

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

BRUNO AUGUSTO PASIAN CATOLINO

**A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O INSTITUTO
DO FORO PRIVILEGIADO NA ÓTICA DO DIREITO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

MARÍLIA
2017

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

BRUNO AUGUSTO PASIAN CATOLINO

**A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O INSTITUTO
DO FORO PRIVILEGIADO NA ÓTICA DO DIREITO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto sensu* da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Orientador: Professor Dr. Edinilson Machado Donizete

MARÍLIA
2017

BRUNO AUGUSTO PASIAN CATOLINO

**A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O INSTITUTO
DO FORO PRIVILEGIADO NA ÓTICA DO DIREITO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Banca examinadora da dissertação ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito

Resultado:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Edinilson Machado Donizete

1º EXAMINADOR: _____

Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso

2º EXAMINADOR: _____

Prof. Dr. Thiago Cappi Janini

Marília, ___/___/_____

Dedico este trabalho a todos os meus alunos(as) e ex-alunos(as), que sempre me fazem enxergar que sou, e sempre serei, um estudante.

AGRADECIMENTOS

É com grande satisfação que elaborarmos, e finalizamos esta dissertação. A mesma foi escrita com afinco, e na tentativa de ser um verdadeiro trabalho científico, de forma a contribuir com a ciência jurídica. Contudo, nada disso seria possível sem muitas pessoas que contribuíram para que possamos conquistar o título de mestre em Direito. Inicialmente, e não poderia ser alocado em outro parágrafo, o agradecimento especial as professoras e colegas de turma, Silvia Leiko Nomizo e minha amiga Delaine Oliveira Souto Prates. Quando este estava desacreditado de se submeter a mais um processo seletivo de ingresso em um Mestrado, dadas as inúmeras reprovações em outros Programas, estas gentilmente fizeram o convite para que este pudesse também participar da seleção do UNIVEM. Obrigado pela companhia, pela parceria, pelo humor e pelo entendimento nesses quase dois anos.

Agradeço a meus pais que me ajudaram de todas as formas a prosseguir até a finalização destes estudos. Agradeço ao UNIVEM, e especialmente aos professores doutores Edinilson, Ricardo, Teófilo e Oswaldo pela oportunidade de despertarem a sede de obter conhecimento naquilo que propuseram lecionar. Suas lições nunca serão esquecidas.

Agradeço aos colegas de turma que durante longo tempo, sempre estiveram do meu lado... Discutindo, conversando, dialogando. Aprendi igualmente com vocês. Em especial agradeço a companhia, a serenidade, o bom trato, e o aprendizado (tanto dentro quanto fora dos portões da Universidade) dos colegas Marcelo, Anderson, Ana Cristina, Paulo Padilha, Silvia Stéfano, Everton, Antônio, Ana Tavares, Renato, Ricardo, Cleber, Sara, Kelly... Obrigado por me fazer sentir menos o “peso” deste mestrado, e mais agradável as estadias na cidade de Marília.

Agradeço especialmente a Giovanna Cayres pela grande ajuda “logística” em Marília, e pelo altruísmo de quem sempre se propôs a ajudar sem querer obter nada em troca.

Justiça extrema é injustiça.
(Cícero).

CATOLINO, Bruno Augusto Pasian. A garantia do duplo grau de jurisdição e o instituto do foro privilegiado na ótica do direito internacional dos direitos humanos. 2017. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

RESUMO

O presente trabalho objetivou realizar um estudo jurídico e principiológico sobre o duplo grau de jurisdição e o instituto do foro especial por prerrogativa de função (privilegiado) no Brasil, trazendo a jurisdição internacional, em especial a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como parâmetro para se auferir a incompatibilidade do sistema jurídico brasileiro com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A partir de uma concepção do duplo grau de jurisdição como garantia, e não mero princípio interpretativo, impõe-se o seu estrito cumprimento, pelo Brasil, nos termos da Convenção Americana. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aponta que, majoritariamente, a Corte não concebe o duplo grau como garantia constitucional, e com tal admissão possibilita-se a sua mitigação. Logo, a doutrina é vacilante em apontar como uma violação ao duplo grau as hipóteses constitucionais de julgamento originário das ações penais pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem entendimento consolidado, conforme o julgamento caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, que nenhuma pessoa pode ser privada de interpor recurso contra condenação criminal. A Corte Interamericana determinou também, neste caso, que o Estado deve adequar seu ordenamento jurídico de forma a garantir o duplo grau de jurisdição em face de decisões condenatórias, especialmente para as pessoas que detêm foro especial por prerrogativa de função. Assim, apresenta-se um estudo sobre o instituto do foro especial por prerrogativa de função, e uma análise do julgamento da Ação Penal nº 470 (“mensalão”), apontando a necessidade de aproximação entre a ordem jurídica nacional e internacional. Através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, baseando-se no método indutivo-dedutivo, o trabalho tem por conclusão a necessidade de reformulação do sistema constitucional e jurídico brasileiro, para que o instituto do foro especial por prerrogativa de função não signifique o privilégio e a impunidade da classe política. Logo, deve-se coibir os desvios do instituto. Através da pesquisa bibliográfica, virtual e jurisprudencial, com base no método indutivo-dedutivo, esboçam-se alternativas de solução a problemática apresentada, como o direcionamento ao Superior Tribunal de Justiça das competências não-constitucionais do STF. Desta forma, em tais casos o STF poderia atuar como instância recursal efetiva, respeitando-se assim o duplo grau de jurisdição. Utilizar os organismos internacionais como uma instância recursal não nos parece a solução mais adequada, eis que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não é um tribunal recursal. Também nos parece de bom alvitre uma proposta dialógica entre as fontes legais internas e internacionais, além de uma necessária criação de uma ponte de diálogo entre sociedade civil, o judiciário e os órgãos judiciais internacionais. Isso pode resultar em soluções de adequação da sistemática brasileira com a jurisprudência internacional.

Palavras-chave: Duplo Grau de Jurisdição. Foro Especial Por Prerrogativa de Função. Foro privilegiado. Corte Interamericana.

CATOLINO, Bruno Augusto Pasian. The guarantee of the double degree of jurisdiction and the institute of the privileged forum from the point of view of international human rights law. 2017. 133f. Dissertation (Master of Law) – University Center of Euripides Marilia, The Education Foundation “Euripides Soares da Rocha”, Marilia, 2017.

ABSTRACT

The present study aimed to carry out a juridical and principiological study on the double degree of jurisdiction and the institute of the special forum by privileged (privileged) function in Brazil, bringing international jurisdiction, especially the jurisprudence of the Inter - American Court of Human Rights, as a parameter to obtain the incompatibility of the Brazilian legal system with the American Convention of Human Rights. Based on a conception of the double degree of jurisdiction as a guarantee, and not merely an interpretive principle, Brazil's strict compliance with the American Convention must be strictly enforced. The jurisprudence of the Federal Supreme Court points out that, in the majority, the Court does not conceive the double degree as constitutional guarantee, and with such admission it is possible to mitigate it. Therefore, the doctrine is hesitant to point as a violation to the double degree the constitutional hypotheses of judgment originating from criminal proceedings by the Federal Supreme Court. However, the Inter-American Court of Human Rights has a consolidated understanding, according to the *Barreto Leiva vs. Venezuela* case, that no person may be deprived of an appeal against a criminal conviction. The Inter-American Court has also determined, in this case, that the State must adapt its legal system in order to guarantee the double degree of jurisdiction in the face of convictions, especially for people who have a special privilege. Thus, a study on the institute of the special forum by prerogative of function, and an analysis of the judgment of the Penal Action n° 470 ("mensalão"), pointing out the need of approximation between the national and international legal order. Based on the bibliographical and jurisprudential research, based on the inductive-deductive method, the work has as conclusion the need to reformulate the Brazilian constitutional and legal system, so that the institute of the special forum by prerogative of function does not mean privilege and impunity of the political class. Therefore, it is necessary to curb the deviations of the institute. Based on the bibliographical, virtual and jurisprudential research, based on the inductive-deductive method, alternative solutions to the problematic presented are outlined, such as directing the Superior Court of Justice to the non-constitutional competencies of the STF. Thus, in such cases, the STF could act as an effective appeal body, thus respecting the double degree of jurisdiction. To use the international organisms as a recursal instance does not seem to us the most adequate solution, hence the Inter-American Court of Human Rights is not a court of appeal. We also find it a good idea to offer a dialogical proposal between domestic and international legal sources, as well as to create a bridge between civil society, the judiciary and international judicial bodies. This may result in solutions to suit the Brazilian system with international jurisprudence.

Keywords: Double Degree of Jurisdiction. Warranty. Privileged forum. Special Forum by Function Prerogative. Inter-American Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O SISTEMA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS	13
1.1 A internacionalização e universalização da proteção dos Direitos Humanos.....	14
1.2 A regionalização da proteção dos direitos humanos no âmbito internacional	17
1.3 A Declaração Universal dos Direitos Humanos: norma vinculante ou declaração de direitos	18
1.4 A Constitucionalização do Direito Internacional e a Carta das Nações Unidas.....	20
1.5 Os mecanismos convencionais e extra-convencionais de proteção aos direitos humanos	22
1.6 O Brasil no panorama dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos	23
1.7 A evolução das disposições constitucionais para o recepionamento dos Tratados e Convenções Internacionais	26
1.8 As teorias sobre a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional.....	28
1.8.1 Dualismo.....	30
1.8.2 Monismo.....	31
1.8.3 O diálogo entre cortes e a necessidade de aproximação da ordem jurídica nacional e internacional	36
2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E A EXECUTORIEDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	38
2.1 A evolução do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como órgão de consolidação do sistema	38
2.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	43
2.2.1 Competencia Consultiva.....	44
2.2.2 Competência Contenciosa	46
2.3 O acesso individual a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: a pessoa como sujeito de direito internacional.....	49
2.3.1 Instrumentos de garantia do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	50
2.4 A “juridicização” e a “justicialização” do Direito Internacional dos Direitos Humanos	53
2.4.1 A justicialização no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	54

2.5 O cumprimento (<i>enforcement</i>) das decisões judiciais das Cortes Internacionais de Direitos Humanos	57
2.5.1 A diferenciação entre obrigatoriedade e exequibilidade das decisões judiciais internacionais.....	58
2.5.2 A evolução da jurisprudência internacional na implementação dos efeitos da sentença (<i>enforcement</i>).....	61
2.5.3 Os mecanismos de <i>enforcement</i> na Corte Europeia de Direitos Humanos	63
2.6 A principiologia do processo de internacionalização dos direitos humanos	65
2.7 O conceito de <i>Rule of Law</i> e o <i>enforcement</i> das sentenças judiciais internacionais...	66
3 A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO (FORO PRIVILEGIADO)	71
3.1 Conceito e amplitude do duplo grau de jurisdição.....	74
3.2 O histórico do duplo grau de jurisdição	77
3.3 Foro Especial por Prerrogativa de Função (Foro Privilegiado).....	81
3.4 Foro Privilegiado e Foro Especial por Prerrogativa de Função: diferenças e apontamentos críticos.....	82
3.5 O “privilégio” na história brasileira e as origens do instituto do foro especial por prerrogativa de função.....	84
3.5.1 O foro especial por prerrogativa de função nas Constituições Brasileiras	88
3.6 A diferenciação das normas jurídicas em regras e princípios e o duplo grau de jurisdição	96
3.6.1 O Duplo Grau de Jurisdição como garantia constitucional	99
3.7 O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o duplo grau de jurisdição e o foro privilegiado.....	102
3.8 O caso <i>Barreto Leiva vs. Venezuela</i> : análise da garantia do duplo grau de jurisdição e o foro especial por prerrogativa de função	109
3.8.1 A interposição de embargos infringentes no Supremo Tribunal Federal contra sentenças condenatórias	114
CONCLUSÃO.....	118
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

Os maiores problemas nacionais, relacionados ao Direito, de uma forma geral, acabam sendo analisados, hodiernamente, por uma perspectiva da proteção internacional dos direitos humanos, sendo que a análise deste processo e das vias alternativas na solução de conflitos é imperiosa.

O presente trabalho pretende pontuar o descompasso existente entre o sistema jurídico brasileiro (constitucional e processual penal) e a jurisdição internacional no que se refere à garantia do duplo grau de jurisdição a réus que detém foro especial por prerrogativa de função, e são julgados em única e última instância pela mais alta corte de seu país.

Demonstra-se que o sistema jurídico brasileiro é contrário à Convenção Americana de Direitos Humanos. Conforme o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, a Convenção Americana (Pacto de San Jose da Costa Rica) não tem *status constitucional* eis que não aprovado com o quórum de emenda constitucional (art. 5º, § 3º da Constituição Federal). Logo, há a argumentação de que não existe qualquer violação, pelo Brasil, de qualquer garantia prevista pela Convenção Americana.

A questão ganhou maior envergadura com o histórico julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Penal nº 470 – conhecido como o julgamento do “mensalão”. O STF teve a competência originária, conforme a Constituição Federal (art. 102, I, “b” e “c”), para julgar 37 réus (dos quais 24 foram condenados), pelo envolvimento em um esquema de compra de apoio político no Congresso Nacional.

Contudo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em legítima interpretação da Convenção Americana (*Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*), consolidou o entendimento que todo cidadão tem o direito de recorrer de uma decisão judicial – recurso este que deve ser apreciado por outros julgadores diferentes dos quais proferiram a decisão contra a qual se objetiva reformar, no sentido *estrito* do duplo grau de jurisdição.

O primeiro capítulo abordará os processos de internacionalização e universalização dos Direitos Humanos que culminaram com a criação de um *corpus iuris* de proteção. Após, será feito um estudo sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reiterando-se a necessidade da concepção de sua força vinculante, com real força normativa. Também será abordada a constitucionalização do direito internacional e a Carta das Nações Unidas, bem como as teorias sobre a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional, em especial as

clássicas teorias monista e dualista, e outras teorias modernas como o monismo internacionalista dialógico.

Neste mesmo sentido, se pontuará, ainda que brevemente, o diálogo entre cortes, pela necessidade de aproximação entre a ordem jurídica nacional e internacional. Por fim, discorreremos sobre o Brasil no panorama dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos a forma de vigência e a forma como são insertos, no corpo constitucional, os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

No capítulo segundo o objeto de análise será o Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos. Iniciaremos com o estudo das origens e a evolução do Sistema Americano, elencando as 05 (cinco) etapas na evolução do sistema americano de direitos humanos, e apresentaremos a atividade jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial, a competência consultiva e contenciosa. Após, trataremos sobre a capacidade jurídica e processual do indivíduo no âmbito internacional, com destaque para o direito de petição individual. Nos tópicos seguintes abordaremos a juridicização e justicialização dos direitos humanos, o *enforcement* das decisões judiciais das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, a executoriedade e a obrigatoriedade destas decisões, e o conceito de *rule of law*. Como parâmetro para abordar o tema, traremos a experiência da Corte Europeia de Direitos Humanos traçando uma comparação com a prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, abordaremos em síntese a principiologia do processo de internacionalização dos direitos humanos.

O terceiro capítulo objetivará a abordagem do duplo grau de jurisdição, e do instituto do foro especial por prerrogativa de função. Para tanto, será trazida toda a argumentação de que o duplo grau se revela uma garantia constitucional, e não um princípio. Para tanto, explanaremos o seu conceito e amplitude, o histórico geral global e em diversos sistemas jurídicos, e o histórico constitucional brasileiro. Também traremos uma pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o duplo grau de jurisdição no âmbito criminal, consultando os precedentes da Corte (disponibilizados no sítio eletrônico do STF). Sobre o foro privilegiado traremos as disposições legais da Constituição Federal de 1988, e de todas as constituições anteriores, sobre o tema. Abordaremos a alcunha “foro privilegiado” em comparação com foro especial por prerrogativa de função, e todos os apontamentos críticos decorrentes de tal nomenclatura. Exporemos as formas de privilégio na história, as origens do instituto do foro especial por prerrogativa de função, e apontamentos sobre o Direito Comparado. Por fim, apresentaremos um estudo sobre o caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, principal precedente da Corte Interamericana sobre a problemática de nosso trabalho. Neste

sentido, analisaremos a garantia ao duplo grau de jurisdição e o foro especial por prerrogativa de função, passando pela análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 470, para que possamos concluir um diagnóstico sobre os problemas dos atuais moldes do instituto “foro privilegiado” e a posição do Brasil, no contexto internacional, sobre o duplo grau de jurisdição.

1 O SISTEMA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, para se abordar a sistemática universal da proteção dos direitos humanos, é necessário estabelecer as referências históricas e políticas que fizeram com que a proteção aos direitos fundamentais ultrapassasse as barreiras dos Estados, no intuito de haver uma verdadeira preocupação mundial com a garantia destes direitos, independentemente do local onde uma pessoa sofra uma violação de seus direitos.

CANÇADO TRINDADE (2003) alerta sobre o risco de reducionismos de definições, em decorrência da dinâmica da realidade dos fatos, mas aduz que a proteção do ser humano contra arbitrariedades é a essência do Direito internacional dos Direitos Humanos. Este é direcionado especialmente à proteção às vítimas, regula as relações de desigualdade, com autonomia perante os Estados.

Assim, a conceituação posta não deve ter a pretensão de ser definitiva, mas nem por isso há que se eximir de buscar um conceito e o objeto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de forma a analisar o conteúdo normativo, sua principiologia e os mecanismos de proteção (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Neste sentido, portanto, é o conceito elaborado por CANÇADO TRINDADE (2003, p. 406):

Entendemos o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o *corpus juris* de salvaguardar o ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que tem por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público, e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global como regional.

É pacífico em toda a doutrina internacional que a internacionalização e a universalização dos direitos humanos é corolário da repulsa mundial às atrocidades perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, em especial pela Alemanha Nazista.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 representa a consolidação do ideal da expansão de uma ética global, postulando direitos como a liberdade e a igualdade, além de direitos econômicos, sociais e culturais. A dignidade da pessoa humana, também proclamada na Declaração, oferece substrato jurídico para que seja positivada nas

Constituições de diversos Estados. Assim, a Declaração se revela a essência dos direitos humanos, eis que exalta a máxima arendtiana do “direito a ter direitos”.

Tal processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos, que tem a DUDH expoente histórico, exige a efetivação e a garantia dos direitos proclamados, e de acordo com Flávia Piovesan (2014) apenas será possível com uma *international accountability*, ou seja, através de uma sistematização internacional para monitorar e controlar a proteção internacional dos direitos humanos.

1.1 A internacionalização e universalização da proteção dos Direitos Humanos no direito internacional

RAMOS (2014) alude que na abordagem histórica do processo de universalização dos direitos humanos não faria sentido transpor para uma era remota a busca por uma concepção moderna dos direitos humanos, até mesmo porque em tais épocas vigoravam institutos que hoje são renegados como a submissão da mulher, a escravidão, a exclusão de minorias e diversas formas de organização política.

Evidentemente, não há que se afastar a importância de tais períodos remotos como influenciadores na formação do ideal moderno de direitos humanos – a exemplo da antiguidade oriental, da herança filosófica grega, da república romana, e do cristianismo – contudo, por opção metodológica do início do trabalho, parte-se da universalização dos direitos humanos. Ou seja, o processo de transmissão de um arcabouço jurídico e ideológico que ultrapassa as fronteiras dos Estados, para atingir todo o mundo.

O ideal de internacionalização da proteção de direitos foi pensado desde os revolucionários das Revoluções Francesa (1789) e Americana (1776). Contudo, mais de um século e meio transcorreu para que tal ideal saísse do campo das ideias e tivesse chance de ser implementado. Franceses e norte-americanos pensaram que tais revoluções não se limitariam a inaugurar uma nova era de direitos de índole liberal, mas também que os documentos advindos de tais Revoluções serviriam para semear novas ideias de liberdade e de observância dos direitos humanos (SILVA, 1998).

Essa ideia embrionária de universalidade, teria como epicentro não apenas o homem, mas todos os seres humanos, “independentemente de fronteiras nacionais, culturais, étnicas ou linguísticas” (SILVA, 1998, p.27).

A Declaração da Virgínia de 1776, dos Estados Unidos, adota esta nova forma de ver as coisas, interpretando esta realidade circundante como valores universais de todas as pessoas:

Art. 1º. Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança (EUA, 2017a).

O preâmbulo da Declaração Francesa de 1789 também tem o mesmo caráter universal de proteção aos direitos:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral (FRANÇA, 2017)

A tática de positivação dos direitos humanos se deu também como exteriorização legal do projeto de hegemonia do projeto burguês. Contudo, à época das revoluções liberais, mesmo que a realidade vivenciada não permitia o universalismo dos direitos humanos, é inegável que esta positivação de direitos passou a considerar não só o homem branco europeu como sujeito destinatário, mas também qualquer ser humano (SILVA, 1998).

Portanto, o contexto histórico e jurídico do estudo do sistema internacional dos direitos humanos reside no final da primeira metade do século XX, com a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, embora haja o aporte inicial do caráter “universal” de direitos humanos com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1791.

Tal retorno histórico de influência da Revolução Francesa é inescapável na abordagem da universalização de direitos. Com a expansão dos ideais da Revolução para além das fronteiras francesas, a Declaração Francesa de 1791 foi disseminada, sendo “a primeira com vocação universal. Esse universalismo será o grande alicerce da futura afirmação dos direitos humanos no século XX, com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos” (RAMOS, 2014, p. 40).

