analisar a mitigação do duplo grau de jurisdição por dispositivos constitucionais norteadores do sistema de competências no Judiciário brasileiro, assim como os efeitos decorrentes desta mitigação, tendo como norte o estudo da lesão ao direito humano fundamental do devido processo legal e duplo grau de jurisdição.

Para esta análise, o trabalho abordou, no primeiro capítulo, a evolução histórico-jurídica dos direitos humanos, com foco nos planos nacional e internacional, e, sobretudo, sua contribuição à ordem jurídica atual. Igualmente, foi traçada a linha da abrangência do direito humano fundamental ao devido processo legal e do duplo grau de jurisdição nas esferas constitucional e processual penal. Além disso, esquematizou-se um paralelo entre os sistemas/arquétipos de processo penal e o *due process of law*.

Neste capítulo, confirmou-se que os direitos humanos exerceram distinta importância para a construção dos pilares da ordem jurídica brasileira, de forma que, ao passo em que a humanidade progride, a concretização dos direitos humanos nos diplomas normativos dos Estados torna-se fator indispensável à sua concretização.

Da mesma forma, uma vez analisados os aspectos históricos e a abrangência do duplo grau de jurisdição, tornou-se possível concluir que o aludido direito humano fundamental, assume importância transcendental, constituindo verdadeira forma de controle das decisões judiciais, de maneira que seus reflexos tornam-se indispensáveis à aplicação do *jus puniendi*, assim como na construção de um processo penal acusatório justo.

Ao fim deste capítulo, após traçado um paralelo entre as modalidades de processo penal à luz do princípio do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição, uma vez analisadas as características dos sistemas inquisitivo e acusatório, constatou-se que a Constituição Federal de 1988 optou por adotar o primeiro, de forma mitigada, conferindo especial relevo ao julgador na persecução processual. Nesse âmbito, verificou-se que, com vistas a corrigir os excessos inquisitivos permeados pelo código de processo penal brasileiro baseado num modelo inquisitivo, é *mister* uma interpretação a luz da Constituição Federal de 1988, utilizando-se de uma hermenêutica diferenciada, não se atentando apenas

para as normas positivadas, mas também aos princípios implícitos no texto da mesma, a exemplo do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.

Já no segundo capítulo, foi empreendido um estudo sobre o sistema de jurisdição e competência no ordenamento jurídico pátrio, trazendo breve esboço sobre a fixação da competência jurisdicional em seus três aspectos principais, enfocando-se no instituto do foro por prerrogativa de função.

Ainda nesse capítulo, foram analisadas a conexão e continência como critérios de fixação de competência jurisdicional, momento em que se vislumbrou verdadeira incongruência entre o princípio do duplo grau de jurisdição, e a competência *ratione personae*, uma vez que esta obsta na finalidade principal do referido princípio, quando prevê uma competência originária que impossibilita o direito humano fundamental de um indivíduo hipotético recorrer a uma sentença penal que o condene.

Adiante, o terceiro capítulo dedicou-se, em princípio, a fundamentar a importância dos princípios do duplo grau de jurisdição conjunto ao devido processo legal, através do estudo pormenorizado da evolução hermenêutica pela qual passaram os princípios.

Nessa linha, observou-se que os princípios abordados no presente trabalho, desde a sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação de mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, estando acima de todas as normas constitucionais, possuindo para a moderna hermenêutica pós-positivista, relevância análoga dos princípios gerais do direito para a era jusnaturalista.

Logo, conclui-se que para que seja empreendida uma prestação jurisdicional justa no âmbito penal, o princípio do duplo grau de jurisdição não poderia sofrer ressalvas, nem mesmo nos casos onde a competência originária para o julgamento do réu seja o Supremo Tribunal Federal, órgão judicial máximo do país. Para tanto, faz-se necessária uma produção legislativa com intento de resolver esse conflito onde dispositivos constitucional excetuam o princípio do duplo grau de jurisdição, prevendo competência recursal para um órgão internacionalmente competente para julgar decisões do Supremo, por exemplo.

Dessa forma, todos os objetivos aos quais se destinou o trabalho em apreço foram alcançados, uma vez que se demonstrou, brevemente, a relevância que os princípios constitucionais garantidores de direitos humanos fundamentais possuem

no ordenamento jurídico brasileiro, e as consequências causadas pela mitigação dos mesmos em detrimento de dispositivos constitucionais reguladores da competência jurisdicional penal.

Por conseguinte, apresentou-se uma solução onde os princípios supracitados não sejam excetuados, uma vez que ante às garantias oferecidas por estes, é inegável a afirmação de que estes dispõem de todos os requisitos para figurar como Direitos Humanos. Assim sendo, impreterível é a aplicação destes princípios à matéria processual penal, pois somente desta forma, ocorrerá um processo penal justo em todos os seus termos. Resta, pois, confirmada a hipótese inicialmente apresentada, qual seja: a possibilidade de mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição é uma verdadeira afronta aos direitos humanos fundamentais e ao ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ALENCAR; Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

AVENA, Noberto. **Processo Penal Esquematizado**. São Paulo: Método, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal: Tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, Malheiros Editora LTDA, São Paulo, 2011

BOULANGER, Jean. **Principes généraux du Droit et Droit Positif**, in Le Droit Privé Français au Milieu du XX Siècle, Études Offertes à Georges Ripert. Paris, 1950.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Código de Processo Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 3.689/41, Brasília, DF, Senado, 2013.

_____. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2013.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica**. Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 678, de 06 nov 1992, publicada no DOU em 09 nov 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina. 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.
CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991

CARRIÓ, Genaro R. **Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

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

COMPARATO, Fábio K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRISAFULLI, V. **Lezioni di Diritto Costituzionale**. 3 vols. Pádua, 1970, 1976, 1984.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Corma y el Tribunal Constitucional**. Madri, 1981.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón – teoria del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquin Arces y. **Los Principios Generales Del Derecho y su Formulación Constitucional**, Madri, 1990

GARCIA, Eusébio Fernández. **Dignidad Humana e Ciudadanía Cosmopolita. Instituto de Derechos Humanos**. Cuadernos Bartolomé de las Casas 21. Universidad Carlos III de Madrid. Madri: Dykinson, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no Processo Penal** . 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

LASPRO, Oreste Nestor de Sousa. **Duplo Grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

MAGALHÃES, José Luís Quadros de. **Direitos Humanos. Evolução histórica**. Disponível em: <www.dhnet.org.br>. Acesso em: 12 jan. 2008.

MENDES. Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Frabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

NEMETZ, Erian Karina. **A evolução histórica dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.revistas.unipar.br>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

NOGUEIRA, Otaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. Coleção Constituições brasileiras. V. 1. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PANIAGUA, José M. Rodriguez, **Ley y Derecho- Interpretación e Integración de la ley**. Madri, 1976.

RABINOVICH-BERKMAN. Ricardo David. **Derechos Humanos. Una Introducción a su naturaliza y a su historia**. Buenos Aires: Quorum, 2007.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1980.

RECH, Daniel. **Direitos Humanos no Brasil. Diagnóstico e perspectivas**. Rio de Janeiro: Ceris/Mauad, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIEIRA, José Carlos. **Democracia e Direitos Humanos no Brasil**. São Paulo: Loyola, 2005.