Na evolução histórica no sentido da universalização da proteção dos direitos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem quatro princípios básicos norteadores, a

universalidade, integralidade, indivisibilidade, e complementariedade – todos inerentes a pessoa e supranacionais (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Depois da Segunda Guerra Mundial, como apontado inicialmente, este processo de implementação de um sistema jurídico e político para a proteção dos direitos humanos é instaurado de forma paulatina, tendo como implicação a “erosão do conceito de soberania absoluta dos Estados” (SILVA, 1998, p.32), em virtude da característica *erga omnes* de destinação destes direitos.

A partir da Declaração Universal, tem-se que os preceitos nela contidos são espalhados por todos os continentes, através de um movimento de elaboração de normas regionais de direitos humanos, trazendo a motivação humanística de 1948 a ser aplicada à problemática regional de segurança dos direitos fundamentais.

Sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma POZZOLI:

A referida declaração, objeto de um estudo mais específico no item seguinte, consigna no seu texto o reconhecimento da dignidade da pessoa humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como constitutivos do fundamento da liberdade, da justiça e da paz. Foram elementos importantes que tornaram os direitos da pessoa humana protegidos, para que a pessoa não se veja levada ao supremo recurso da revolta contra a tirania e a opressão (2001, p. 110)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos para CANÇADO TRINDADE (2003, p. 498) é concebido “como um *corpus iuris* de proteção [...] que se ergue sobre um sistema de valores superiores. O ser humano não se reduz a um ‘objeto’ de proteção, porquanto é reconhecido como sujeito de direitos [...], que emanam do ordenamento jurídico internacional”.

A internacionalização dos direitos humanos teve início após a Segunda Guerra Mundial. Os abusos praticados contra os indivíduos na Guerra incitaram o surgimento de normas de alcance mundial no intuito de garantir a dignidade humana, e a responsabilização dos Estados nas relações internacionais. Nesse sentido, PIOVESAN (2000, p. 57) assinala que “o processo de universalização e internacionalização dos Direitos Humanos situa-se como um movimento extremamente recente na história do Direito, apresentando delineamentos mais concretos apenas após a Segunda Guerra Mundial”.

De acordo com GODINHO (2006), este movimento teve início com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), responsável pela edição de instrumentos normativos de proteção aos direitos humanos. Tais instrumentos são a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os Pactos e Tratados Internacionais.

1.2 A regionalização da proteção dos direitos humanos no âmbito internacional

A proteção dos direitos humanos passou por um processo de regionalização, onde foram criados sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. A regionalização possibilita a atribuição de especificidades histórico-culturais na proteção de direitos humanos, além de tornar mais acessível o acesso às instâncias jurisdicionais em casa região. Esse processo se realiza a partir do diálogo com o sistema global de proteção dos direitos humanos, não sendo, portanto, sistemas dicotômicos, mas complementares. Existem os Sistemas Europeu, Americano (Interamericano) e Africano. A Ásia e a Oceania não contam com sistemas regionais de proteção.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU inspirou todos os Sistema Regionais de Proteção, por seu ideal de universalidade dos direitos humanos. Referências à Declaração Universal encontram-se em várias Convenções Regionais, tais como a Convenção Europeia (1950) a Americana (1969), e a Africana (1981). Ao indivíduo, é possibilitado escolher o procedimento internacional de proteção que mais lhe proteja, optando tanto pelo regional quanto o global, sendo que em um possível conflito entre sistemas deve vigorar o princípio da primazia da norma mais favorável a pessoa humana (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Nesse sentido, PIOVESAN (2015) aduz que o Sistema Internacional tem como objetivo dispor meios de ação para que os Estados, e também os indivíduos, possam encaminhar denúncias se direitos internacionais são desrespeitados.

Apesar de os sistemas global (universal) e regionais (local) não serem antagônicos, muito pelo contrário, são complementares e não exclusivos, CANÇADO TRINDADE (2003, p.30) aponta:

[...] a universalidade, no entanto, não equivale à uniformidade total: ao contrário, é enriquecida pelas particularidades regionais. Cada sistema regional vive seu próprio momento histórico. [...] Cada sistema regional tem funcionado, pois, em seu próprio ritmo, e, atento à realidade dos direitos humanos em seu continente respectivo, tem vivido seu momento histórico e seguido sua própria trajetória.

Desta forma, resta claro que não há pretensão a um suposto antagonismo entre as soluções legais entre os planos global e regional, visto que a multiplicidade dos sistemas, e o aumento dos instrumentos normativos, tem o objetivo de ampliar o âmbito de proteção dos direitos humanos.

1.3 A Declaração Universal dos Direitos Humanos: norma vinculante ou declaração de direitos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 da ONU, evidencia uma nova fase no processo de afirmação dos direitos individuais na comunidade internacional. Os direitos positivados na Declaração também serviram, e servem, de parâmetro constitucional – assim como a Carta das Nações Unidas – para que constituintes de diversos países pudessem estabelecer uma base mínima de direitos relacionados à cidadania na última metade do século XX (ARAGÃO, 2009).

Tecnicamente, a Declaração não é um tratado internacional, pois não passou por procedimentos internacionais inerentes a formação de tratados. Logo, inicialmente, trata-se de uma recomendação da Organização das Nações Unidas (MAZZUOLI, 2015).

A Declaração foi aprovada pela ONU, por meio de Resolução de sua Assembleia Geral em 1948. Como regra geral, as Resoluções editadas pela Assembleia Geral da ONU não possuem força vinculante.

RAMOS (2014) acentua que em decorrência da Declaração não ser um tratado há discussões na doutrina e na prática das relações internacionais dos Estados sobre sua força vinculante.

O autor identifica três vertentes diversas sobre a força vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos: a) os que consideram que a Declaração tem força vinculante por ser um autêntico instrumento de interpretação do termo “direitos humanos” contido na Carta das Nações Unidas de 1945; b) os que consideram que a Declaração tem força vinculante por representar costume internacional; e c) os que consideram que a Declaração tem natureza *soft law*, não tendo força vinculante.

Para Valério Mazzuoli (2015), à época em que fora editada, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não possuía força vinculante, sendo de natureza “Soft Law”. O autor traça a definição sobre as normas “*soft law*”:

[...] as chamadas normas de *soft law* são produto recente no direito das gentes, tendo como característica principal a flexibilidade de que são dotadas (à diferença das obrigações *erga omnes* e das normas de *jus cogens*, cujos comandos são em tudo rígidos). O certo é que tanto as obrigações *erga omnes*, quanto as normas de *jus cogens* e a *soft law* têm modificado sobremaneira o panorama tradicional das fontes do Direito Internacional Público, atingindo os Estados (cada qual ao seu modo) de forma distinta das conhecidas fontes formais clássicas. Assim, a questão que atualmente deve ser colocada diz respeito à necessidade de se proceder a uma “reavaliação” das fontes tradicionais do Direito Internacional Público, a fim de verificar se estas

não estariam integradas por novas obrigações e normas jurídicas provenientes das mudanças pelas quais está a passar o Direito pós-moderno (MAZZUOLI, 2015, p.173).

Valério Mazzuoli (2015) defende que atualmente a qualificação da Declaração Universal é de norma *jus cogens* internacional. E se não o é, é preciso que o Direito a entenda desta forma. A Declaração representa considerações basilares de toda a humanidade e constitui vários princípios gerais do direito – por isso sua qualificação como norma vinculante. Assim, a Declaração Universal deve ser interpretada como “mais autêntica expressão da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais, contidos na Carta das Nações Unidas” de 1945 (MAZZUOLI, 2015, p. 954).

Além desta qualidade e característica, a Declaração integra a Carta da ONU de forma que se mostra um complemento integrador e interpretativo da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais” contida na Carta da ONU. De tal modo, o conteúdo da Declaração teria força vinculante para os Estados, especialmente quanto aos seus mandamentos.

A CIJ, no Caso do Pessoal Diplomático e Consular dos EUA em Teerã, na decisão de 24 de maio de 1980, considerou a Declaração Universal como um costume que se encontra em pé de igualdade com a Carta das Nações Unidas. A isso se pode acrescentar que a Declaração Universal, por ser a manifestação das regras costumeiras universalmente reconhecidas em relação aos direitos humanos, integra as normas de *jus cogens* internacional, em relação às quais nenhuma derrogação é permitida, a não ser por norma de *jus cogens* posterior da mesma natureza, por deterem uma força anterior a todo o direito positivo. Foi nesse sentido que o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, em 1998, considerou ser a proibição da tortura uma regra imperativa de Direito Internacional (*jus cogens*) e que esses atos de tortura não podem ser amparados por legislações nacionais de anistia (MAZZUOLI, 2015, p. 954)

Para RAMOS (2014, p. 44), a Declaração Universal dos Direitos Humanos deve ser entendida como “espelho do costume internacional de proteção de direitos humanos, em especial quanto aos direitos à integridade física, igualdade e devido processo legal”.

Em nosso entendimento, conceber que a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem força vinculante é dotar de força normativa o mais simbólico e inovador documento internacional de proteção aos direitos humanos. Encontrar o respaldo internacional no princípio do devido processo legal, inclusive na Declaração Universal (como defende André de Carvalho Ramos) é importante para que nos capítulos seguintes possamos entender o princípio do duplo grau de jurisdição como uma garantia inescapável aos nacionais de qualquer Estado que tenha, ou não, assinado a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

1.4 A Constitucionalização do Direito Internacional e a Carta das Nações Unidas

Houve tempos em que a importância do direito internacional como instrumental da justiça e da paz foi relegada a segundo plano. Felizmente, atualmente, os tempos são outros e o desenvolvimento dos povos, e do Direito, perpassa inevitavelmente pela análise internacional da proteção dos direitos humanos.

A constitucionalização do direito internacional público se revela um processo de “internacionalização, generalização e imbricação dos direitos humanos no direito internacional” (TRINDADE, 2012, p. 38). Assim, a constitucionalização do direito internacional tem como escopo transplantar ao plano internacional as conquistas do direito constitucional dos Estados na proteção dos direitos fundamentais a um nível global.

A internacionalização dos direitos humanos é o processo de expansão dos direitos fundamentais e sua aplicação em número considerável de Estados. A generalização dos direitos humanos corresponde ao seu impacto e à sua influência sobre o DIP geral. A imbricação corresponde à rigidez dos tratados de direitos humanos. Essa rigidez é observada pela pouca probabilidade de se aprovarem emendas aos seus textos bem como pelos entendimentos restritivos quanto a reservas (TRINDADE, 2012, p. 40)

De acordo com Otávio Augusto Drummond Cançado Trindade (2012) a incorporação de elementos que corroboram a existência de uma comunidade internacional em tratados e na jurisprudência fez com que parte da doutrina procurasse por uma constituição formal e jurídica dessa comunidade. Atribuir um papel central à internacionalização dos direitos humanos ressalta a ideia de uma comunidade internacional. O instrumento resultante de tal processo foi a Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco (EUA), em 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro de 1945.

A Carta da ONU passa a ser defendida como constituição da comunidade internacional, de forma que esta é concebida, principalmente, pelo consenso relativo a regras fundamentais, a proibição do uso da força, e o respeito aos direitos humanos. Nesse sentido, a ONU por sua ampla composição e funções protetivas representa a comunidade internacional. Existem características que fazer supor que a Carta das Nações Unidas seria um tipo ideal de constituição:

i) um momento constitucional; ii) um sistema de governança; iii) definição dos membros da comunidade; iv) hierarquia entre normas; v) perenidade; vi)

denominação de Carta; vii) história constitucional; viii) universalidade. Todas as características demonstram a natureza especial da Carta no direito internacional (FASSBENDER, *apud* TRINDADE, 2012, p.32).

O Brasil, por meio do procedimento de ratificação dos tratados e pactos internacionais, retificou a Carta das Nações Unidas e a incorporou em seu ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, inclusive “prometendo que a mesma será cumprida inviolavelmente” (BRASIL, 1945, n.p)

A confirmação desta destinação de obrigatoriedade na proteção destes direitos e garantias a nível mundial à comunidade internacional consta expressamente na Declaração de Viena de 1993, no artigo 5º (ONU, 1993, p. 04):

5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

Assim, a Carta das Nações Unidas seria o arcabouço sobre o qual se fundamenta todo o direito internacional dos direitos humanos. Os efeitos de se considerar a Carta como uma constituição seriam vários. A mesma teria efeito vinculante sobre os não-membros da ONU (conforme os artigos 2(6) e 103). O desenvolvimento causado pela prática da ONU, tal como a expansão do conceito de paz, segurança internacional e os mecanismos de monitoramento de violações a direitos humanos, poderiam ser mais bem explicados pelo modelo constitucional. A hermenêutica constitucional seria aplicada ao método de interpretação da Carta. Haveria rigidez ao mecanismo de emenda. E por último, que tal natureza constitucional teria repercussão sobre a composição das Nações Unidas. Assim sendo, a Carta criaria uma “comunidade interpretativa”, receptiva a todos os membros desta comunidade internacional (TRINDADE, 2012).

Os valores humanísticos tiveram evidente influência na Constituição Federal de 1988, e são reproduzidos em síntese pelo preâmbulo constitucional, eis que o Estado Brasileiro se autodeclara “[...] um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988, n.p).

O conteúdo do preâmbulo é afirmado em diversos dispositivos constitucionais, a exemplo dos incisos III, do artigo 1º, ressaltando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e o inciso IV do artigo 3º quando observa o objetivo fundamental a promoção do bem de todos os cidadãos, “[...] sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

CANÇADO TRINDADE (1996, p.13), sintetiza o exposto:

É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista [...]

Portanto, a constitucionalização do direito internacional público tem influência do ideal de comunidade internacional, sendo esta formada por variados fatores, como as comunidades normativas nacionais, regionais (União Europeia) e funcionais (OMC); um sistema internacional de valores humanísticos que serve de elo de ligação entre diferentes comunidades normativas e a existência de mecanismos de implementação (*enforcement*) destes valores.

1.5 Os mecanismos convencionais e extra-convencionais de proteção aos direitos humanos

De uma forma geral, existem dois mecanismos de proteção a direitos humanos no âmbito global, os mecanismos convencionais e os extra-convencionais. Os convencionais são os criados pelas convenções específicas de direitos humanos, como a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, dentre outras. Os órgãos de proteção criados por tais documentos internacionais têm competência para analisar relatórios e petições individuais apenas de Estados que ratificaram a convenção instituidora do órgão.

Já os mecanismos extra-convencionais advêm principalmente da Carta da ONU, e podem receber petições individuais de países que não tenham ratificado nenhuma convenção específica de direitos humanos, além de poderem tratar sobre violações de quaisquer direitos, contanto que relacionados a violações sistemáticas (IKAWA, 2014).

O mecanismo de peticionamento individual se revela alternativa posta aos indivíduos e grupos de pessoas contra as violações de direitos humanos no âmbito interno dos Estados. Contudo, o Sistema Interamericano, ao contrário do Europeu, prevê a possibilidade de

recebimento de uma comunicação individual apenas se o Estado declare reconhecer expressamente a competência da Comissão Interamericana para receber e examinar comunicações de violações de direitos humanos, nos termos do art. 45 da Convenção Americana.

Outra análise, igualmente interessante seria perquirir as hipóteses em que tais comunicações/petições terão legitimidade para serem apreciadas pelos organismos internacionais competentes, seja na esfera interamericana, ou no domínio universal. Contudo, nesta oportunidade, optamos por não focar a questão do peticionamento individual em outros Sistemas de Proteção, tais quais o Africano, Asiática e Europeu.

1.6 O Brasil no panorama dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos

Conforme o pensamento de Hannah Arendt (1979), os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo do pensar e do repensar.

Neste enfoque protetivo dos direitos humanos, o Brasil é signatário de praticamente todos os tratados internacionais, seja no sistema global ou no sistema interamericano de direitos humanos. Somente com a redemocratização do país, após o período ditatorial militar, que o Estado Brasileiro passou a ratificar os tratados internacionais de direitos humanos.

Neste diapasão, segundo Flávia Piovesan (1997) o primeiro tratado internacional a ser incorporado na ordem jurídica interna brasileira foi a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 1989.

A partir desta ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Assim, a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; c) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; d) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; e) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; f) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995 (PIOVESAN, 1997, p.95).

Contudo, contraditoriamente, no Brasil, a evolução da adesão aos tratados internacionais de direitos humanos, não é acompanhada por uma proteção, e resolução destes conflitos, no

âmbito interno. Ou seja, mesmo que o Brasil ratifica a maior parte dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tal preocupação a nível internacional não é refletida internamente. Portanto, ainda há diversas violações aos direitos humanos.

No que se refere à jurisdição, convém citar a condenação do Estado Brasileiro, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH – no caso nº 11.552 (*Julia Gomes Lund vs. Brasil*), sendo identificadas várias violações de direitos humanos cometidas pelos agentes estatais brasileiros no conflito que se nomeou Guerrilha do Araguaia. Para o cumprimento das obrigações determinadas pela Corte ao Brasil, há uma fiscalização permanente para que os termos de sua decisão sejam cumpridos (OAS, 2015)¹.

Dentre tais obrigações e medidas que constam na sentença, e não foram tomadas pelo Brasil, estão: a manutenção da Lei de Anistia como empecilho de investigação e interposição de ações penais contra os agentes estatais que cometeram crimes no período; por mais eficiência nos grupos que investigam ossadas e restos mortais dos desaparecidos no Araguaia; para que o país continue se esforçando para tipificar o crime de desaparecimento forçado; que esclareça a maneira como vai assegurar a participação de familiares de vítimas em todas as etapas da investigação e julgamento dos responsáveis; ministrar cursos de direitos humanos nas Forças Armadas; ratifique as resoluções da ONU e da OEA sobre desaparecimentos forçados (CORTE IDH, 2014).

Na atual dimensão do direito constitucional brasileiro, uma vez que o Brasil ratificou diversos tratados internacionais, a submissão aos termos de tais tratados é obrigatória. O essencial seria que conteúdo da norma contida no Tratado ou na Convenção Internacional fosse também ser introduzido no corpo da Constituição, objetivando a maximização da proteção dos direitos humanos. Logo, uma análise de forma apartada entre o ordenamento constitucional interno e as obrigações assumidas por um Estado no âmbito internacional não é mais acolhida.

Neste sentido, disserta CANÇADO TRINDADE (1997, p.403-404):

Já não se justifica mais que o direito internacional e o direito constitucional continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram no passado. Já não pode haver dúvida de que as grandes transformações internas dos Estados repercutem no plano internacional, e a nova realidade neste assim formada provoca mudanças na evolução interna e no ordenamento constitucional dos Estados afetados. Ilustram-no, e.g., as

¹ Em relação a este critério, importante mencionar as submissões recentes de outros casos à Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Garibaldi VS. Brasil, Caso Ximenes Lopes VS. Brasil, Caso Escher e outros VS. Brasil referentes a Supervisão de Cumprimento de Sentença, e Caso Unidade de Intervenção Socioeducativa de Cariacica, Espírito Santo e Caso Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira” em Araraquara, São Paulo, referentes a Medidas Provisórias.

profundas mudanças constitucionais que vêm ocorrendo nos países de Leste Europeu a partir de 1988-1989, visando a construção de novos Estados de Direito, durante cujo processo aqueles países foram levados gradualmente a tornar-se Partes dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas. Estas transformações têm, a um tempo, gerado um novo constitucionalismo assim como uma abertura à internacionalização da proteção dos direitos humanos.

Os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos têm relevância fundamental no ordenamento brasileiro pela possibilidade de guardarem status constitucional se aprovados com o quórum das emendas constitucionais nos termos do art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988.

CANÇADO TRINDADE (1997, p.130) disserta sob a nova ótica que deve ser dada aos Tratados e Convenções Internacionais:

Neste final de século o que se requer, sobretudo, é uma mudança de mentalidade, cabe, neste propósito, ter sempre presente que as disposições dos tratados de direitos humanos vinculam não só os governos (como equivocada e comumente se supõe), mas, mais do que isto, os Estados (todos os seus poderes, órgão, e agentes); é chegado o tempo de precisar, por conseguinte, o alcance não só das obrigações executivas, mas também das obrigações legislativas e judiciais dos Estados Partes nos tratados de direitos humanos. A operação dos mecanismos internacionais de proteção não pode prescindir da adoção e do aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação, porquanto destas últimas – estamos convencidos – depende em grande parte a evolução futura da própria proteção internacional dos direitos humanos.

A vigência e a inserção dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Brasil são interessantes apenas no que tange ao ordenamento jurídico interno. Em relação ao direito internacional, convém apenas que o Estado que ratifique algum documento internacional, cumpra-o, não violando qualquer das obrigações assumidas (GALINDO, 2002).

Neste ponto, nos deparamos com a problemática da aplicação dos tratados internacionais e a executoriedade dos mesmos. Segundo observa GALINDO (2002, p.137)

[...] o problema da inserção do direito Internacional no Direito Interno gera algumas confusões, especialmente no campo convencional. Um tratado que é diretamente aplicável, em termos de Direito Internacional, não é necessariamente auto-executável- *self-executing* – no Direito Interno. [...] os termos auto-executável – *self executing* – e não auto-executável – *non-self-executing* – são utilizados na aplicação interna dos tratados, sendo o termo diretamente aplicável – *directly applicable* – usado nos casos que é estabelecida uma obrigação internacional impondo que as disposições do tratado sejam auto-executáveis no plano do Direito Interno.

Desta forma, temos que quando um Estado ratifica um tratado internacional que tange aos Direitos Humanos, logo exerce um ato de soberania, e presumidamente pode-se aduzir a boa-fé de tal Estado, eis que se disporá ao cumprimento das obrigações assumidas no plano internacional.

1.7 A evolução das disposições constitucionais para o recepcionamento dos Tratados e Convenções Internacionais

Conforme pugna LEMOS (2007), atendendo o caráter protetivo dos direitos humanos, e em consonância com a Carta das Nações Unidas de 1945 e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Constituição Federal de 1988 proclamou os direitos fundamentais da pessoa humana como cláusula pétrea (art. 60, § 4º), e dispôs sobre os tratados internacionais de direitos humanos no rol de direitos fundamentais do artigo 5º, oferecendo proteção constitucional especial.

GALINDO (2002) aponta que a influência constitucional brasileira foi a Constituição Portuguesa de 1976, sendo que seu artigo 16º, 1, inspirou fortemente a edição do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal Brasileira. Vejamos o artigo 16º, 1, da Constituição Portuguesa: “Art. 16º. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. E o inciso 2, na continuação, ressalta: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

A tradição constitucional brasileira sempre se fez presente no que tange ao estabelecimento de cláusulas constitucionais abertas. Desde a Constituição de 1891, a primeira Constituição Republicana Brasileira, já trazia as cláusulas constitucionais abertas, em especial a que tange sobre direito internacional (GALINDO, 2002).

Vejamos o artigo 78 do Constituição Brasileira de 1891: “Artigo 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna” (BRASIL, 1891, n.p).

O texto original da Constituição Federal de 1988, antes da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, em seu artigo 5º, trazia apenas o § 2º como regulamentador genérico da incorporação dos Tratados e Convenções internacionais no plano jurídico interno.

Tal dispositivo prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Após, a emenda, à Constituição, no art. 5º, foi acrescentado o § 3º, fornecendo mecanismo jurídico capaz de fazer com que os tratados e convenções internacionais pudessem ter *status* constitucional, a saber, o mesmo quórum e forma de aprovação das emendas constitucionais (aprovação dupla em cada casa legislativa e com três quintos dos votos). Também na mesma emenda, foi acrescentado o § 4º, que submeteu o Brasil a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (BRASIL, 1988, n.p).

LOUREIRO (2004, p.65) disserta sobre as influências e a evolução constitucional brasileira no que tange à incorporação dos tratados de direito internacional, analisando o § 2º, do artigo 5º da Constituição Federal:

Pode-se notar através da simples leitura da norma em destaque, esta pode ser dividida em duas partes distintas. A primeira encontra sua origem histórica nas discussões da Constituição Norte-Americana e está presente ao longo do constitucionalismo pátrio, desde a Carta Republicana de 1787 como uma norma de proteção de direitos e garantias constitucionais não enumerados. A segunda parte, por sua vez, é uma inovação do legislador constituinte de 1987/1988 que incluiu, em consonância com os modernos textos constitucionais, uma cláusula aberta de integração entre os planos interno e internacional, visando a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Apesar dos diversos direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988, há um contrassenso posto aos nossos olhos, eis que à medida que a tecnologia e a informatização dos meios avançam, também aumenta o desrespeito aos direitos humanos, tornando-se questionável a “força normativa” da Constituição Federal, e uma efetiva aplicação dos direitos e garantias proclamados constitucionalmente (LEMOS, 2011)

De acordo com GALINDO (2002), o processo de celebração de tratados internacionais no Brasil, tem várias etapas, dentre as quais: a) negociação; b) assinatura; c) mensagem ao Congresso; d) aprovação parlamentar; e) ratificação; f) promulgação; ou no caso de adesão a determinado tratado: a) mensagem ao Congresso; b) autorização parlamentar; c) adesão; d) promulgação.

No que tange à vigência dos tratados internacionais, temos que a Constituição da República de 1988 estabelece as diretrizes básicas no que concerne à celebração dos tratados internacionais. O artigo 84 da Constituição estabelece ser privativo “[...] ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional [...]” (BRASIL, 1988, n.p).

Após a assinatura do tratado internacional, a questão é posta sob apreciação do Congresso Nacional, em conformidade ao artigo 49 da Constituição Federal, que reza ser da “[...] competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional [...]” (BRASIL, 1988, n.p).

O texto do tratado é apreciado pela Câmara dos Deputados, sendo inicialmente encaminhado à Comissão de Relações Exteriores, que em caso de aprovação do texto, elabora um projeto de decreto legislativo. Após, o tratado é enviado para análise da Comissão de Constituição e Justiça, que analisa os aspectos jurídicos tangentes à constitucionalidade do projeto em questão.

Assim, tal projeto é enviado para o Plenário da Câmara, podendo ser aprovado pela maioria absoluta dos membros da Câmara. Após, o projeto é submetido para o Senado Federal que encaminha o projeto para a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. Aprovado o projeto por esta comissão, a decisão da Comissão é comunicada ao Presidente do Senado, que após dar ciência ao Plenário, publica o Decreto Legislativo no Diário do Congresso Nacional. Desta forma, e após todo este procedimento, pode o Presidente da República, discricionariamente, ratificar o tratado internacional. Caso ratifique, há a promulgação do Decreto. Assim, o Decreto do presidente da república é publicado no Diário Oficial da União (GALINDO, 2002).

Desde a vigência do parágrafo 3º do artigo 5º, temos um documento internacional que foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro nesta forma, trata-se da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, por meio do Decreto nº 6.949/09. Portanto, desta forma se dá a inserção e a vigência dos tratados internacionais do ordenamento jurídico interno brasileiro.

1.8 As teorias sobre a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional

O contexto político e social da primeira metade do século XX permitiu um amplo debate do fundamento do Direito Internacional. Isso fez com que o Direito Internacional pudesse ser fortalecido como ciência, pelas criações de bases teóricas advindas desta época.

Entre tais debates haviam diversas posições, em especial, a teoria dualista e a monista. Tais teorias discutem, as relações e influências entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

Este se refere ao conjunto de normas jurídicas que não pertencem a uma ordem jurídica interna, e aquele faz menção ao ordenamento jurídico de cada Estado.

[...] no plano externo, o Direito Internacional é aquele que regula e rege as relações dos Estados entre si, bem como o complexo das atividades envolvendo as organizações internacionais em suas relações mútuas, e também os indivíduos. No plano do Direito interno, entretanto, esse panorama muda na medida em que as Constituições estatais preveem regras específicas de aplicação interna do Direito Internacional, como a necessidade de referendos parlamentares dos tratados ou a sua promulgação e publicação internas, o que pode variar (e normalmente varia) de país para país. Da mesma forma, variado é o tipo de aplicação do Direito Internacional pelos tribunais estatais. A tendência do constitucionalismo moderno, entretanto, é permitir a aplicação imediata do Direito Internacional pelos juízes e tribunais nacionais, sem a necessidade de edição de norma interna que os materialize e lhes dê aplicabilidade. Trata-se da consagração da doutrina monista internacionalista no que tange às relações do Direito Internacional com o Direito interno dos Estados (MAZZUOLI, 2015, p. 89)

Antes de adentrar aos procedimentos que o Estado Brasileiro adota em relação a aplicação interna do Direito Internacional, é necessário abordar as teorias fundamentadoras da aplicabilidade do Direito Internacional.

Segundo MAZZUOLI (2015), a doutrina ainda vacila em abordar como resolver as relações entre o Direito Internacional Público e o Direito interno dos Estados, e aponta que tal problema tem dois aspectos, um teórico (que estuda a hierarquia das normas internacionais em face do ordenamento jurídico interno dos Estados), e outro de índole prática, que busca uma efetiva solução dos conflitos das normas internacionais e as regras jurídicas domésticas.

A tendência atual, portanto, objetiva muito mais a busca de respostas concretas para eventuais conflitos entre as normativas nacionais e internacionais, do que prolongar o debate teórico conservador entre as duas concepções.

[...] isso não significa, contudo, que o problema das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno tenha perdido interesse jurídico ou não tenha relevância prática, notadamente no que respeita à hierarquia (ou à ausência de hierarquia) entre as normas relevantes dos dois sistemas. O que ocorre é que, especialmente na era dos direitos humanos que agora se atravessa, é possível agregar às doutrinas tradicionais (notadamente ao monismo) métodos mais aptos a resolver os problemas que a pós-modernidade apresenta (MAZZUOLI, 2015, p. 92)

Segundo ACCIOLY; NASCIMENTO; CASELLA (2012), no Brasil as teorias foram aplicadas, mas não em sua forma pura, o que fez com que surgissem interpretações que destoassem seu sentido original. Da teoria dualista tradicional, surgiram as nomenclaturas de

“extremado” e “moderado”, e da teoria monista surgiu o “radical” e o “moderado”. Os autores ressalvam que ambas as teorias foram subvertidas em decorrência da supressão de etapas fundamentais.

Portanto, atualmente, mesmo se admitindo que tal debate seja obsoleto, e que não exista um Estado que aplique apenas os postulados de uma ou outra teoria, é certo que o discurso jurídico internacional ainda utiliza de tais vocábulos.

1.8.1 Dualismo

O dualismo, historicamente, foi a primeira teoria acerca do relacionamento entre direito interno e direito internacional. Como teoria adstrita a seu tempo, tentava em essência fundamentar o isolamento do direito internacional face ao direito interno no início do século XX. Logo, a teoria foi reflexo da prática internacional entre os Estados – com poucos tratados multilaterais de natureza jurídica e com um número reduzido de atores internacionais (GALINDO, 2002).

Para os dualistas, o Direito Internacional teria a função primordial de regular as relações entre os Estados, e entre os Estados e as organizações internacionais, e o Direito Interno de cada Estado seria responsável por regulamentar as relações com seus indivíduos.

Para os adeptos dessa corrente, o Direito interno de cada Estado e o Direito Internacional são dois sistemas independentes e distintos, ou seja, constituem círculos que não se interceptam (meramente contíguos), embora sejam igualmente válidos. As fontes e normas do Direito Internacional (notadamente os tratados) não têm, para os dualistas, qualquer influência sobre questões relativas ao âmbito do Direito interno e vice-versa, de sorte que entre ambos os ordenamentos jamais poderia haver conflitos. Segundo essa construção, sendo o Direito Internacional e o Direito interno dois sistemas de normas diferentes, independentes um do outro, que não se tocam por nenhum meio, impossível seria a existência de qualquer antinomia entre eles. Portanto, de acordo com os dualistas, quando um Estado assume um compromisso exterior, o está aceitando tão somente como fonte do Direito Internacional, sem qualquer impacto ou repercussão no seu cenário normativo interno. Para que isto ocorra, ou seja, para que um compromisso internacionalmente assumido passe a ter valor jurídico no âmbito do Direito interno, é necessário que o Direito Internacional seja "transformado" em norma interna, o que se dá pelo processo conhecido como adoção ou transformação.³ Assim, o primado normativo, para os dualistas, é da lei interna de cada Estado, e, não, do Direito Internacional (MAZZUOLI, 2015, p. 92).

O dualismo extremado segue a proposta original Heinrich Triepel, na qual é necessária a criação de uma lei interna para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional, e o moderado, em que a incorporação da norma internacional não necessita de lei interna, não obstante a incorporação seja realizada por meio de um procedimento intrincado, com aprovação legislativa e promulgação executiva.

1.8.2 Monismo

A concepção monista, de fundamentação lógica kelseniana, entende pela unicidade do conjunto de normas jurídicas internacionais e internas. Nesta linha de raciocínio o direito internacional e o interno perfazem apenas um sistema jurídico.

Desta forma, para estes teóricos, o direito internacional deve ser aplicado de forma direta no ordenamento jurídico interno dos Estados, justamente pela lógica de que os sistemas internos e o internacional seriam um só – com identidade tanto de fontes quanto de sujeitos (MAZZUOLI, 2015).

Em outras palavras, uma norma internacional, quando aceita por um Estado, quando este ratifica um tratado), já tem aptidão para ser aplicada no plano do seu Direito interno, sem a necessidade de ser "transformada" em norma interna (por ato posterior de um dos poderes constituídos, o Poder Legislativo). Ainda segundo esta concepção, o Direito Internacional e o Direito interno convergem para um mesmo todo harmônico, em uma situação de superposição em que o Direito interno integra o Direito Internacional, retirando deste a sua validade lógica. Para a doutrina monista, a assinatura e ratificação de um tratado por um Estado significa a assunção de um compromisso jurídico. [...] existe um só universo jurídico, coordenado, regendo o conjunto das atividades sociais dos Estados, das organizações internacionais e dos indivíduos. Os compromissos exteriores assumidos pelo Estado, dessa forma, passam a ter aplicação imediata no ordenamento interno do país pactuante, o que reflete a sistemática da "incorporação automática" (MAZZUOLI, p.100)

Na subdivisão apresentada por ACCIOLY; NASCIMENTO; CASELLA (2012), o “monismo radical” defende a prevalência da norma internacional sobre o ordenamento jurídico interno, e o “monismo moderado” prega o equilíbrio hierárquico do tratado à lei ordinária, com aplicação da Constituição e, em caso de conflito com norma superveniente, deveria se utilizar o critério cronológico.

O Brasil, conforme a doutrina internacionalista majoritária, adota a posição monista. Contudo, qualquer país que aceite a teoria monista deve enfrentar o problema de se saber que tipo de ordem jurídica, a interna ou a internacional, deve ser aplicada em caso de antinomia.

Encarada tal problemática, relacionada ao debate da hierarquia entre a ordem nacional e internacional, a teoria monista encontra uma subdivisão. A corrente do “monismo nacionalista” entende que em caso de conflito entre sistemas jurídicos deve-se escolher a ordem jurídica nacional. Já para os adeptos do “monismo internacionalista” há a defesa de que deve sempre prevalecer as normas internacionais face ao ordenamento interno do Estado.

MAZZUOLI (2015) propõe uma terceira divisão, subdivisão do monismo internacionalista, que chama de “monismo internacionalista dialógico”, em que quando a problemática enfrentar questões ligadas aos direitos humanos, deve existir um diálogo entre as jurisdições— a interna e a internacional.

CONCI (2015), aponta a superação da clássica divisão entre a concepção monista e dualista, ao introduzir a justificativa da necessidade de uma abordagem dialógica entre as fontes emanadoras do Direito – a fonte nacional e a internacional.

Em matéria de direitos humanos deve prevalecer uma perspectiva substancialista da proteção da pessoa humana, não mais bastando clássicas separações como monismo e dualismo, visto que também aqui se parte de uma perspectiva formal ou estrutural. Isso porque não se trata da necessidade de intermediação estatal para a imposição de tal ou qual norma jurídica derivada do direito internacional ou, de outro lado, da pura ou simples imposição da norma jurídica de direito internacional (CONCI, 2015, p. 118)

Para CANÇADO TRINDADE (1997) a discussão que envolve dualismo e monismo é estéril, eis que o que importa é que qual norma que seja mais favorável ao sujeito de direito, seja norma de direito interno ou internacional. Se tanto o objetivo do direito interno quanto do direito internacional é a proteção da pessoa humana, é incabível focar a discussão sobre as teorias da aplicabilidade do direito internacional.

[...] las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno han sido enfocadas ad nauseam a la luz de la polémica clásica, estéril y ociosa, entre dualistas y monistas, erigida sobre falsas premisas. En la protección de sus derechos, el ser humano es sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional, dotado en ambos de personalidad y capacidad jurídicas propias. Como se desprende de disposiciones expresas de los propios tratados de derechos humanos, y de la apertura del derecho constitucional contemporáneo a los derechos internacionalmente consagrados, no más cabe insistir en la primacía de las normas del derecho internacional o del derecho interno, por cuanto el primado es siempre de la

norma – de origen internacional o interna- que mejor proteja los derechos humanos, de la norma más favorable a las víctimas. Constátese hoy, en efecto, la coincidencia de objetivos entre el derecho internacional y el derecho interno en cuanto a la protección de la persona humana, cabiendo, pues, desarrollar esta alentadora coincidencia hasta sus últimas consecuencias (CANÇADO TRINDADE, 1997, p.71)

A doutrina internacional sempre acolheu o ideal de dar aos tratados internacionais um *status* hierarquicamente superior ao ordenamento jurídico interno dos Estados, e inclusive, houve tal proposta de inclusão deste texto na Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Entretanto, a redação final somente se ateve, à época, ao § 2º do artigo 5º. Neste sentido, CANÇADO TRINDADE (1999, p.67), à época Consultor Jurídico do Itamaraty, dispôs:

Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica — ainda seguida em nossa prática constitucional — da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional. Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembleia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal — como veio a ocorrer no ano seguinte — da cláusula que hoje é o artigo 5º (2). Minha esperança, na época, era no sentido de que esta disposição constitucional fosse consagrada concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que só se concretizou em 1992. E esta a interpretação correta do artigo 52 (2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. A hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos — que na verdade não existem —, mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno.

ACCIOLY; NASCIMENTO; CASELLA (2012, p.229), aduzem que há uma “indefinição da reflexão jurídica nacional em relação ao conteúdo, alcance e aplicação do direito internacional”. Tal indefinição segundo os autores foi levada por uma série de fatores, mas com destaques a utilização não criteriosa das teorias monista e dualista e pela divergência da prática dos tribunais – em especial o STF – que firmou jurisprudência diametralmente oposta

a clara disposição legal de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, das quais o Brasil faz parte.

Cabe ter presente que o capítulo das relações entre o direito interno e o direito internacional permite ilustrar, como dito, o descompasso entre a doutrina e sua aplicação pelos tribunais. Ainda que seja esta última criticável, traduz-se como a expressão concreta do direito pátrio nesse campo e, de outro lado, a necessidade de mudança estrutural se cogitarmos a necessidade de revisão do conceito de soberania, em contextos específicos de integração, mas sobretudo, ante os imperativos de ordenação da convivência internacional. Justamente o posicionamento restritivo e conservador do direito brasileiro em matéria das relações entre direito interno e direito internacional, a partir da construção jurisprudencial, ilustra as dificuldades e a necessidade de profunda reformulação, para que possa ser alcançado grau suficientemente alto de aceitação da primazia do direito internacional, a ponto de permitir a efetividade da norma internacional e a automaticidade da sua aplicação no direito interno ACCIOLY; NASCIMENTO; CASELLA (2012, p.230)

Neste sentido, conhecida a posição da jurisprudência do STF, que durante muito tempo permitiu a prisão civil do depositário infiel (RE 465814, HC 72.131/RJ e RE 206.482/SP) em clara divergência com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica). Em 2008 (20 anos depois da promulgação da Constituição), o STF, no julgamento dos RE's 349703 e 466343 e no HC 87585, entendeu pela inconstitucionalidade da prisão civil de depositário infiel, pela incompatibilidade com a Convenção Americana.

Contudo, parte da doutrina aponta que a celeuma sobre o grau hierárquico dos tratados internacionais não está superada, mesmo com o entendimento do STF (majoritário) de conceber o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos (que obviamente não passaram pelo procedimento do art. 5º, § 3º da Constituição Federal).

GOMES (2009, n.p) pondera, neste sentido, que

[...] apesar da importante e histórica decisão do STF, no dia 03.12.08 (RE 466.343-SP e HC 87.585-TO), que atribuiu status supralegal para os tratados de direitos humanos não aprovados com o quórum qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF (tese vencedora do Min. Gilmar Mendes), não se pode (ainda) afirmar que está totalmente superada a discussão a respeito do grau hierárquico dos tratados internacionais no nosso direito interno.

SARLET (2015), tem o mesmo entendimento, e assevera

[...] por mais que se queira e possa aplaudir a nova orientação do STF, especialmente em se tratado das evidentemente ilegítimas situações da alienação fiduciária e similares, algumas questões permanecem em aberto e desafiam a reflexão crítica. Uma reflexão possível é a de que o STF acabou,

de certo modo, caindo em contradição. Com efeito, ao refutar a tese da paridade entre a CF e os tratados, hipótese na qual poderia, mediante um juízo de ponderação e na esteira da lógica do in favor persona (já comentada na coluna de 10.04.15), ter afastado, pelo menos como regra, a prisão civil do depositário, o STF afirmou a hierarquia supralegal (mas infraconstitucional) dos tratados. Com isso, em que pese o artifício argumentativo de que a CF não teria sido revogada, o que houve foi sim uma derrogação informal do permissivo constitucional expresso. Ora, se os tratados situam-se abaixo da CF e o STF afirmou a competência para declarar sua inconstitucionalidade, não parece que a tese da supralegalidade possa, aplicada coerentemente, afastar por completo e mesmo para toda e qualquer hipótese futura, possibilidade expressamente afirmada pela CF que lhe seque superior. A situação se revela ainda mais complexa e carente de melhor equacionamento quando a comparamos com outros casos, como, por exemplo, o do reconhecimento do duplo grau de jurisdição, ao menos em matéria criminal, mas que aqui não será desenvolvido. De todo modo, reiteramos aqui nosso entendimento no sentido de que a tese da supralegalidade, a despeito do significativo avanço que representou, não soa como a melhor alternativa.

SARLET (2015) pondera que a questão da hierarquia dos tratados internacionais toma contornos mais complexos, e carece de “melhor equacionamento” quando se fala no reconhecimento do duplo grau de jurisdição em material criminal.

ACCIOLY; NASCIMENTO; CASELLA (2012) dissertam sobre a continuidade da problemática que gravita sobre a natureza dos tratados internacionais e seu tratamento jurídico interno. Mesmo com a edição da EC nº 45/2004 aponta-se que a promulgação do tratado é uma interrogação, eis que as emendas constitucionais são promulgadas pelo Congresso Nacional, e não pelo Executivo.

Dirigir tal função ao Legislativo “não se coaduna com a separação dos poderes, essencial em estado de direito, passar essa função ao Congresso, que não mantém relações diplomáticas nem representa o País no exterior. Constata-se que a EC n. 45 deixou esse ponto em aberto” (ACCIOLY; NASCIMENTO; CASELLA, 2012, p. 234).

Apesar de a Emenda Constitucional nº 45/2004 ter acrescentado o § 3º ao artigo 5º, criando procedimento em que os tratados podem, em tese, ter *status* de norma constitucional, equalizando assim a hierarquia entre norma internacional e ordenamento jurídico interno, o fato é que a redação anterior do art. 5º fez com que as normas jurídicas internacionais fossem relegadas a segundo plano pelo Brasil, e durante muito tempo.

Quando aduzimos que, em tese, os tratados podem ter *status* de norma constitucional pelo procedimento do § 3º do art. 5º, isso vem em razão da quantidade de tratados incorporados ao ordenamento interno. Ora, desde a criação do procedimento inaugurado em 2004 (com a EC nº 45/2004), e mesmo passada mais de uma década, somente foi incorporada neste rito (por

meio do Decreto nº 6.949/09) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Considerando a quantidade de Tratados e Convenções Internacionais que o Brasil é signatário, há de se pensar que todos estes documentos, com exceção da Convenção que trata sobre os direitos das pessoas com deficiência, têm hierarquia supralegal (se os tratados se referirem a Direitos Humanos) – de acordo com o STF (RE 466.343-SP²), ou de lei ordinária (quando não se referem a direitos humanos).

1.8.3 O diálogo entre cortes e a necessidade de aproximação da ordem jurídica nacional e internacional

MAZZUOLI (2015, p. 108) disserta sobre uma nova proposta de abordagem que envolve a teoria monista e a dualista, servindo de ponte de ligação entre ambas as teorias e permitindo que no caso concreto haja uma solução mais adequada a proteção dos direitos humanos – objetivo de toda a sistemática internacionalista.

[...] quando em jogo o tema "direitos humanos", uma solução mais democrática (e, portanto, transigente) pode ser adotada, posição essa que não deixa de ser monista, tampouco internacionalista, mas refinada com dialogismo (que é a possibilidade de um "diálogo" entre as fontes de proteção internacional e interna, a fim de escolher qual a "melhor norma a ser aplicada no caso concreto). Essa "melhor norma há de ser encontrada à luz da dimensão material ou substancial das fontes de proteção em jogo, prevalecendo a que maior peso protetivo tiver em determinado caso concreto. Assim, no que tange ao tema dos "direitos humanos", é possível falar na existência de um monismo internacionalista dialógico. Ou seja, se é certo que à luz da ordem jurídica internacional os tratados internacionais sempre prevalecem à ordem jurídica interna (concepção monista internacionalista clássica), não é menos certo que em se tratando dos instrumentos que versam direitos humanos pode haver coexistência e diálogo entre eles e as normas de Direito interno. Em outros termos, no que tange às relações entre os tratados internacionais de direitos humanos e as normas domésticas de determinado Estado, é correto falar num "diálogo das fontes".

Além dos organismos mundiais de proteção aos direitos humanos, a própria Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm engendrado este diálogo entre suas normas,

² O RE 466.343-SP tem importância destacada por representar a mudança de orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em 2008, reconhecendo a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel pela tese da hierarquia supralegal dos tratados internacionais (maioria dos votos), sendo reconhecidos como inferiores a Constituição Federal, mas superiores aos demais atos normativos internos.

e as normas internas dos Estados Americanos, na hipótese de que seja cumprida a norma que mais favorece a pessoa. A Convenção Americana de 1969, traz essa cláusula de “diálogo entre as fontes”, na parte que alude sobre as normas de interpretação da Convenção, em seu art. 29, b:

Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

[...]

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; (BRASIL, 1992b).

Em um mundo no qual a globalização colocou em contato diversos sistemas jurídicos, não se pode deixar o Direito distante dessas discussões. O ideal universalista dos direitos humanos, desde sua concepção, em 1948, previra justamente o mundo cosmopolita do século XXI. Os Estados também são afetados por tal processo, de forma que os problemas mundiais, com o passar do tempo, não se limitam ao território de cada Estado – veja a questão da guerra civil síria e o surgimento do Estado Islâmico (ISIS).

CONCI (2015) aduz que existe uma integração entre o âmbito dos Estados e o Internacional, formando o que o autor nomina de “ambiente interamericano”. Neste ambiente, devem ser observadas a Constituição dos Estados e suas leis internas, mas deve ser criado um clima jurídico de diálogo interjurisdicional “em que o Poder Judiciário dos estados nacionais dialoga com outras estruturas judiciais de estados outros, e, mais ainda, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CONCI, 2015, p. 119).

Deste modo, nos parece interessante a proposição do diálogo entre as fontes legais internas e internacionais, principalmente no que concerne à proposta do presente trabalho, em que será demonstrado existir um descompasso entre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as disposições constitucionais sobre o foro privilegiado e o duplo grau de jurisdição. Por óbvio, a melhor norma a ser aplicada ao caso concreto é a que privilegia o respeito aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, em especial, o reconhecimento de que o direito a um efetivo recurso contempla, por consequência, o ideal de boa justiça.

2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E A EXECUTORIEDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Para que se possa aprofundar a análise do tratamento dispensado a proteção dos direitos humanos é preciso ir além de uma abordagem apenas constitucional, que visa identificar como o sistema jurídico interno se relaciona com o direito internacional. Da mesma forma, apenas elencar as teorias, e trazer com caráter informativo o nível atual dos debates sobre a relação entre o direito interno e internacional, se mostra insuficiente.

Neste ponto, urge, portanto, abordar o funcionamento e o âmbito de proteção do sistema regional interamericano de proteção, no qual o Brasil está inserido, especialmente devido ao processo tardio de adesão e de aceitação da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos³.

Logo, em suporte a esta abordagem detalhada, cumpre delinear os mecanismos de implementação das decisões judiciais provenientes dos sistemas regionais de proteção, em especial o interamericano.

2.1 A evolução do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como órgão de consolidação do sistema

CANÇADO TRINDADE (2003) identifica 05 (cinco) etapas na evolução do sistema americano de direitos humanos: 1ª etapa) os antecedentes para a formação do sistema; 2ª etapa) a formação do Sistema Interamericano de proteção; 3ª etapa) institucionalização convencional do sistema (em 1978); 4ª etapa) a consolidação do sistema mediante a evolução da jurisprudência (a partir da década de 80); 5ª etapa) fortalecimento do sistema interamericano (década de 90).

Em relação a primeira fase, o maior antecedente do sistema interamericano foi a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 por ter formado a base normativa principal no período anterior ao da Convenção Americana de 1969. Dentre as principais contribuições da Declaração Americana de 1948 temos a concepção dos direitos humanos como inerentes à pessoa humana, não condicionando direito a nenhuma forma, ou

³ O Brasil depositou a carta de adesão a Convenção Americana em 25 de setembro de 1992, e reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção, de acordo com o previsto no art. 62 daquele instrumento em 10 de dezembro de 1998.

seja, o dado de ser pessoa humana significa a garantia de direitos; a concepção integral dos direitos humanos, e a base normativa dos Estados não-Partes para a Convenção Americana de 1969 (Pacto de San Jose da Costa Rica), e a correlação entre direitos e deveres.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos originou-se de uma resolução (Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores – Santiago, 1959) e não de tratado. A Comissão, conforme seu Estatuto de 1960, tinha um mandato limitado a promoção dos direitos humanos, e detinha uma posição *sui generis* dentro do sistema regional. Com o passar dos tempos, a Comissão, por sua própria postura, teve uma ampliação de suas faculdades. Na VIII Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores, em *Punta del Este* (1962), por meio de outra resolução, foi recomendado ao Conselho da OEA a alteração no Estatuto da Comissão Interamericana visando a ampliação de seus poderes (CANÇADO TRINDADE, 2003)

Em 1965, em Conferência realizada no Rio de Janeiro, foram ampliados os poderes da Comissão, recebendo petições ou comunicações sobre violações dos direitos humanos. Os poderes da Comissão, com sua ampliação paulatina, e através de um processo de interpretação liberal e extensiva, compreenderam o sistema de relatórios, a análise das comunicações, a visita a Estados, preparo de estudos e seminários.

Nos primeiros anos de sua existência, a Comissão se tornou um órgão de proteção dos direitos humanos. Na República Dominicana, em meados de 1965-1966, a Comissão atuou de forma ativa naquele país, ultrapassando suas atribuições de mera observação e recomendação, atuando em uma Guerra Civil, por um longo período de tempo (CANÇADO TRINDADE, 2003).

A Comissão, no início da década de 70, por meio de reformas da Carta da OEA, foi erigida como um dos principais órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA), aumentando seu status jurídico.

A partir deste período a Comissão pode atuar com ampla margem de ação, como por exemplo, no caso chileno, em 1973, por meio de visitas *in loco*, coleta de dados, e a elaboração de relatórios e recomendações, em que foram narrados a não punibilidade por vários delitos cometidos por agentes estatais, e pela posterior lei de anistia chilena em 1978 – Decreto-Lei nº 2191 (CANÇADO TRINDADE, 2003).

A Comissão também solicitou os Estados membros da OEA para que dispusessem em seus textos constitucionais categorias de direitos que são internacionalmente consagrados, como forma de harmonizar suas legislações internas com os preceitos contidos nos tratados

internacionais. A exemplo disso temos o Brasil, que já criou legislação ordinária, especialmente para se adequar ao patamar legal protetivo internacional⁴.

A Comissão, quando do exame de petições ou comunicações recebidas, tem agido com flexibilidade de forma a evitar uma imediata rejeição devido a condições de admissibilidade, como a exigência do prévio esgotamento dos recursos de direito interno. Por exemplo, ao invés de simples rejeição, a Comissão tem optado pela solicitação de informações adicionais e pelo adiamento da decisão. Desta forma, a Comissão tem usado de presunção favorável aos reclamantes no que concerne as condições de admissibilidade das petições e/ou comunicações (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Em relação à suspensão de garantias do devido processo legal, e outras irregularidades, em 1974 (antes mesmo da entrada em vigor da Convenção Americana) a Comissão decidiu pela mitigação da regra do esgotamento prévio dos recursos de direito interno, procedendo assim ao imediato exame do mérito das causas postas a sua apreciação.

A prática da Comissão Interamericana a respeito, mesmo antes da adoção e entrada em vigor da Convenção Americana, tem demonstrado que aquele requisito de admissibilidade não é sacrossanto, imutável ou absoluto, e tem sido aplicado – à luz do critério da eficácia dos recursos internos – com muito mais flexibilidade no contexto da proteção internacional dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 41)

Como resultante desta análise caso a caso no recebimento de petições e comunicações, a Comissão tem agido com função preventiva na proteção dos direitos humanos, uma vez que em consequência de suas recomendações de caráter geral dirigidas aos Estados, “estes acabaram por derrogar ou modificar leis que afetavam negativamente a vigência dos direitos humanos” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 43).

⁴ Exemplo disso temos a criação da Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), cujo art. 1º dispõe: “Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar; e a Lei nº 13.146, de 6 de Julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que dispõe no parágrafo único de seu art. 1º: [...] “Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno”.

No processo preparatório de elaboração do Pacto de San Jose foi incluída a questão da coexistência e coordenação da nova Convenção regional com os instrumentos internacionais de direitos humanos da ONU. Portanto, a harmonia entre os tratados internacionais e regionais foram pensados na elaboração da Convenção Americana. Entretanto, mesmo que houvesse um pensamento comum visando a harmonia entre os sistemas regionais, Jorge Miranda (2006, p. 57) aponta semelhanças e diferenças entre a Convenção Interamericana e a Europeia:

As diferenças principais consistem na maior complexidade sistemática e na maior minúcia dos direitos abrangidos; na previsão genérica dos direitos econômicos, sociais e culturais (art. 26); na subsistência de dois órgãos, a Comissão e o Tribunal; no carácter obrigatório (em confronto com o texto inicial da Convenção Europeia) da cláusula relativa a petições de pessoas ou grupos de pessoa perante a Comissão (art. 44º); e na previsão explícita de medidas provisórias.

CANÇADO TRINDADE (2003) também define as diferenças entre o modelo do sistema americano e o europeu.

No tocante ao mecanismo de proteção, a Convenção Americana distingue-se significativamente da Europeia em que, enquanto sob esta última, o direito de petição individual tinha, tal como originalmente concebido, uma base facultativa, e o de petição interestatal mandatária (arts.25 e 24), sob a Convenção Americana passou-se o contrário, sendo concebido como mandatário o direito de petição individual, e facultativo o de queixa interestatal (arts.44 e 45). (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 50)

A terceira etapa da evolução do sistema compreende o que CANÇADO TRINDADE (2003) classifica como “institucionalização convencional do sistema interamericano”. Esta institucionalização, segundo CANÇADO TRINDADE (2003), teria se dado em 1978, ano da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A quarta fase da evolução do sistema interamericano, para CANÇADO TRINDADE (2003), é a fase da “consolidação” do sistema mediante a evolução da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal fase é representada a partir da década de 80, e o que a representa (além da jurisprudência da Corte) são dois Protocolos Adicionais à Convenção Americana – o primeiro sobre direitos econômicos, sociais e culturais e o segundo sobre a abolição da pena de morte. Nesta fase também se destacam outras Convenções do Sistema Interamericano tais quais a Convenção sobre a Tortura (1985), Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994), da Violência Contra a Mulher (1994) e da Discriminação contra Pessoas com Deficiência (1999).

A quinta fase é a do fortalecimento do sistema interamericano, e se deu nos anos noventa. Esta é a última, e atual, etapa do Sistema Interamericano de proteção. Nesta fase se destaca o momento em que a Corte passou a adotar o entendimento de que havia a necessidade dos Estados Partes da Convenção Americana criarem leis que façam por dar efetividade aos direitos garantidos normatização internacional (caso *Velásquez Rodríguez e Godínez Cruz*).

A Corte, em seus julgamentos, como já assinalado, tem relacionado tais direitos protegidos com a obrigação geral dos Estados Partes sob a Convenção Americana de assegurar o respeito desses direitos; a esta se pode acrescentar a outra obrigação geral sob a Convenção de adotar medidas legislativas e outras que se fizerem necessárias para dar efeito a tais direitos. A combinação da primeira destas duas obrigações gerais convencionais com os deveres específicos vis-à-vis cada direito protegido sob a Convenção (casos *Velásquez Rodríguez e Godínez Cruz*, relativos a Honduras, 1988-1989), tem se afigurado uma importante contribuição da jurisprudência da Corte em casos contenciosos até o presente (CANÇADO TRINDADE, 2003, p.67).

Nesta fase, destaca-se a postura da Corte, por meio de suas sentenças, declarando que as disposições normativas do direito interno dos países que ratificaram a Convenção Americana não podem ser incompatíveis com esta.

Na sentença quanto ao mérito no caso *Loayza Tamayo versus Peru* (1997), a Corte declarou que os decretos-leis peruanos que tipificaram os delitos de terrorismo e '*traición a la patria*' eram incompatíveis com o artigo 8(4) da Convenção, por violatórios do princípio do non bis in idem nele consagrado; foi esta a primeira vez em que a Corte sustentou, em um caso contencioso, que as disposições do direito interno eram incompatíveis com a Convenção Americana (CANÇADO TRINDADE, 2003, p.69).

Em relação ao Protocolo de San Salvador, este tem grande relevância pela proteção internacional específica a determinados grupos de minorias, entre eles as crianças, os idosos e os portadores de deficiências. Já o Protocolo relacionado à Abolição da Pena de morte é fundamental na busca em prol da abolição da pena de morte, da qual consta na Convenção Americana no artigo 4 (2) a (6).

O Sistema Normativo Interamericano de proteção teve uma gradual ampliação, com a adoção de Protocolos Adicionais da Convenção Americana, e com quatro novas Convenções Interamericanas setoriais. Dentre estas últimas temos: a) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); b) Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994); c) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará – 1994); d) Convenção

Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadores de Deficiências (1999).

Portanto, apresentada a evolução do Sistema Interamericano, através destas cinco fases, cumpre abordarmos as funções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois seu desenvolvimento incluem-se nas duas últimas fases, e atuais fases de desenvolvimento do Sistema.

2.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Convenção Americana estabeleceu, além da Comissão, como um órgão dotado de jurisdicionalidade autônoma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem a função de “interpretação e aplicação, com o propósito principal de julgar casos de supostas violações dos direitos humanos consagrados na Convenção” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 50).

Entre as funções atribuídas pela Convenção Americana a Corte Interamericana estão a função consultiva e a julgadora, sendo função da Corte, portanto, decidir todos os casos contenciosos (a ela submetidos pela Comissão Interamericana ou por um Estado Parte na Convenção), de denúncias de violações da Convenção, desde que os Estados Partes na Convenção tenham reconhecido sua competência.

Ressalta CANÇADO TRINDADE (2003, p. 52):

[...] dos 35 Estados membros da OEA, 25 Estados são Partes na Convenção Americana, e, dentre estes, 22 tem até maio de 2002 reconhecido a competência em matéria contenciosa da Corte. A proteção dos direitos humanos em muito avançará quando todos os Estados membros da OEA se tornarem Partes na Convenção Americana sem reservas, e todos os Estados Partes na Convenção tiverem aceito incondicionalmente a competência contenciosa da Corte. [...] As decisões sobre reparações podem ser executadas no país respectivo consoante o processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado. No exercício desta sua função, a Corte se pronunciou, até fins do século XX, sobre 35 casos contenciosos, alguns dos quais se encontram pendentes.

A Corte Interamericana tem duas funções, estabelecidas em categorias, conforme dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos: a consultiva, disciplinada no artigo 64, e a contenciosa, disciplinada nos artigos 61, 62 e 63.

2.2.1 Competência Consultiva

Sobre a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, PEREIRA (2014), aponta que as Opiniões Consultivas da Corte representam importantes contribuições para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Para PEREIRA (2014), a competência consultiva da Corte Interamericana tem

[...] natureza *sui generis*, pela amplitude dessa competência e, [...] as Opiniões Consultivas emitidas pela Corte têm relevante significado no conjunto de sua contribuição jurisprudencial para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, principalmente, para a proteção dos direitos humanos no Continente Americano.

Conforme RAMOS (2014), a Corte Interamericana pode emitir opiniões consultivas sobre a interpretação da Convenção Americana ou outros tratados relacionados à proteção dos direitos humanos que os Estados da Organização dos Estados Americanos (OEA) tenham ratificado⁵, e também sobre a (in)compatibilidade entre as leis internas e os tratados e convenções internacionais. Dispõe o autor, quais os legitimados a solicitar as opiniões consultivas da Corte Interamericana:

Podem solicitar pareceres consultivos: Sobre a interpretação da Convenção e outros tratados de direitos humanos aplicáveis nos Estados Americanos: (i) Estados-membros da OEA, (ii) Comissão IDH (que possui pertinência temática universal, podendo pedir parecer sobre qualquer dispositivo da Convenção qualquer tratado de direitos humanos incidente nos Estados Americanos), (iii) outros órgãos da OEA com pertinência restrita a temas de direitos humanos de sua atuação. Sobre a compatibilidade de lei interna: Estados-membros da OEA.

Até o ano de 2012, a Corte Interamericana emitiu vinte opiniões consultivas, requeridas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou por Estados-partes da Convenção Americana que reconheceram a obrigatoriedade da jurisdição internacional. Os Estados que não reconheceram a jurisdição obrigatória, mas que são componentes da OEA também tem a

⁵ RAMOS (2014), defende que inclusive os tratados internacionais de amplitude global podem ser objeto dos pareceres consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tal como o Pacto Internacional de Direitos Civis Políticos.

faculdade de solicitar opiniões consultivas da Corte Interamericana, mas não utilizaram esta prerrogativa do art. 64 (RAMOS, 2014)⁶.

CANÇADO TRINDADE (1999, p.56-57) preleciona que

A base jurisdicional consultiva da Corte Interamericana é particularmente ampla; sua amplitude, na verdade, não tem precedentes, bastando compará-la com as correspondentes de outros tribunais internacionais. A da Corte Interamericana se encontra aberta, como sempre esteve, a todos os Estados membros assim como aos órgãos principais da Organização dos Estados Americanos (OEA).

No que concerne à temática do nosso trabalho, dentre os diversos pareceres (opiniões consultivas) emitidas pela Corte Interamericana, se destaca o décimo primeiro parecer, em que a regra do esgotamento de recursos do direito interno para que a Comissão Interamericana possa apreciar reclamações, pode comportar exceções, de forma a permitir um efetivo acesso à justiça aos reclamantes.

Assim para que haja a busca a jurisdição da Corte Interamericana pode excepcionar-se a regra posta na Convenção Americana de Direitos Humanos no artigo 46, 1, “a”⁷; e o décimo terceiro parecer em que a Corte determinou que a Comissão Interamericana era competente para qualificar uma norma do direito interno de um Estado Parte como violatória das obrigações por este assumidas ao ratificar a Convenção ou aderir a ela, mas não para determina se tal norma contradizia ou não o ordenamento jurídico interno de tal Estado⁸ (CANÇADO TRINDADE, 2003).

⁶ Em julho de 2011, em uma iniciativa inédita, os quatro países-membros do Mercosul (Mercado Comum do Sul), Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, apresentaram em conjunto um pedido de opinião consultiva (pois o Mercosul não possui legitimidade para tanto) sobre os direitos de crianças e adolescentes migrantes, que já foi aceito pela Corte e está em trâmite (RAMOS, 2014, p.322)

⁷ A Corte Interamericana decidiu, por unanimidade, na Opinião Consultiva OC n.º 11/90, de 10 de agosto de 1990 (solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos) que “1. Que se por razões de indigência ou pelo temor generalizado dos advogados em representá-lo legalmente, um reclamante, perante a Comissão, viu-se impedido de utilizar os recursos internos necessários para proteger um direito garantido pela Convenção, não podendo ser exigido do mesmo o seu esgotamento. por unanimidade2. Que nas hipóteses estabelecidas, se um Estado-parte comprovou a disponibilidade dos recursos internos, o reclamante deverá demonstrar que são aplicáveis as exceções do artigo 46.2 e que se viu impedido de obter a assistência legal necessária para a proteção ou garantia de direitos reconhecidos na Convenção” (CORTE IDH, 1990, n.p).

⁸ A parte dispositiva da Opinião Consultiva OC n.º 13/93, de 16 de julho de 1993 diz: “A Corte, por unanimidade decide que é competente para emitir a presente opinião consultiva. É de opinião por unanimidade 1. Que a Comissão é competente, nos termos das atribuições conferidas pelos artigos 41 e 42 da Convenção, para qualificar qualquer norma do direito interno de um Estado-parte como de violação das obrigações que este assumiu ao ratificar ou aderir à mesma, porém não é para opinar se contradiz ou não o regulamento jurídico interno do referido Estado. Quanto à terminologia que a

2.2.2 Competência Contenciosa

Nas sentenças dos casos *Hilaire, Benjamim e Costantine versus* Trinidad e Tobago, a Corte assentou sua base jurisdicional de competência em matéria contenciosa, sendo esta a Convenção Americana como primeiro parâmetro, e não a Constituição interna de cada Estado.

CANÇADO TRINDADE (2003) ressalta como ponto positivo da experiência da função contenciosa da Corte o fato que em casos concretos os Estados demandados têm feito o reconhecimento (*allanamiento*) da incidência da Convenção Americana, porque isto tem possibilitado uma maior efetividade na imposição das reparações pelas sentenças internacionais.

A par deste reconhecimento, é de se esperar que o Brasil, paralela e adicionalmente, faça o mais amplo uso da via consultiva, sob o artigo 64 da Convenção Americana [...] onde perfeitamente o Brasil, portanto, a qualquer momento, paralela e adicionalmente à aceitação da jurisdição contenciosa da Corte, formular a estes pedidos de Pareceres sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. É o que, a meu ver, deveria prontamente fazer, ou inclusive já ter feito, porquanto tais Pareceres podem inclusive ajudar o país nos esforços empreendidos em prol da proteção dos direitos humanos no âmbito de seu ordenamento jurídico interno. Tentar mesclar ou confundir as funções contenciosa e consultiva da Corte Interamericana seria revelar pouca familiaridade com a matéria: uma e outra repousam em bases jurisdicionais inteiramente distintas. Tanto é assim que a via consultiva está aberta a todos os Estados membros da OEA, sejam ou não Partes na Convenção Americana, e aos órgãos da OEA enumerados no capítulo X de sua Carta, - sendo, pois, dotada de uma amplitude sem paralelo (CANÇADO TRINDADE, 1999, p.57).

Em 24 de setembro de 1999 em duas ações que envolveram o Peru, a Corte Interamericana declarou ser inadmissível a pretensão de um Estado-Parte, que ratificara a Convenção Americana e a competência contenciosa da Corte, de simplesmente retirar-se da submissão à competência contenciosa da Corte com efeito imediato. Logo, um Estado ao conhecer da competência contenciosa da Corte, não pode depois retirar-se dela subitamente – o que prejudicaria todo o mecanismo internacional de proteção. Não poderia a Convenção Americana estar à mercê de mutações não previstas por ela, impostas subitamente por um Estado-Parte por razões de ordem interna. Trata-se de um imperativo de segurança jurídica que deve ser rigorosamente observado. Posteriormente, com a mudança do governo peruano, o país

Comissão pode utilizar para qualificar normas internas, a Corte remete-se ao mencionado no parágrafo 35 desta opinião [...] San José, Costa Rica, aos 16 de julho de 1993 (CORTE IDH, 1993, n.p).

revogou sua retirada da submissão a competência da Corte Interamericana, dando cumprimento às suas sentenças.

CANÇADO TRINDADE (1999) traça um prognóstico sobre a função contenciosa e consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Ainda que o exercício da função contenciosa da Corte ainda seja relativamente recente, vê-se que, gradualmente, a Corte vem se pronunciando sobre uma série de direitos protegidos sob a Convenção Americana. Mas atualmente, decorridas uma década e meia de funcionamento contínuo e de exercício constante de sua competência consultiva, também seus procedimentos em matéria contenciosa hoje se desenvolvem em base permanente, e com um sensível aumento, nos últimos anos, do número de casos a ela submetidos pela Comissão Interamericana. Desse modo, há razão para alimentar a esperança de que a Corte terá breve a ocasião de construir sua jurisprudência sobre todos os direitos garantidos sob a Convenção Americana (CANÇADO TRINDADE, 2003, p.79)

A Corte também tem dado, após ser devidamente provocada, provimento a medidas provisórias de proteção⁹ em casos que implique em ameaça a vida ou integridade das pessoas, mas atualmente outros direitos tem tido especial proteção em caso de gravidade e urgência. No Brasil, dentre os diversos casos (listados pelo Conselho Nacional de Justiça), destaca-se a atual crise penitenciária brasileira. Houveram medidas provisórias (de urgência), determinadas pela Corte, nos casos Urso Branco (2002)¹⁰, Pedrinhas (2014)¹¹ e Curado (2015)¹². Nas Resoluções da Corte Interamericana sobre medidas provisórias, interessante notar que o Estado demandado tem o dever de informar periodicamente a Corte sobre o cumprimento das decisões. Isso possibilita um monitoramento contínuo da efetividade de suas decisões.

CANÇADO TRINDADE (2003), propõe várias reflexões e perspectivas do sistema para o século XXI, os pontos que precisam de avanços para o aperfeiçoamento do sistema, e apresentando várias recomendações *de lege ferenda*. Desta forma, destaca diversos recomendações que merecem ser aperfeiçoados para o fortalecimento no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, tais quais: a) a maior aproximação entre a Corte e a Comissão Interamericanas; b) que haja a “ratificação universal” da Convenção, no continente americano, apontando inclusive para a dívida histórica que para com o sistema

⁹ As medidas provisórias são medidas determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos de extrema gravidade e urgência, e quando seja necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas. Estes três requisitos têm que comprovar-se, *prima facie*, para que se outorguem estas medidas. Decorrem expressamente da Convenção Americana de Direitos Humanos conforme o artigo 63.2.

¹⁰ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002.

¹¹ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de novembro de 2014.

¹² Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de novembro de 2015.

interamericano, Canadá, Estados Unidos, Guiana e alguns países do Caribe; c) que haja diálogo entre os governos e membros da sociedade civil, para que se supere o desconhecimento na temática humanística e o apego sem reflexão a dogmas do passado; d) educação em direitos humanos; e) a aceitação por todos os Estados Partes da jurisdição obrigatória em matéria contenciosa; f) a incorporação dos termos da Convenção Americana nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados; g) a retirada pelos Estados Partes de reservas aos tratados de direitos humanos; h) uma regulamentação mais precisa da supervisão internacional de medidas de emergência; i) a aplicabilidade direta da normativa internacional de proteção no âmbito do direito interno dos Estados; j) no plano processual, melhoras em todas as etapas do processo perante os órgãos supervisores (abertura imediata de casos e a não-seletividade em relação aos Estados Partes na Convenção); l) as decisões da Comissão Interamericana quanto a admissibilidade de petições/comunicações devem ser dadas sem postergações, e bem fundamentadas; m) que as vítimas tenha condição real de ser parte nos casos postos em apreciação, ou seja, deve-se garantir o *locus standi in judicio* de forma direta para a Corte; n) que o direito de petição individual seja maximizado; o) o direito de acesso à justiça em nível internacional deve fazer-se acompanhar da garantia da igualdade processual das partes (*equality of arms*); p) estabelecer um Protocolo de Reformas à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, precedido por amplas consultas aos Estados Partes, às entidades da sociedade civil e aos beneficiários do sistema em geral; q) recomenda-se uma emenda ao artigo 62 da Convenção, no propósito de tornar a jurisdição da Corte automaticamente obrigatória para todos os Estados Partes na Convenção Americana, não admitindo restrições; r) para a fiel execução ou cumprimento das sentenças e decisões da Corte deve haver o exercício pelos Estados Partes da garantia coletiva dos termos da Convenção Americana e dos tratados de direitos humanos.

Somente assim, aponta CANÇADO TRINDADE (2003, p.91) “é que se criarem condições para a consolidação da tão desejável e necessária jurisdicionalização do mecanismo de proteção”. Desta forma, com a expansão dos julgamentos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, juntamente com o gradual aumento de seus mecanismos de executoriedade e execução, a jurisdição internacional tem se tornado um importante meio de busca da justiça.

2.3 O acesso individual a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: a pessoa como sujeito de direito internacional

A capacidade jurídica e processual do indivíduo no âmbito internacional, para a garantia de seus direitos, configura a grande inovação jurídica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo hoje consolidada através de diversas formas.

A Comissão tem a função de receber petições individuais quando algum direito garantido pela Convenção Americana for violado. Nesse sentido dispõe o artigo 44 da Convenção (BRASIL, 1992):

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

Portanto, apenas a Comissão pode receber uma petição ou comunicação individual, e não a Corte. O artigo 48 da Convenção Americana dispõe sobre tal procedimento. Após o recebimento, há um análise de admissibilidade para averiguar a suposta violação ao direito garantido pela Convenção.

Sendo admitida a petição ou comunicação, a Comissão tentará resolver a violação do direito por meio do envio de recomendações ao Estado que tenha cometido o ilícito internacional, em função de natureza conciliatória. Caso haja um acordo entre o peticionante e o Estado ofensor de um direito, a Comissão elaborará um relatório, contendo os fatos e a solução alcançada, “que será encaminhado ao peticionário e aos Estados Partes nesta Convenção e, posteriormente, transmitido, para sua publicação, ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos” – artigo 48 (BRASIL, 1992b).

Após o prazo de três meses, caso a tratativa entre indivíduo e Estado não tenha êxito, a Comissão encaminhará o caso a Corte. Contudo, a Comissão não fica obrigada a enviar um caso a Corte apenas após tal interregno de tempo. Caso constatare e avalie haver gravidade na situação, pode a Comissão enviar o caso a Corte independentemente de qualquer prazo, conforme os termos do artigo 51.

A Corte, em sua função contenciosa, como visto, apreciará o caso encaminhado pela Comissão. Importante mencionar que uma decisão da Corte somente possui obrigatoriedade se o Estado tenha reconhecido sua jurisdição¹³.

Desta forma, nos termos do artigo 61.1 da Convenção, apenas os Estados-Partes e a Comissão podem submeter um caso a Corte. Assim, há um obstáculo para a proteção integral dos direitos humanos, já que o artigo 25 da Convenção garante que “toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes e tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais [...]” (BRASIL, 1992b). O Sistema Europeu, ao contrário do Interamericano, garante o acesso pleno individual aos órgãos jurisdicionais¹⁴.

2.3.1 Instrumentos de garantia do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Como principais instrumentos para a implementação dos direitos assegurados nos documentos internacionais sobre direitos humanos, ressaltam-se os relatórios, as comunicações e as petições individuais. De forma sucinta, conforme o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente, podemos definir os conceitos de cada instrumento.

O Relatório (art. 59) consiste em uma “análise da situação dos direitos humanos [...], acompanhada das recomendações aos Estados e aos órgãos da Organização sobre as medidas para fortalecer o respeito aos direitos humanos [...]”. A comunicação (arts. 36, 39, 50 e 73), é outra forma de acesso aos órgãos protetivos internacionais, para que uma Comissão possa intervir caso haja alguma violação de algum direito humano, inclusive com visitas *in loco*, para melhor se apurar a violação de direitos (OAS, 2017)

As petições individuais, são mecanismos postos à disposição de qualquer cidadão para que acione os órgãos de proteção internacionais com o intuito de que haja uma efetiva proteção dos direitos humanos, na hipótese de, internamente, o Estado não prestar a proteção necessária aos sujeitos.

Sobre o direito de petição individual afirma CANÇADO TRINDADE (2003. p.100-101):

¹³ Os Estados que reconhecem a competência contenciosa da Corte são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela.

¹⁴ Neste sentido, vide os apontamentos de CANÇADO TRINDADE (2003), dispostos ao final do item 2.2 deste trabalho.

Sejamos realistas: sem o direito de petição individual, e o conseqüente acesso à justiça no plano internacional, os direitos consagrados nos tratados regionais de direitos humanos seriam reduzidos a pouco mais que letra morta. Sem ele, os injustiçados e excluídos jamais teriam possibilidade de que seus padecimentos fossem sequer ouvidos por um órgão judicial (no plano internacional), como o ilustra de modo eloquente o caso paradigmático dos “Meninos de Rua” (caso *Villagrán Morales e Outros vs. Guatemala*, 1999-2001) [...] O direito de petição individual abriga, com efeito, a última esperança dos que não encontraram justiça em nível nacional. Não me omitiria nem hesitaria em acrescentar, - permitindo-me a metáfora, - que o direito de petição individual é indubitavelmente a estrela mais luminosa no firmamento dos direitos humanos.

Convém a transcrição integral dos artigos 23 e 51 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que disciplina o peticionamento individual, e também coletivo, para os órgãos internacionais:

Artigo 23. Apresentação de petições

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão.

[...]

Artigo 51. Recebimento da petição

A Comissão receberá e examinará a petição que contenha denúncia sobre presumidas violações dos direitos humanos consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem com relação aos Estados membros da Organização que não sejam partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Outra prescrição importante, prevista no Regulamento, é que em casos graves e urgentes, a Comissão poderá realizar uma investigação *in loco* mediante consentimento prévio do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a

apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade – conforme artigo 39 do referido Regulamento.

Importe noção do mecanismo de peticionamento nos traz ENGSTROM (2011, p.105 *in* PAYNE; ABRÃO; TORELLY):

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (IAHRS, em inglês) surgiu como uma entidade quase judicial, com mandato mal definido, com vistas a promover o respeito aos direitos humanos na região. Consiste em um regime jurídico formal que permite aos cidadãos apresentar petições com a finalidade de contestar as atividades domésticas de seu próprio governo. O acesso dos indivíduos ao regime de direitos humanos tem sido fortalecido ao longo do tempo - à medida que o sistema evoluiu para um regime jurídico com enfoque processual na força da argumentação jurídica e na geração de jurisprudência regional de direitos humanos. Na sequência da transição para a democracia na América Latina, a evolução do IAHRS ficou ligada à questão de como lidar com as violações dos direitos humanos ocorridas nos regimes anteriores.

Sobre o sistema de petições, CANÇADO TRINDADE (2013, p.27-28) leciona:

Os tribunais internacionais de direitos humanos têm, muito compreensivelmente, buscado favorecer o acesso direto dos indivíduos a suas respectivas jurisdições. A Corte Europeia de Direitos Humanos já o logrou, a partir da entrada em vigor, em 1º.11.1998, do Protocolo n. 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem dado passos significativos neste sentido, sobretudo mediante as modificações introduzidas no seu quarto Regulamento – de que fui relator – da CTIADH (que entrou em vigor em 1º.6.2001), contendo o avanço mais relevante da operação do mecanismo de proteção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 desde sua entrada em vigor em 1978. A nova Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos tem dado mostras de seguir adiante na mesma direção. A posição que tenho sempre sustentado a esse respeito é no sentido de que há uma verdadeira linha de evolução – que cabe sustentar – que tem resgatado a posição dos indivíduos como verdadeiros sujeitos do direito internacional dos direitos humanos, assim como do direito internacional público (e não como simples objetos de proteção), dotados de plena capacidade jurídica para atuar (*legitimatío ad causam*) no plano internacional (*locus standi in judicio e jus standi*). Os indivíduos petionários são a verdadeira parte demandante perante os tribunais internacionais de direitos humanos. A jurisdição obrigatória dos tribunais internacionais de direitos humanos é, em meu entender, o complemento indispensável do direito de petição individual internacional; constituem eles os pilares básicos da proteção internacional, do mecanismo de emancipação do ser humano vis-à-vis seu próprio Estado. Afiguram-se eles como verdadeiras cláusulas pétreas da proteção internacional da pessoa humana.

Portanto, podemos observar que o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos teve o cuidado de preservar a capacidade processual individual, ou seja, a legitimidade ativa de cidadãos nacionais do Estado-parte para postular em juízo se houver

violação de seus termos. Neste sentido, vem sendo comum que grupos, indivíduos ou os próprios Estados acionem judicialmente o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos para que haja a proteção de seus direitos.

2.4 A “juridicização” e a “justicialização” do Direito Internacional dos Direitos Humanos

O Sistema Internacional inaugura um modelo de ação para que os países possam encaminhar denúncias, caso estes *standards* internacionais sejam desrespeitados (PIOVESAN, 2016).

Considerando a divergência relacionada à força vinculante da Declaração Universal de Direitos Humanos, seja considerada como mera recomendação ou integrando o direito costumeiro internacional, com a edição do o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos promulgados pela Assembleia Geral da ONU em 1996) houve a “*juridicização*” da legislação internacional humanística, por ambos os documentos possuírem força vinculante, obrigando aos Estados que o ratificarem ao cumprimento de seus termos.

Flávia Piovesan (2000, p.176) disserta sobre o histórico da juridicização do sistema internacional de proteção aos direitos humanos:

Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966 com a elaboração de dois tratados internacionais distintos – o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que passavam a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, esses dois Pactos Internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos.

Portanto, o conceito de justicialização do direito internacional se trata de um processo histórico e político, e principalmente no campo dos direitos humanos “celebra, por assim dizer, a passagem do reino do “direito da força” para a “força do direito” (PIOVESAN, 2003, p.151).

A inovação jurídica causada pelo Tribunal de Nuremberg – ao processar e condenar líderes políticos e militares nazistas por crimes de lesa-humanidade – no entendimento da responsabilização penal do indivíduo em separação da responsabilidade do Estado, é o embrião do processo de justicialização dos direitos humanos na esfera internacional. Contudo, trata-se de responsabilização jurídica adstrita à esfera penal. Somente nas décadas posteriores, com o

aperfeiçoamento dos sistemas global e regionais de direitos humanos é que há uma justicialização voltada à esfera cível (PIOVESAN, 2014).

SANTOS (2010, p.85) ressalta a importância dos Tribunais pós-guerra (Nuremberg e Tóquio) para a edificação da justicialização internacional dos direitos humanos:

Os Tribunais Internacionais de Nuremberg e Tóquio serviram de importante referencial para a justicialização do Direito em âmbito internacional. A construção de uma teoria de Direitos fundamentais e sua ruptura quando da II Guerra mundial tomou novo fôlego no II pós-guerra; estes direitos fundamentais ganharam relevância internacional, não podendo mais ser enunciados como direitos deste ou daquele estado, são direitos de toda a humanidade, atingiram um status internacional, são Direitos Humanos, inerentes à pessoa humana, de cunho universal, indivisível, de dimensão cosmopolita. A ruptura perpetrada pelo totalitarismo demonstrou que já não bastava mais enunciar os Direitos Humanos, deveria haver meios para garantir a sua aplicação, a sua eficácia, bem como evitar violações a eles, com o escopo de garantir a dignidade da pessoa humana.

No mundo bipolarizado das décadas de Guerra Fria, a justicialização – enquanto processo que tem avanços e retrocessos – não obteve condições de se desenvolver. Com o desmantelamento da União Soviética, e o advento da nova configuração geopolítica do mundo, o processo de justicialização foi necessariamente retomado, haja vista violações ao direito humanitário em diversas partes do globo¹⁵, fazendo com que as preocupações internacionais voltassem a uma justicialização como forma de aporte ao retorno da paz.

2.4.1 A justicialização no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A justicialização dos direitos humanos configura um importante passo na viabilização da força do direito internacional, uma vez que cria a obrigação jurídica de reparar os danos

¹⁵ Em relação a graves violações de direitos humanos na década de 90, ressalta-se a importância de dois grandes conflitos, que resultaram em dois Tribunais *ad hoc*, cada qual com suas peculiaridades: o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda – ambos criados pelo Conselho de Segurança da ONU, em 1993 e 1994, respectivamente. O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, como forma de ofertar uma resposta às vítimas dos crimes cometidos durante a guerra civil que ocasionou a fragmentação, e a criação de diversos Estados da ex-Iugoslávia. Tais crimes, configuram-se de lesa-humanidade, e violaram a Convenção de Genebra, incluindo-se crimes de guerra e genocídio. O Tribunal Penal Internacional para o Ruanda foi criado como consequência do genocídio de 500.000 (estimativa) pessoas, de uma etnia local minoritária (os Tutsi). O objetivo do Tribunal foi o de investigação e processamento das pessoas envolvidas com os crimes, no intuito da punição. Em Ruanda, novas formas locais de Justiça (os Tribunais *Gacaca*) foram utilizados como formas de restabelecimento da paz, baseados no ideal da reconciliação e do perdão.

referentes a violações de direitos humanos. Assim, a justicialização preenche uma lacuna no ordenamento jurídico (PIOVESAN, 2014).

Na abordagem do processo de justicialização dos direitos humanos no contexto do Sistema Regional Interamericano de Proteção, deve-se trazer a experiência europeia, eis que “dos sistemas, é o europeu o que traduz a mais extraordinária experiência de justicialização de direitos humanos, por meio da atuação da Corte Europeia, [...] por não apenas elenca um catálogo de direitos, mas instituir um sistema inédito que permite a proteção judicial dos direitos” (PIOVESAN, 2014, p.72).

A justicialização do sistema europeu adveio do Protocolo nº 11, em 1998, que criou meio de acesso à justiça internacional europeia a toda pessoa inclusa na sua jurisdição, ou seja, criou mecanismo amplo de acesso à justiça a todo e qualquer cidadão para que possa fazer denúncias de violação de direitos humanos, que ocorreram contra si mesmo ou contra outrem.

Diversamente do sistema global, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, cada qual ao seu modo, têm revelado extraordinárias experiências no campo da justicialização dos direitos humanos, por meio da criação de Cortes de Direitos Humanos, como demonstram os casos europeu, interamericano e, mais recentemente, africano. [...] A sólida e consistente integração de Estados europeus, e, sobretudo, o fato de compartilharem dos mesmos valores atinentes aos direitos humanos, democracia e Estado de Direito, apresentando no âmbito doméstico elevado grau de proteção a esses princípios e valores, é fator fundamental para entender o fortalecimento do sistema, sua credibilidade e sua justicialização (PIOVESAN, 2014, p.151-152)

No sistema interamericano, o novo Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), de 2001, é importante marco na justicialização do sistema. No artigo 44, houve a previsão legal de submissão do caso à Corte Interamericana na hipótese do Estado não cumprir com as recomendações da Comissão. Tal disposição legal foi mantida, e continua no Regulamento da Comissão, no artigo 44, parágrafo 3, e artigo 45 (OAS, 2013):

Art. 44 Relatório quanto ao mérito

[...]

3. A Comissão notificará ao Estado a adoção do relatório e sua transmissão. No caso dos Estados partes da Convenção Americana que tiverem aceitado a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, a Comissão, ao notificar o peticionário, dar-lhe-á oportunidade de apresentar, no prazo de um mês, sua posição a respeito do envio do caso à Corte. O peticionário, se tiver interesse em que o caso seja levado à Corte, deverá fornecer os seguintes elementos:

- a. a posição da vítima ou de seus familiares, se forem diferentes do peticionário;

- b. as bases em que se fundamenta a consideração de que o caso deve ser submetido à Corte; e
- c. as pretensões em matéria de reparação e custas.

Artigo 45. Submissão do caso à Corte

1. Se o Estado de que se trate houver aceito a jurisdição da Corte Interamericana em conformidade com o artigo 62 da Convenção Americana, e se a Comissão considerar que este não deu cumprimento às recomendações contidas no relatório aprovado de acordo com o artigo 50 do citado instrumento, a Comissão submeterá o caso à Corte, salvo por decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros.

Por conseguinte, temos o avanço do processo de judicialização com o Regulamento da Comissão Interamericana, mas é necessária sua aprimoração em vários aspectos. Flávia Piovesan (2014), enumera sete propostas que objetivam o fortalecimento do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, e que visam sobretudo uma judicialização completa, ancorada nas experiências do sistema europeu – fonte primária de inspiração legal e política na proteção aos direitos humanos. As sete propostas, de forma sumária, têm ênfase na universalidade, institucionalidade, independência, sustentabilidade e efetividade.

Tais propostas pugnam pela: 1) expansão do número de Estados partes da Convenção Americana e do Protocolo de San Salvador, e o aumento do grau de reconhecimento da Corte Interamericana (com aceite de apenas 22 Estados, em comparação a OEA, com 34 Estados membros); 2) garantia de maior independência e autonomia aos juízes e integrantes da Comissão e da Corte Interamericana; majorar a participação da sociedade civil na indicação destes membros, trazendo maior publicidade e transparência neste procedimento; 3) exigibilidade no cumprimento das decisões da Comissão e da Corte aos Estados, sendo que estes teriam uma legislação interna concernente a implementação das decisões internacionais relativa a direitos humanos; 4) sanção ao Estado que descumprir as decisões internacionais (suspendendo ou expulsando-o da Assembleia Geral da OEA por exemplo); 5) evolução do mecanismo de supervisão do cumprimento das decisões da Corte Interamericana, de forma que haja uma garantia coletiva da OEA; 6) democratização do sistema com o aperfeiçoamento dos meios de acesso direto da pessoa a todos os órgãos do sistema interamericana, uma vez que atualmente o acesso é restringido apenas a Comissão, não havendo o acesso direto à Corte (no sistema europeu qualquer pessoa, ou grupo de indivíduos, pode fazer denúncias de forma direta); 7) manutenção de permanente funcionamento da Comissão e a Corte, com recursos financeiros e logísticos suficientes (PIOVESAN, 2014).

Portanto, considerando o sistema europeu de proteção como inspiração para o sistema interamericano, de forma que este conquiste iguais avanços daquele no que toca a

justicialização, impera a necessidade de que os Estados cumpram com as decisões internacionais em seus âmbitos internos. Não se pode admitir a indiferença, omissão ou silêncio, dos Estados no cumprimento destas decisões, que devem produzir efeitos jurídicos imediatos (PIOVESAN, 2000).

2.5 O cumprimento (*enforcement*) das decisões judiciais das Cortes Internacionais de Direitos Humanos

É inegável que os sistemas regionais de direitos humanos trouxeram benefícios para a garantia de direitos, estabelecendo um consenso entre os países organizados nestes sistemas regionalizados. Contudo, mesmo com os diversos avanços alcançados pelos órgãos de monitoramento das Convenções, há o problema do cumprimento (*enforcement*) das decisões proferidas pelos organismos internacionais, em especial, pelas Cortes de Direitos Humanos.

O termo “*enforcement*” em tradução exata para o português significa “execução”, o que não destoa do seu sentido jurídico. O *enforcement* pode ser definido como procedimentos que existem para a garantia da aplicação dos termos de uma decisão judicial internacional.

A executoriedade das decisões judiciais internacionais está presente na agenda da doutrina e da jurisprudência internacional, tanto na abordagem em âmbito global ou regional. Com a decisão judicial proferida, há uma obrigatoriedade no cumprimento dos termos da sentença, caso contrário, há um novo ilícito internacional. Logo, quando isto acontece há a frustração da essência das jurisdições internacionais.

As decisões judiciais internacionais têm sido objeto de constante preocupação, principalmente no que tange à falta de executoriedade e da observância de tais decisões pelas partes do processo. Pode-se dizer, inclusive, que a ausência do cumprimento das sentenças internacionais no plano interno dos Estados é um dos maiores desafios da agenda política internacional do século XXI.

O processo de jurisdicionalização deu origem a diversos Tribunais internacionais, que aglomeram os mais diversos temas e atuações geográficas. Apesar das diferenças entre cada sistema, todos têm como ponto em comum a sua finalidade – a resolução pacífica e final das controvérsias e o desenvolvimento do Direito Internacional.

As grandes questões objeto de pesquisa referente à temática dos direitos humanos caminham em diálogo com a afirmação deste direitos. As garantias e os princípios destes direitos apontam para os mecanismos de acesso à justiça internacional, de forma que tais

mecanismos podem ser uma alternativa a solução de controvérsias jurídicas até mesmo internas dos Estados. Exemplo atual é a questão da justiça de transição operada na América Latina, que tem como grande catalizador jurídico a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Logo, nas problemáticas inerentes ao direito internacional dos direitos humanos, de forma direta ou indireta, há que se perquirir a efetividade da prestação jurisdicional internacional.

Cumprido, portanto, verificar como a doutrina e a jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos evoluiu até o atual momento, podendo-se falar na existência de mecanismos de *enforcement* das sentenças judiciais internacionais.

2.5.1 A diferenciação entre obrigatoriedade e executoriedade das decisões judiciais internacionais

Os sistemas internacional e regional são complementares, de forma que a observância de um não inibe a estrita observância das disposições do outro.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada a norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2003, p.150).

Também, não há qualquer forma de superioridade do sistema internacional para o regional. O internacional é o gerido pela ONU, enquanto que os sistemas de proteção regional estão ligados à União Europeia (EU), à União Africana (UA), e no nosso caso a Organização dos Estados Americanos (OEA).

A partir da Declaração Universal, tem-se que os preceitos nela contidos são espalhados por todos os continentes, através de um movimento de elaboração de normas regionais de direitos humanos, trazendo as balizas de 1948 a serem aplicadas a problemáticas regionais na segurança dos direitos fundamentais.

Assim, como precedentes desse processo temos a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, continuando depois com a adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1967, à qual se seguiu a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, adotada em 1981.

Desde a Convenção de Viena sobre Tratados Internacionais (1969) já havia a disposição de que as questões de direito interno não podem ser óbice para que haja o cumprimento de cada Estado parte aos termos de um Tratado ou Convenção Internacional. Neste sentido é o artigo 27 que diz: “[...] uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

Os sistemas regionais de proteção contribuem para o aperfeiçoamento da proteção legada pela proteção universal, eis que a criação de mecanismos e cortes regionais tentam sobremaneira efetivar a garantia da proteção.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que é de sua competência fiscalizar o cumprimento de suas decisões, criando um mecanismo que consiste em, periodicamente, exigir que os próprios juízes da Corte procedam a fazer um relatório relacionando quais as decisões que foram e as que não foram cumpridas (CANÇADO TRINDADE, 2011).

O artigo 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe sobre o cumprimento das decisões da Corte.

Artigo 68

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado (BRASIL, 1992b, n.p).

Se restar constatado que houve o descumprimento ou cumprimento parcial de uma sentença, a Corte comunica a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. O artigo 65 da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe sobre esta atividade: “A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral [...] um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças” (BRASIL, 1992b, n.p).

Existem outros Tribunais, tais quais o Tribunal Penal Internacional e o Tribunal Internacional para o Direito do Mar, que delegam a tarefa do controle da execução da sentença para os poderes judiciários internos.

Conforme visto pela análise de diversos Tribunais, podemos constatar que, principalmente desde o final do século XX, que há uma obrigatoriedade jurídica para o cumprimento das decisões judiciais internacionais.

Contudo, a partir desta realidade de multiplicação das Cortes Internacionais, surgiu uma problemática na doutrina e na jurisprudência internacional, pelo posicionamento distintivo entre obrigatoriedade e executoriedade das decisões proferidas pelas Cortes Internacionais.

Tradicionalmente, a função de dar o provimento jurisdicional pertence ao órgão judiciário e a sua execução ao executivo. Tendo em vista que o sistema internacional não possui uma estrutura centralizada capaz de exercer a função executiva, as decisões judiciais internacionais são obrigatórias, porém, podem padecer pela falta de executoriedade (GEROMEL, 2015, p.74).

Apointa-se, portanto, que em virtude desta falta de estrutura, encarregada apenas da função executiva no sistema interamericano de direitos humanos, temos que as sentenças internacionais têm a “obrigatoriedade”, mas por vezes não dispõem de “executoriedade”. Assim, dividindo e diferenciando a “obrigatoriedade” de “executoriedade”, a questão é posta como um problema não do judiciário internacional, mas sim como política (executivo).

Desta forma, para este argumento, a executoriedade destas decisões, cabendo a parte cumprir, geraria uma possível discricionariedade dos Estados.

Neste raciocínio, o problema posto não seria a falta de juridicidade dos organismos supraestatais internacionais, que proferem suas decisões e criam uma obrigação a um Estado, mas sim, do Executivo interno de cada Estado que simplesmente não cumpre o que foi determinado via sentença judicial.

Contudo, quando um Estado, voluntariamente, se submete a jurisdição dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, além do quesito da obrigatoriedade no cumprimento das decisões, por óbvio que as decisões devem ser cumpridas, não havendo que se falar na diferenciação entre obrigatoriedade e executoriedade, eis que os dois termos devem se apresentar como decorrência lógica um do outro.

Neste sentido apontou Antônio Augusto Cançado Trindade, enquanto juiz da Corte Interamericana, no julgamento do caso *Olmedo Bustos e outros versus Chile - A Última Tentação de Cristo* (CORTE IDH, 2001):

"No existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (animus) del poder público (sobretudo el judicial) de aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese

modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos"

Traçar diferenças entre os termos como se houvesse fase para um efetivo cumprimento das sentenças internacionais apenas faz parte da retórica dos Estados que insistem em não cumprir as sentenças internacionais. Se um Estado reconhece a competência contenciosa de uma Corte Internacional, ao mesmo Estado não é facultado o cumprimento de uma decisão internacional que imponha a ele uma obrigação.

2.5.2 A evolução da jurisprudência internacional na implementação dos efeitos da sentença

Embora sejam inegáveis os avanços obtidos pelos órgãos de monitoramento das convenções de direitos humanos, pende o problema do cumprimento (*enforcement*) das decisões proferidas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos. No processo internacional as partes devem cumprir as decisões proferidas, caso contrário cometem novo ilícito internacional. Desta forma, frustram a essência das jurisdições internacionais – a resolução pacífica das controvérsias postas.

A partir da Declaração Universal, tem-se que os preceitos nela contidos são espalhados por todos os continentes, através de um movimento de elaboração de normas regionais de direitos humanos, trazendo as balizas de 1948 a serem aplicadas às problemáticas regionais na segurança dos direitos fundamentais. Assim, como precedentes desse processo temos a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, continuando depois com a adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1967, à qual se seguiu a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, adotada em 1981.

Para tanto o desafio posto é o de como se fazer cumprir tais decisões se a principiologia base da jurisdição internacional dos direitos humanos é a resolução pacífica dos conflitos?

GEROMEL (2015) elenca cinco métodos de *enforcement* das decisões judiciais internacionais: a pressão diplomática e econômica, o confisco de bens do Estado devedor, uso das forças armadas, o cumprimento das decisões pelas organizações internacionais e o cumprimento das decisões pelas cortes domésticas.

No que tange à arbitragem internacional, as primeiras tentativas de mitigação dos efeitos das decisões judiciais eram argumentadas com base em possíveis nulidades processuais, o excesso do poder dos Tribunais, a corrupção de membros e a não observância de regras procedimentais.

Na Europa, em 1957 foi editada a Convenção Europeia pela Solução Pacífica de Controvérsias, em que todos os conflitos internacionais relevantes deveriam ser submetidos a Corte Internacional de Justiça (GEROMEL, 2015).

De acordo com CAMPOS (2016, n.p), ao contrário do que ocorre na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e especialmente no Brasil, que vem descumprindo várias determinações judiciais internacionais, na Corte Europeia de Direitos Humanos, não há o descumprimento das decisões, ou seja, há um efetivo *enforcement*. Vejamos:

O principal instrumento de proteção dos direitos humanos no sistema europeu é a Convenção Europeia de Direitos *Humanos*, que previa, como reflexo do ideário liberal e democrático da época, apenas direitos civis e políticos. Com o advento da Carta Social Europeia (1961/1965), foi incorporado ao sistema um amplo rol de direitos sociais, econômicos e culturais. Originalmente, a Convenção previu a Comissão e a Corte Europeias como meios de proteção. Com o advento do Protocolo nº 11 (1994/1998), contudo, instituiu-se uma Corte única, denominada Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que não é órgão da União Europeia, mas sim o braço judiciário do Conselho da Europa. O acesso à Corte é franqueado a indivíduos, grupos de indivíduos ou organizações não governamentais na defesa dos direitos humanos. A CEDH possui competência contenciosa e restrita competência consultiva, tendo sua jurisdição sido determinada por cláusula obrigatória. Suas decisões são juridicamente vinculantes e possuem natureza declaratória, podendo determinar compensação financeira à vítima e/ou alterações legislativas no direito interno dos Estados a fim de dar maior proteção aos direitos fundamentais previstos na Convenção. Em caso de descumprimento das decisões da Corte, é possível a expulsão do Estado violador do Conselho da Europa. A responsabilidade política principal pelo monitoramento do cumprimento das decisões da CEDH cabe ao Comitê de Ministros, principal órgão político do Conselho da Europa. De maneira geral, porém, não se verificaram, até hoje, grandes problemas no *enforcement* das decisões da CEDH, o que talvez possa ser explicado pela grande integração dos países europeus e por sua cultura de respeito aos direitos humanos.

Com a criação da Organização das Nações Unidas o uso da força unilateral não seria mais permitido caso alguma decisão internacional não fosse cumprida. Vejamos o artigo 94 da Carta das Nações Unidas (incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945):

Artigo 94. 1. Cada Membro das Nações Unidas se compromete a conformar-se com a decisão da Corte Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte.
2. Se uma das partes num caso deixar de cumprir as obrigações que lhe incumbem em virtude de sentença proferida pela Corte, a outra terá direito de recorrer ao Conselho de Segurança que poderá, se julgar necessário, fazer recomendações ou decidir sobre medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença (BRASIL, 1945).

RAMOS (2001) assevera que a tendência é que haja o esvaziamento, e o consequente desaparecimento, do sistema da OEA, na medida em que os Estados ratifiquem a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheça a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Porém, até que todos os membros da OEA adiram a Convenção Americana de Direitos Humanos, resta o sistema da OEA para exigir o cumprimento do respeito aos direitos humanos por parte dos Estados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Portanto que caso algum Estado não cumpra as obrigações impostas decorrentes de uma sentença, a outra parte poderá recorrer ao Conselho de Segurança da ONU para decidir as medidas a serem tomadas. Vislumbra-se, neste diapasão, a evolução da jurisprudência, e também as disposições legais, que garantem a efetividade das decisões judiciais internacionais.

2.5.3 Os mecanismos de *enforcement* na Corte Europeia de Direitos Humanos

Apesar de a Corte Europeia de Direitos Humanos obter sucesso maior na garantia da efetividade de seus provimentos jurisdicionais, da mesma forma não se deu nos outros Sistemas Regionais de Direitos Humanos.

Os sistemas de proteção internacional dos Direitos Humanos se desenvolvem tanto no âmbito internacional, pelas regulamentações da Organização das Nações Unidas, quanto no âmbito regional, por meio dos organismos regionais de proteção destes direitos.

Recentemente, a Corte Internacional de Justiça assumiu de forma direta a implementação de suas sentenças, como os exemplos dos casos da disputa de fronteira entre Burkina Faso e Mali, em que foi formada uma comissão para ajudar as partes na demarcação das fronteiras, da forma como fora posto na sentença; e no caso projeto *Gabcikovo-Nagymaros*, em que a Corte entendeu que as partes poderiam requisitar a indicação de meios cabíveis para a efetivação do que foi determinado na sentença.

Dentre os tribunais especializados, sejam regionais ou universais, o dever de cumprir com as decisões é nítido e claro em seus estatutos, o que os difere é o controle. Em alguns casos, os tribunais criam mecanismos próprios de supervisão; em outros, órgãos políticos são encarregados da tarefa. É comum, também, deixar essa tarefa para os tribunais domésticos ou estabelecer mecanismos de contramedidas para que as próprias partes, dentro de uma margem de legalidade constante no tratado constitutivo ou no regulamento, possam forçar o adimplemento (GEROMEL, 2015, p.76)

Tal argumento, portanto, de que há um impasse no *enforcement* das decisões judiciais internacionais porque não haveria meios de dar executividade a tais decisões não merece prosperar, visto que, pela análise dos diversos documentos que constituem cada Corte Regional, a prática atual do Direito Internacional não permite tal diferenciação como forma de bloquear a efetividade das decisões judiciais internacionais. Por óbvio, que os maiores precedentes desta justificativa são da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Isso porque, a Corte Europeia dispõe de vários mecanismos para que haja um melhor acompanhamento dos efeitos de suas decisões. Vejamos o artigo 46 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que delega ao Comitê de Ministros o poder-dever de acompanhamento da execução da sentença:

Artigo 46.º

(Força vinculativa e execução das sentenças)

1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.
2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comitê de Ministros, o qual velará pela sua execução (OAS, 1948).

Também, a Europa, dispõe que a parte lesada pode comunicar a própria Corte o descumprimento da decisão. Há também o mecanismo da “satisfação equitativa”. RAMOS (2012, p.54), traça o conceito e as origens do instituto:

Fixou-se, graças a esse artigo 50 (hoje artigo 41, redação inalterada) conteúdo essencialmente declaratório da sentença da Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo que o Estado somente é condenado ao pagamento de uma satisfação equitativa à vítima, caso o direito interno não for capaz de reparar o dano de modo adequado. A origem dessa autolimitação dos poderes condenatórios da Corte está no Direito Internacional clássico do início do século XX, no qual os tribunais arbitrais estipulavam reparação em pecúnia, quando o Estado, por razões de Direito interno, demonstrava estar impossibilitado de executar outras obrigações de fazer ou não fazer. No caso europeu, é indissociável o vínculo entre a regra da satisfação equitativa e o espírito por detrás da criação do Conselho da Europa e da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A confiança nos Estados europeus ocidentais era muito grande e a criação da Corte era prova de que eles não temiam um monitoramento internacional. Se, na pior das hipóteses, fosse um Estado europeu ocidental condenado, a Corte Europeia deveria deixar aos cuidados do próprio Estado réu a tomada de medidas para sanear a situação. Se a situação não fosse passível de solução (por óbices internos), uma satisfação equitativa seria adotada, sem maiores reprimendas ou controvérsias de conflito entre jurisdições. Ou seja, a Corte foi criada para comprovar a adesão desses Estados aos direitos humanos (ao contrário dos seus inimigos comunistas), mas não para criar embaraços a esses mesmos países (RAMOS, 2012, p.54).

Portanto, a Corte Europeia não faz o julgamento de pessoas pela violação de direitos, até mesmo quando a conduta seja praticada por particular. O Estado que passa a responder pela conduta de seu cidadão nacional, pois há a presunção objetiva de sua omissão na prevenção, ou na repressão de quem viola o direito. De natureza jurídica declaratória, tal sentença, permite ao Estado que possa escolher qual o mecanismo interno para a reparação de tal violação. E caso o Estado não repare o dano, se requer que o Estado seja condenado ao pagamento de uma pena pecuniária, ou seja a satisfação equitativa (RAMOS, 2012).

2.6 A principiologia do processo de internacionalização dos direitos humanos

No que concerne à lógica e a principiologia do processo de internacionalização dos direitos humanos, deve-se investigar a forma pela qual este tem se tornado a herança da “Era dos Direitos”, conforme já investigado por Bobbio (2004).

O nível do impacto no ordenamento jurídico interno dos Estados pela atividade do Sistema Interamericano, em especial da jurisdição da Corte Interamericana como um instrumento de um constitucionalismo internacional e pela imposição de parâmetros mínimos de proteção na área dos direitos humanos, também é importante para que se possa, com segurança, afirmar quais os reais limites que uma “Justiça Internacional” possui.

Realizar um estudo sobre a necessidade de revisão do conceito tradicional de soberania dos Estados, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos, portanto, é de extremo interesse para a evolução protetiva internacional.

Além disso, a investigação do mecanismo de adesão dos Protocolos Facultativos nos documentos internacionais, bem como a sistemática de monitoramento e implementação dos direitos protegidos, para averiguar a amplitude jurídica dos documentos internacionais, é igualmente relevante.

Interessante, neste sentido, o entendimento de CANÇADO TRINDADE (2003), que defende o aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional, e em especial, o peticionamento individual como meio de ampliação protetiva dos direitos humanos.

Flávia Piovesan (2011) defende que um equânime Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos tem o condão de redefinir o conceito da cidadania no Brasil justamente porque estes novos mecanismos de acesso à justiça internacional podem alterar a relação que o Estado tem com seus concidadãos.

Enfatiza-se que o aperfeiçoamento dos mecanismos de peticionamento individual aos órgãos de proteção aos direitos humanos se apresenta como parte importante do processo de internacionalização dos direitos humanos e da interconstitucionalização destes direitos. Os Estados que desejam ser parte dos sistemas de proteção internacionais, ratificando os documentos internacionais protetivos, devem se adequar e propiciar meios que seus cidadãos tenham acesso a tais mecanismos.

O Brasil, especificamente nestes tempos de efetivação da coercibilidade e da vinculação das decisões internacionais, inclusive com penalidades ao Estado que se recusar a cumprir as decisões, terá que discutir e encontrar uma solução em adequação ao novo quadro de justicialização operada.

A exemplo disso, para que o Brasil possa cumprir as determinações estipuladas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (exigências na condenação do caso *Gomes Lund*), ou não cumprir; há que se discutir o papel e a força das determinações judiciais de nível internacional. Caso contrário, há que se observar apenas suas decisões judiciais internas (Supremo Tribunal Federal), destoando assim deste processo de crescente justicialização dos direitos humanos em âmbito internacional.

2.7 O conceito de *Rule of Law* e o *enforcement* das sentenças judiciais internacionais

O próprio direito e sua aplicação não podem conter ou gerar arbitrariedades. Sendo o direito a estratégia eleita para conter o arbítrio do poder, ele deve, conseqüentemente, ser aplicado de maneira justa. Isso significa que as instituições responsáveis por aplicar o direito – os tribunais – devem fazê-lo de maneira mais neutra, transparente e justa possível.

O *rule of law* tem várias acepções e por isso, é tarefa árdua conceitua-lo simplesmente, porque dentre estas várias acepções, há significados diferentes. Logo, há várias formas de definir *rule of law*, segundo autores como Dworkin e Luhmann.

O postulado do *rule of law* está originalmente ligado ao controle do poder político pelo direito, e isso significa que a exigência de que todos se submetam à lei, ou melhor, a pretensão de que todos, inclusive o poder político, estejam submetidos à lei, não parece ser uma atitude exclusiva do Estado (POSSAS; ROCHA, 2014).

A ideia de *rule of law* é de inspiração weberiana, conforme aduzem POSSAS; ROCHA (2014, p.235)

A ideia de “pretensão ao *rule of law*” é inspirada na proposta de Max Weber de “pretensão ao monopólio estatal da violência física legítima”, expressão que utiliza para indicar um dos elementos essenciais do Estado moderno. Dentro desta proposição, a “pretensão ao *rule of law*” é uma disposição geral, que se estende para além do Estado, de se submeter à regra geral do direito. Em outras palavras, a disposição de não opor resistência ao “império da lei”, ao domínio absoluto da regra da lei como orientação de base das condutas humanas. E enquanto uma “pretensão”, o que precisamos observar é existência ou não de uma concorrência significativa à regra, como, por exemplo, a existência de uma regra alternativa (que não a do direito) que reivindique e obtenha ampla sujeição.

Para que possamos traçar pontos de ligação entre o *enforcement* das decisões judiciais internacionais e o *rule of law*, é indispensável visitar novamente o trabalho de POSSAS; ROCHA (2014), pois há a justificativa de que o termo *rule of law* pode ser voltado para as características dos julgamentos e para o funcionamento dos tribunais.

O problema da definição do *rule of law* reside, a nosso ver, em identificar o objeto mesmo ao qual se dirige a expressão: o sistema jurídico, o sistema político ou a relação entre os dois. Em outras palavras, o problema da definição reside na pergunta se esse conceito serve para observar o funcionamento dos tribunais, da polícia, da produção de leis, do modo de governar, do controle dos atos administrativos pelos tribunais etc. A literatura que analisamos transita entre esses objetos, por vezes elegendo mais de um como foco de observação, mas normalmente se posicionando ou do lado do sistema jurídico – quando o foco está voltado para o funcionamento dos tribunais, para as características dos julgamentos, para o acesso à justiça – ou do lado do sistema político – quando o foco está voltado para a produção legislativa, para o controle dos atos do governo e das instituições relacionadas, como a polícia. (POSSAS; ROCHA, 2014, p.262).

O termo *Rule of law* é usado de forma frequente como sinônimo de Estado de Direito, contudo, para cada tradição jurídica o termo corresponde a experiências diferentes. Na Alemanha, *Rechtstaat* expressa a concentração do poder no Parlamento, única fonte do direito, que deve ser rigorosamente respeitado pelos poderes Executivo e Judiciário. Para a tradição inglesa o termo é baseado na ideia de “igualdade jurídica dos sujeitos”. Para a tradição norte-americana, *rule of law* está relacionado à redução do poder do Parlamento e aumento do poder das Cortes, inclusive em termos de controle de constitucionalidade (ARAÚJO, 2000).

Aponta LUHMANN (1990), que apesar destas diversas perspectivas no entender do termo, há elementos comuns que podem ser traçados, mesmo que haja uma pluralidade de planos históricos, quais são: 1) ao escopo de conter o arbítrio do exercício da autoridade política, garantindo que o poder político possa agir dentro de limites estabelecidos, ou seja com

controle; 2) o segundo ponto em comum se refere ao fato do Direito se assumir como um instrumento efetivo de contenção do poder político.

Logo, quando se entende, na acepção clássica, que *rule of law* é sinônimo de “império da lei”, a mensagem, dentro que qualquer acepção, sistema e experiência histórica, quer dizer que todos, sem qualquer exceção, ficam submetidos às regras jurídicas postas, e que o princípio impõe a predominância da lei, como forma de conter a arbitrariedade da lei, não devendo haver quaisquer formas de privilégios para os agentes estatais ou o próprio Estado.

Para Gustav Zagrebelsky (2002) o Estado de Direito se autoafirma através do cumprimento do princípio da legalidade, sendo a lei o ato normativo dotado de poder absoluto, de forma que nem mesmo o poder de exceção “do rei” pode superá-lo, em nome de “razões de Estado”, nem mesmo a resistência por parte de juízes ou das pessoas.

Com a análise de mecanismos de *enforcement* do sistema europeu e americano, e a visitação do conceito do *rule of law*, é possível traçar a acepção mais adequada do termo para que seja aplicado de forma principiológica e argumentativa em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O *Rule Of Law* tem o condão de traçar o funcionamento dos Tribunais, sendo que o Estado, ao se submeter a este princípio, deve cumprir com o que fora determinado pelos Tribunais, inclusive pelas Cortes Internacionais. Assim sendo, objetiva-se com a adoção do preceito a vigilância da democracia, sendo todo o aparato estatal deve se submeter ao *rule of law*, e deve servir como instrumento de controle do Estado Democrático de Direito.

Traçando os pontos em comum de cada tradição histórica do conceito de *rule of law* é possível perceber este pode ser utilizado de forma a orientar as características dos julgamentos e de funcionamento dos Tribunais. Os Estados ao ratificarem e incorporarem os Tratados e Convenções Internacionais, assumem o dever de se cumprir de forma efetiva com as disposições estabelecidas em eventual condenação judicial destas Cortes. Assim, pode-se compreender o *rule of law* como fundamento para o *enforcement* destas decisões judiciais internacionais.

Em outras palavras, ao usar como substrato argumentativo o *rule of law*, há o reforço do raciocínio de que os Estados que ratificam e incorporam, em seus ordenamentos internos, os Tratados e Convenções Internacionais (principalmente de Direitos Humanos), tem o dever de cumprir com total efetividade as disposições estabelecidas em eventual condenação judicial destas Cortes.

Por óbvio, em que pese as diferenças entre cada Sistema Regional (pode-se ver a sistemática europeia e americana), em todos os sistemas, inclusive o Global, há a preocupação e a criação de mecanismos que permitam o *enforcement* das sentenças judiciais.

Após a célebre Declaração de Direitos Humanos da ONU, com a resolução parcial da questão judaica, dada a criação do Estado de Israel, em 1948, tangente àquele grupo étnico-social específico, a questão da proteção dos direitos humanos em nível internacional hibernou na agenda internacional. A inércia da ONU nas questões de proteção de minorias, e aos direitos humanos de forma geral, foi devido tanto ao embate político-ideológico decorrente da Guerra Fria, quanto em virtude do enfoque individualista e universalista dos direitos humanos.

Explicar o porquê de tal inércia não deve ser o único foco para a análise da efetividade dos mecanismos de proteção internacionais dos direitos humanos. Indubitavelmente, deve haver uma multidimensionalidade na análise dos mecanismos de acesso à justiça relacionada à proteção da pessoa humana, independente de qual nacionalidade seja. O aspecto cosmopolita destes direitos humanos internacionais reveste o cidadão como sujeito de direitos a nível universal de proteção. Logo, mesmo que algum Estado não tenha mecanismos eficientes para proteger seu cidadão, cabe aos órgãos internacionais oferecerem uma efetiva proteção.

Apesar de que as preocupações internacionais na proteção dos direitos humanos foram renegadas a segundo plano, sendo que os direitos específicos das minorias somente foram declarados, no plano internacional, pelas diversas Declarações e Documentos listados pela Organização das Nações Unidas, o processo de justicialização dos direitos humanos parece ser caminho que não tem volta.

A evolução e o próprio futuro de uma efetiva proteção dos direitos humanos, deve passar pela internacionalização desta proteção. Em um mundo no qual as fronteiras são cada vez mais relativas, há que pensar em mecanismos globais de proteção dos direitos humanos. Permitir o acesso de cidadãos de qualquer parte do mundo a estes meios é uma forma valiosa, e muitas vezes única (vide os conflitos étnicos e as guerras civis em países africanos tais quais Ruanda e Uganda) de proteger as pessoas contra o arbítrio estatal.

O respeito e o acatamento aos termos das obrigações impostas ao Estado por meio da sentença judicial internacional não se revela mera recomendação. Mesmo que se os sistemas de proteção dos direitos humanos não obtivessem mecanismos de executoriedade de suas decisões, o fundamento para o cumprimento das mesmas ficaria ao encargo da disciplina internacional do *rule of law*.

Após esta abordagem sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e sobre a executoriedade das decisões judiciais proferidas pelas Cortes Internacionais, em exercício

jurisdicional, cumpre abordamos de forma minuciosa, o duplo grau de jurisdição. Como pretendemos apontar a existência de uma disparidade entre as disposições do ordenamento jurídico brasileiro (de caráter constitucional e infraconstitucional), e a Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao duplo grau de jurisdição, justifica-se sua detida abordagem. Somente após apresentada sua devida acepção, é que será possível analisar o entendimento das Cortes de Direitos Humanos, em especial a Interamericana, sobre esta garantia. Uma vez que a efetividade das decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos passa necessariamente por uma revisão do conceito tradicional de soberania dos Estados, é preciso compreender com clareza como o duplo grau de jurisdição é protegido em âmbito internacional.

3 A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO (FORO PRIVILEGIADO)

O duplo grau de jurisdição, seja entendido como princípio ou garantia, não consta do texto constitucional de forma expressa, mas a Constituição Federal atribui a competência recursal a vários órgãos jurisdicionais. Também existem exceções ao duplo grau, em especial as hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 102, I, da Constituição Federal.

Parte da doutrina processual brasileira entende que o duplo grau de jurisdição, não tem *status* constitucional, uma vez que na Constituição Federal não há previsão expressa desta garantia¹⁶. Neste raciocínio, é aceitável que o exame do recurso possa ser realizado pelo mesmo órgão julgador de primeira instância, como ocorre com os embargos de declaração e, no caso mensalão, também com os embargos infringentes. Sobre este último, o Novo Código de Processo Civil extinguiu a modalidade, mas o instituto continua a ser usado normalmente no direito processual penal.

Outra parte da doutrina defende que o duplo grau de jurisdição, mesmo que não conste expressamente na Constituição, tem *status* constitucional¹⁷.

Em verdade, entendemos que perquirir a natureza constitucional do duplo grau de jurisdição não faz por maximizar sua garantia, eis que a questão da amplitude do duplo grau é definida pelo direito internacional.

A Corte, em legítima interpretação da Convenção Americana (*Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*), consolidou o entendimento que todo cidadão tem o direito de recorrer de uma decisão judicial – recurso este que deve ser apreciado por outros julgadores diferentes dos quais proferiram a decisão contra a qual se objetiva reformar, no sentido *estricto* do duplo grau de jurisdição.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal nº 470 – conhecido como o julgamento do “mensalão”, teve a competência originária, conforme a Constituição Federal (art. 102, I, “b” e “c”), para julgar 37 réus (dos quais 24 foram condenados), pelo envolvimento em um esquema de compra de apoio político no Congresso Nacional.

¹⁶ Neste posicionamento doutrinário situam-se Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha.

¹⁷ Neste sentido entendem Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, Djanira Maria Radamés de Sá, Nelson Nery Junior e Calmon de Passos.

O caso “mensalão”, assim popularmente conhecido no Brasil, e no âmbito internacional, tem duas problemáticas, se utilizada a jurisprudência da Corte Interamericana como parâmetro.

GOMES (2012, n.p) entende que o primeiro problema que ocorreu no julgamento refere-se à duplicidade de funções exercidas pelo então Relator do processo, Min. Joaquim Barbosa, que atuara no processo como investigador e como juiz, eis que por óbvio, o juiz ao atuar inicialmente como parte no processo, fica mentalmente impedido, posteriormente, de atuar com a devida imparcialidade de julgador. Esta dupla função exercida pelo então relator Min. Joaquim Barbosa, é contrária a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem precedente importante sobre o tema (caso *Las Palmeras vs. Colombia*¹⁸). Nas palavras de GOMES (2012, n.p):

[...] no caso *Las Palmeras* a Corte Interamericana mandou processar novamente um determinado réu (na Colômbia) porque o juiz do processo era o mesmo que o tinha investigado anteriormente. Uma mesma pessoa não pode ocupar esses dois polos, ou seja, não pode ser investigador e julgador no mesmo processo. O Regimento Interno do STF, no entanto (artigo 230), distanciando-se do padrão civilizatório já conquistado pela jurisprudência internacional, determina exatamente isso. Joaquim Barbosa, no caso mensalão, presidiu a fase investigativa e, agora, embora psicologicamente comprometido com aquela etapa, está participando do julgamento. Aqui reside o primeiro vício procedimental que poderá dar ensejo a um novo julgamento a ser determinado pela Corte Interamericana.

Nos deteremos, merecidamente, a problemática referente ao debate de suposta violação do duplo grau de jurisdição, pelo STF, eis que todos os réus foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal, como instância inicial e única, nos termos do art. 102, I, “b” da Constituição Federal – em decorrência da regra constitucional do foro especial por prerrogativa de função.

¹⁸ Neste sentido, convém transcrever parte da decisão da Corte Interamericana (Caso *Las Palmeras Vs Colombia*, Sentencia de 6 de diciembre de 2001): “*En relación con el procedimiento disciplinario, efectuado por la Oficina de Investigación y Disciplina del Comando del Departamento de Policía de Putumayo en contra de los miembros de la policía que participar en el operativo, la Corte nota que el procedimiento duró cinco días desde que el oficial investigador inició la diligencia hasta que el comandante de policía, quien a su vez era el superior jerárquico de los agentes investigados, declaró cerrada la investigación y absolvió a los participantes de dicho operativo. En ese sentido, la Procuraduría Intendencial de Putumayo, la Procuraduría Delegada para la Defensa de Derechos Humanos, el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, y la Dirección General de Policía actuando como Juzgado de Primera Instancia, señalaron que el procedimiento disciplinario presentó irregularidades; se realizó en forma sumarísima; impidió el esclarecimiento de los hechos; y conllevó a la prescripción de la acción penal por el delito de prevaricato. Asimismo, la Corte observa que, en las circunstancias expuestas, el “juzgador” ejerció la doble función de juez y parte, lo cual no otorga a las víctimas o, en su caso, a sus familiares, las garantías judiciales consagradas en la Convención. La brevedad con que se tramitó este procedimiento disciplinario impidió el descargo de pruebas y únicamente la parte involucrada (los miembros de la policía) participó en el proceso* (CORTE IDH, 2001b).

Como não há instância superior ao STF, no Brasil, que possa exercer as vezes de tribunal recursal, todos os réus foram julgados apenas pelo STF sem direito a recurso, na exata principiologia do duplo grau de jurisdição.

Conforme apontado inicialmente, tal violação do direito ao recurso por parte dos réus é frontalmente contrária à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como à Convenção Americana.

A doutrina processual também diverge sobre a amplitude da garantia duplo grau de jurisdição. Para uns há a obrigatoriedade de o reexame ser feito por um órgão distinto e hierarquicamente superior. Para outros, há a admissão que, em exceção e em casos especiais, pode-se mitigar a garantia do duplo grau de jurisdição, e permitir que o órgão judicial *a quo* e *ad quem* sejam o mesmo, e de mesma hierarquia.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de entender que não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, e através de vários julgados vem reiterando seu entendimento.

Apesar de haver um movimento nacional que milita pela extinção do foro especial por prerrogativa de função¹⁹, e da Proposta de Emenda Constitucional nº 10/2013, de autoria do Senador Álvaro Dias²⁰, o foro especial por prerrogativa de função (foro privilegiado) ainda é vigente no ordenamento jurídico nacional. A Proposta foi aprovada por unanimidade no Senado (por 69 votos a 0) e encaminhada a Câmara dos Deputados, sendo numerada como PEC nº 333/2017. Até o término deste trabalho, a PEC foi recebida oficialmente na CCJ da Câmara em 29 de junho e, desde então, ainda não foi designado um relator para o texto.

Por si só, manter o foro privilegiado nas hipóteses de julgamento originário do STF, tal qual ocorrera no caso “mensalão”, significa manter uma posição do judiciário brasileira contrária a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, eis que toda vez que alguém for julgado pelo STF – como instância originária – não terá meios de efetivar seu direito ao recurso, garantido pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁹ Dentre eles podemos citar Luiz Guilherme Arcaro Conci (PUC-SP), Tulio Vianna (UFMG), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF), os ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Marco Aurélio Mello e Rosa Weber, o ex-ministro Joaquim Barbosa, além dos juristas Luís Flavio Gomes e Flávia Piovesan.

²⁰ A PEC 10/2013 altera os arts. 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns. Atualmente, a PEC está sob a pendência de votação no Senado. Na consulta pública disponível no site do Senado Federal, a concordância popular com a proposta é esmagadora, e atinge 99,6% dos votos computados até o momento (55.879 concordantes, e 184 discordantes) – informação colhida no sítio eletrônico: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>>.

3.1 Conceito e amplitude do duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição possibilita que a parte, ou um terceiro interessado, por meio de um recurso adequado, busque a revisão dos pronunciamentos com caráter decisório que sejam capazes de trazer prejuízo à parte.

Para NERY JUNIOR (2014, p.58), o princípio do duplo grau de jurisdição apresenta “íntima relação com a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de haver abuso de poder por parte do juiz, o que poderia em tese ocorrer se não estivesse a decisão sujeita à revisão por outro órgão do Poder Judiciário”.

Sobre o duplo grau de jurisdição, Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p.80) esclarecem que:

O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso [...]. Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança.

Os autores apontam que ainda existe parte da doutrina que é contrária ao princípio, negando sua característica de garantia constitucional, por falta de disposição expressa no texto constitucional. Para a doutrina que se posiciona contrária ao recurso, são invocadas três circunstâncias principais:

[...] a) não só os juízes de primeiro grau, mas também os da jurisdição superior poderiam cometer erros e injustiças no julgamento, por vezes reformando até uma sentença consentânea com o direito e a justiça; b) a decisão em grau de recurso é inútil quando confirma a sentença de primeiro grau, infringindo até o princípio da economia processual; c) a decisão que reforma a sentença da jurisdição inferior é sempre nociva, pois aponta uma divergência de interpretação que dá margem a dúvidas quanto à correta aplicação do direito, produzindo a incerteza nas relações jurídicas e o desprestígio do Poder Judiciário (CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, 2010, p.81).

Em que pesem os entendimentos contrários ao duplo grau de jurisdição, “é mais conveniente dar ao vencido uma oportunidade para o reexame da sentença com a qual não se conformou”. Além disso, é psicologicamente demonstrado que um juiz *a quo* tem um maior cuidado ao proferir a decisão judicial pois sabe que ela poderá ser reapreciada por um tribunal de instância superior.

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2010) apontam que a principal justificativa da existência e conservação, no ordenamento, do duplo grau de jurisdição é de natureza política, sendo que qualquer ato estatal deve ser objeto de controle. O duplo grau de jurisdição ainda ofereceria uma maior legitimidade aos julgadores, eis que os mesmos em nosso sistema não são eleitos com voto popular. Logo, é necessário que ao menos haja o controle interno das decisões judiciárias.

NERY JUNIOR (2014) ressalta que um dos principais argumentos que a doutrina utiliza para justificar o duplo grau é a falibilidade da pessoa, ou seja, a máxima de que errar é humano.

Tendo em vista a falibilidade do ser humano, não seria razoável pretender-se fosse o juiz homem imune de falhas, capaz de decidir de modo definitivo sem que ninguém pudesse questioná-lo em sua fundamentação ao julgar. De outra parte, nosso subjetivismo nos coloca naturalmente contra decisão desfavorável, de sorte que o sentimento psicológico do ser humano faz com que tenha reação imediata à sentença desfavorável, impelindo-o a pretender, no mínimo, novo julgamento sobre a mesma questão (NERY JUNIOR, 2014, p.60).

Modernamente, com a democratização da atividade jurisdicional na compreensão do processo justo, exige-se que tanto as partes, quanto o juiz, participem de forma ativa, de forma a superar os conflitos. Assim, a sentença do juiz passa a ser produzida da contribuição conjunta e ativa de todos os envolvidos no processo, deixando de ser uma vontade autoritária e isolada do juiz. Assim, ganhou status de princípio processual o reconhecimento da relevância da “comparticipação” de todos os sujeitos do processo – envolvendo juiz, autor, réu e auxiliares da justiça²¹ (SANTOS, 2012).

Com o advento do constitucionalismo no século XX, foi superado o modelo que retirava as partes da dinâmica participativa do processo, entregando seus interesses jurídicos ao judiciário, concebidos de forma isolada. Por óbvio, que o juiz tem o poder, como autoridade pública, de decidir qual interesse deve prevalecer no litígio. Contudo, entender o processo de forma democrática, significa que as partes devem ter a possibilidade de influenciar na formação da decisão judicial.

Humberto Theodoro Junior (2010, p.65), destaca a aplicação da chamada “comparticipação” entre o juiz e as partes:

²¹ Esta nova perspectiva do princípio do contraditório, advindo da doutrina alemã, objetiva fazer com que o processo seja uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), responsabilizando o Judiciário e as partes do processo pelos resultados deste.

[...] torna-se imperiosa a aplicação da chamada comparticipação entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca, que, levada a sério, conduziu à idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação e a decisões melhores construídas, levando à diminuição decorrente da utilização de recursos.

Desta forma, o princípio do contraditório, nesta perspectiva constitucional e democrática, tem tido releitura, superando-se uma visão estática, para dar a decisão judicial uma maior legitimidade, eis que possibilita as partes uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o conteúdo das decisões judiciais (BAUR, 1954.)

Justamente neste raciocínio é que se assenta o Novo Código de Processo Civil, em especial os artigos 5º, 7º, 9º e 10 – garantindo as partes uma efetiva participação processual.

Humberto Theodoro Junior, em prefácio a obra de Marina França Santos, entende que

[...] nas ações de competência originárias das instâncias superiores, porém, a ausência de recurso ordinário se explica pelo fato de o objetivo principal do duplo grau de jurisdição ser atendido de outro modo, qual seja, o de o provimento final se apresentar como produto de um julgamento coletivo, em que não apenas uma opinião decide a causa, mas a de vários e experientes juízes, já com assento nos órgãos superiores de jurisdição” (SANTOS, 2012, p.19).

Portanto, para Humberto Theodoro Júnior, o duplo grau de jurisdição é atendido nas hipóteses dos julgamentos realizados em única instância pelos tribunais superiores, em especial nas hipóteses de foro especial por prerrogativa de função. É atendido, mas de outra forma – pelo julgamento colegiado da causa.

Obviamente que tal forma de julgamento reduz o risco da falibilidade do juiz, eis que a causa ao passar pela análise de vários julgadores tem risco de menor de serem cometidos equívocos no ato da decisão judicial. Contudo, não se pode dizer que haja o comprimento da garantia do duplo grau de jurisdição²², ao menos na acepção tradicional do que envolve garantir o direito ao recurso.

Uma das justificativas da garantia do duplo grau de jurisdição é justamente o fato constatado de que os juízes, pela sua humanidade, são suscetíveis a erros, e o fato de se garantir o Recurso, tem como objetivo a redução deste risco de falibilidade.

²² Que compreende, como visto no item 3.1, a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.

Contudo, a ponderação da falibilidade do julgador, é apenas um aspecto justificador da garantia do duplo grau de jurisdição, e não é o único. Portanto, em pese o raciocínio invejável do mestre processualista mineiro, não nos filiamos ao seu pensamento.

3.2 O histórico do duplo grau de jurisdição

Uma das primeiras fontes literárias a tratar sobre o direito ao recurso é o contido na Bíblia, no livro de Lucas 25: 11-12, que diz: “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”.

Nas sociedades antigas em que prevaleciam o conteúdo religioso observou-se a ausência do instituto do recurso. Quando os julgadores se revelavam o sumo pontífice ou o rei, ou outra autoridade suprema social, não se poderia admitir que houvesse um recurso de suas decisões, pois tal irresignação só poderia ser dirigida a eles próprios.

Utilizando como ponto de partida a cultura romana, o duplo grau surgira em Roma, com os institutos da *supplicatio* e *appellatio*, em que o primeiro consistia em forma de se insurgir contra irregularidades no procedimento, a exemplo da correição parcial do processo penal, e aquela exercia a função da apelação aos moldes atuais, o recurso contra decisões sobre o mérito.

NERY JUNIOR (2014, p.59), nesse mesmo sentido, sobre o duplo grau, diz que “foram os próprios romanos que, sentindo a necessidade de haver novo julgamento sobre a causa já decidida, instituíram o duplo grau [...], após o período inicial do procedimento no direito romano clássico, onde era negado o exercício do direito de recorrer”. Aponta o autor, contudo, que há controvérsia quanto a entender pela existência, ou não, do duplo grau no direito romano, na forma a qual concebemos tal garantia atualmente.

Com a queda do Império Romano, e pela influência cultural das invasões bárbaras, os institutos romanos não foram mais praticados na Europa durante a Idade Média. As decisões eram tomadas por meio de assembleias populares, presididas por senhores feudais, sendo que tais decisões eram irrecorríveis (SANTOS, 2001).

Com o crescimento do poder dos reis, durante a Idade Média, a partir do século XII, o conhecimento dos institutos jurídicos romanos, preservado nos mosteiros, foram ressurgindo, sendo que as sentenças foram paulatinamente voltando a ser recorríveis, uma vez que os senhores feudais eram submetidos ao poder do monarca.

Com a consolidação dos Estados Nacionais, e o desenvolvimento do poder estatal, os estamentos sociais próximos ao rei, como o clero e a nobreza, foram agraciados com cargos de

juízes como forma de troca de favores ao rei. Com a maximização do poder do rei, e o advento do absolutismo, o “recurso” se mostrou um meio para o aumento dos lucros obtidos pelos juízes. Com isso, o número de recursos foi aumentado, e a função jurisdicional foi deturpada.

Neste sentido, vejamos a lição de Moacyr Amaral Santos:

Ocorreu, então, fenômeno inverso. Criaram-se juízes proprietários dos cargos, e esses, praticamente, se transformaram em proprietários da função judiciária. A irrecorribilidade das sentenças se substituiu a recorribilidade da generalidade das decisões, até de simples despachos, multiplicando-se os graus de jurisdição e, em consequência, os recursos. O sistema propiciava aos juízes o crescimento de suas rendas. Desmereceu-se a justiça, tornada objeto de comércio durante largos séculos. A reação contra a venalidade da justiça tomou corpo nos fins do século XVIII. Na Assembleia Constituinte Francesa debateu-se vivamente o assunto, chegando-se mesmo a sugerir a supressão dos recursos. Predominou, todavia, a ideia de mantê-los, subordinando-os ao sistema do duplo grau de jurisdição, que se estendeu às legislações dos povos contemporâneos (SANTOS, 2001, p. 89)

No antigo regime a revisão das decisões judiciais era feita por juízes da mesma instância, sendo que um juiz revisava as decisões de outro juiz. Constatou-se que apenas uma única instancia judiciária era incapaz de fazer o controle da atividade jurisdicional. Com a Revolução Francesa, o duplo grau de jurisdição foi consagrado, eis que o intuito era exercer novas formas de controle do papel exercido pelos juízes no Antigo Regime Absolutista francês (BARBOSA MOREIRA, 2003).

TÁVORA (2016, p.62) aponta a influência da Revolução Francesa, na consolidação do duplo grau de jurisdição: “é de se notar, de mais a mais, que esse princípio subsiste respaldado na tradição de uma política legislativa com raízes iluministas e que permeia a cultura forense brasileira”.

NERY JUNIOR (2014) aponta que logo após a Revolução Francesa, os juízes que exerciam o exame dos recursos eram tidos como de uma casta superior de juízes, com poderes inclusive sobre os juízes de primeiro grau.

Quando se estabelece nova ordem jurídica em determinada sociedade, a preocupação dos que assumem o poder é extirpar todo e qualquer resquício restante da ordem jurídica anterior. Foi nesse clima que, imediatamente após a revolução francesa, os então novos detentores do poder viam no recurso forma de elitismo, onde os juízes dos tribunais superiores seriam uma espécie de casta com poderes de mando sobre os magistrados de primeiro grau. Os opositores do duplo grau já assim se manifestavam quando da Assembleia Nacional Constituinte instalada logo em seguida à Revolução Francesa. No entanto, o Decreto de 1.5.1790 assegurou-o, prevendo recursos contra as sentenças dos juízes de primeiro grau, o que ficou definitivamente

estabelecido na grande lei sobre a organização judiciária, de 16-24 de agosto de 1790. No calor dos debates revolucionários, foi dado a lume o ato constitucional de 24.6.1793, que, atendendo à ideia então tida como liberal, estabeleceu em seu art. 87 que as decisões da justiça civil eram definitivas, sem o cabimento de qualquer tipo de recurso ou reclamação NERY JUNIOR (2014, p.59).

Pode-se ver, portanto, que para extirpar a ideia de uma sociedade de castas (um dos ideais da Revolução Francesa, e de todas as revoluções liberais do século XVIII e XIX), o direito ao recurso foi extinto. Contudo, cerca de dois anos depois, o direito ao duplo grau foi reavivado. Neste sentido, disserta NERY JUNIOR (2014, p. 59)

Felizmente a rebeldia dos revolucionários, neste particular, ficou vencida pelo bom senso e pela Constituição francesa de 22.8.1795 (*Constitution du 5 Fructidor an III*) (arts. 211, 218, 219), que estabeleceu o duplo grau de jurisdição vigente até os dias de hoje, tanto em França quanto na maioria dos países ocidentais.

A influência, e esta tradição, da garantia do duplo grau de jurisdição como importante componente do devido processo legal, prevê, portanto, que o direito ao recurso está incrustado implicitamente em nosso ordenamento jurídico.

O direito brasileiro, pela influência do direito português, seguiu as disposições processuais de sua nação colonizadora durante muito tempo. As Ordenações Afonsinas foram a primeira legislação a vigorar no território nacional, seguidas pelas Ordenações Manuelinas, e as Filipinas. Em todas as Ordenações havia o direito de recorrer. (LIMA, 2004)

Mesmo com a Declaração de Independência, o Brasil continuou a regulamentação das Ordenações Filipinas. Em 1850 o Código Comercial é aprovado, e nos termos do art. 27 do Código Comercial é criado o Regulamento nº 737, tratando sobre o sistema processual. A Consolidação das leis processuais civis foi outorgada em 1876, com a compilação do sistema de recursos (LIMA, 2004).

O histórico constitucional brasileiro demonstra que a garantia do duplo grau de jurisdição veio prevista nas Constituições anteriores, mesmo que atualmente a Constituição Federal de 1988 não traga nenhuma previsão expressa sobre a garantia ao duplo grau.

Para NERY JUNIOR (2014) a única Constituição brasileira que consagrou o duplo grau “de modo claro e irrestrito” foi a de 1824. Desta forma, a regra ilimitada do duplo grau vigorou até a Constituição Republicana de 1891, quando foi abolida, restando “a previsão do duplo grau como princípio genérico, mas não absolutamente sem fronteira (ob.cit, p.61).

A Constituição da República de 1891, dispunha no artigo 72, § 16 que “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas” (BRASIL, 1891, n.p).

A Constituição de 1934, em seu artigo 113, §24, também dispunha da mesma forma: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta” (BRASIL, 1934, n.p). A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 seguiu a mesma linha e assim dispôs em seu artigo 14,1 § 25: “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela [...]” (BRASIL, 1946, n.p).

Destaque especial merece a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, em art. 150, § 15, que dispunha: “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção” (BRASIL, 1967, n.p).

A EC nº 01/1969 manteve a redação do artigo, apenas mudando sua localização no corpo daquela constituição, sendo transposto para o artigo 153, § 15.

Mesmo com a característica antidemocrática da Constituição de 1967, e da EC nº 01/1969 que foi outorgada em um momento político conturbado, por haver à época um decreto impondo o “recesso” ilimitado do Congresso Nacional, e o Poder Executivo, que de *per si*, se autorizou a legislar sobre todas as matérias²³ constitucionais, notável é a disposição da vedação ao foro privilegiado, e a garantia ao duplo grau de jurisdição.

Mesmo que sabido, e provado pela Comissão da Verdade – cujo Relatório final²⁴ prova documentalmente as diversas violações a garantias processuais – que tal disposição constitucional da Constituição Federal de 1967 fora apenas letra “morta” da prática institucional

²³ A exposição de Motivos da Emenda Constitucional nº 01/1969, dispõe: “OS MINISTROS DA MARINHA DE GUERRA, DO EXÉRCITO E DA AERONÁUTICA MILITAR, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e CONSIDERANDO que, nos termos do Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968, foi decretado, a partir dessa data, o recesso do Congresso Nacional; CONSIDERANDO que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre todas as matérias, conforme o disposto no § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968; CONSIDERANDO que a elaboração de emendas à Constituição, compreendida no processo legislativo (artigo 49, I), está na atribuição do Poder Executivo Federal [...]”

²⁴ O Volume 1 do Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (CNV), cuja divulgação é pública e disponível para todas as pessoas, dispõe especialmente em sua parte III sobre a violação a direitos relacionados a ampla defesa, como a detenção (ou prisão) ilegal ou arbitrária; a tortura; Execução sumária, arbitrária ou extrajudicial, e outras mortes imputadas ao Estado; Desaparecimento forçado e ocultação de cadáver; O uso de meios ilegais, desproporcionais ou desnecessários e a falta de informação sobre os fundamentos da prisão; a incomunicabilidade do preso; as sistemáticas ofensas à integridade física e psíquica do detido e o esforço dos advogados em evitá-las; e sobre desaparecimentos forçados, dentre outras violações de direitos (http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf).

do Estado Brasileiro no período de 1964 a 1985, interessante a relação estabelecida pelo artigo art. 150, § 15, ao trazer a garantia da ampla defesa, com o direito ao recurso, e pela negação da existência do instituto do foro privilegiado e de tribunais de exceção.

Pode-se notar que há uma tradição constitucional brasileira em relação a garantia ao direito de recurso. Em praticamente todas as Constituições anteriores a de 1988 existiu disposição expressa do direito ao recurso, sem qualquer forma de exceção, e também vedando o instituto do foro privilegiado.

3.3 Foro Especial por Prerrogativa de Função (Foro Privilegiado)

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre competências especiais para o julgamento a membros de vários outros poderes, não apenas o judiciário. Ao Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos dos artigos 102, I, “b” e “c”, cabe julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM), do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), cabe o julgamento, nos termos do art. 105, I, “a”, nos crimes comuns, os Governadores de Estados e do Distrito Federal e, nestes e nos de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça, os membros de Tribunais de Contas dos Estados, TRFs, TRTs, TREs, Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios e agentes do Ministério Público que atuem nos Tribunais.

Aos Tribunais Regionais Federais, conforme o art. 108, I, “a”, cabe julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, dos Juízes Federais, Juízes do Trabalho, Juízes Militares e Procuradores da República, da área de sua jurisdição.

Os Tribunais de Justiça (dos Estados), conforme os artigos 29, X e art. 96, III, tem a função de julgar os Prefeitos, os Juízes de Direito e os membros do Ministério Público, Secretários de Estado e outras autoridades conforme previsão nas Constituições Estaduais.

O Tribunal Superior Eleitoral, nos termos do art. 29, VIII, tem a função de julgar os Juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais e, a estes, julgar os Juízes Eleitorais, nos crimes de responsabilidade.

E como forma de controle do Poder Judiciário, há a função atípica do Senado Federal, conforme o art. 52, I e II, para que julgue o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade.

Estas são as hipóteses constitucionais, cujo rol é taxativo, que se pode chamar de foro especial por prerrogativa de função.

3.4 Foro Privilegiado e Foro Especial por Prerrogativa de Função: diferenças e apontamentos críticos

O foro por prerrogativa de função é um benefício concedido àqueles que ocupam determinados cargos públicos/políticos, devendo ser processados e julgados por órgãos jurisdicionais diversos das que são julgadas as pessoas que não ocupam tais cargos. Geralmente, estes órgãos jurisdicionais são superiores.

O conceito de privilégio, segundo o dicionário Aurélio é:

Direito ou vantagem concedido a alguém, com exclusão de outros. 2 - Título ou diploma com que se consegue essa vantagem. 3 - Bem ou coisa a que poucos têm acesso. 4 - Permissão especial. 5 - Imunidade, prerrogativa. 6 - Qualidade ou característica especial, geralmente positiva (AURÉLIO, 2017)

O foro por prerrogativa de função é uma proteção destinada a um cargo público/políticos e não à pessoa, por isso não há, em uma primeira análise, violação a Constituição Federal, em especial ao princípio da isonomia.

No que tange à competência do foro especial por prerrogativa de função, o foro especial é destinado também a acusados que não gozam de foro especial na hipótese de haver concurso de pessoas, conforme o artigo 77, I e artigo 78, III do Código de Processo Penal. Mesmo que o Tribunal competente absolva o agente que usufrui do benefício do foro especial por prerrogativa de função em concurso de pessoas, ainda assim o referido Tribunal permanecerá competente para o julgamento de corréus que não tenham a mesma prerrogativa.

Neste trabalho, nos utilizamos por vezes dos termos foro privilegiado e foro especial por prerrogativa de função como sinônimos. Entretanto, há diferenças técnicas profundas e importantes entre os dois termos.

Como dito anteriormente o foro por prerrogativa de função se relaciona a função (geralmente pública) exercida, e o foro privilegiado é termo utilizado a uma diferenciação do

órgão julgador em atenção a interesses pessoais do acusado, não a uma função que este ocupa. A crítica que se faz é que não deve o foro especial por prerrogativa de função se assemelhar a uma forma de foro privilegiado. Neste sentido dispõe o julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no HC 88.536, de relatoria do Min. Marco Aurélio (julgamento em 25-9-2007, DJE de 15-2-2008): “A prerrogativa de foro, prevista em norma a encerrar direito estrito, visa a beneficiar não a pessoa, mas o cargo ocupado”.

TOURINHO FILHO (2013, p.137), traça a aludida diferenciação entre os termos ao dizer que “o privilégio decorre de benefício à pessoa, ao passo que a prerrogativa envolve a função”. Ao conceituar o instituto do foro especial por prerrogativa de função afirma MIRABETE (2000, p.67) que “dá-se tratamento especial não à pessoa, mas ao cargo ou função que exerce, de especial relevância para o Estado”.

A justificativa para a existência do foro especial, em virtude da prerrogativa de função, é de que o foro especial protege a função exercida e a atividade desenvolvida por estes cargos, logo não a pessoa seria privilegiada, mas o interesse público. Tanto que o foro especial por prerrogativa de função só pode ser mantido em caso de efetivo exercício funcional. Caso este cesse, não se aplicam as regras constitucionais e do processual penal do foro especial. Neste sentido é a Súmula 451 do STF que dispõe: “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional” (BRASIL, 2017).

Contudo, tal confusão e a utilização dos termos como se sinônimos fossem é compreensível no direito brasileiro atual, eis que há uma ampla abrangência das hipóteses constitucionais de foro especial por prerrogativa de função (como visto nos tópicos anteriores), e ao grande rol de pessoas públicas e políticas que o usufruem, pode haver a conclusão de que existe uma verdadeira classe de pessoas, a partir de seus cargos, que tem direito a foro especial.

É possível constatar que a ideia de privilégio esteve associada às Ordenações e aplicada no direito do Brasil Colônia. Entretanto, a concepção reservada para o privilégio não se confunde com a prerrogativa de função. Houve, entre nós, uma cumplicidade em prol do antigo privilégio de caráter pessoal e da prerrogativa de função de cunho objetivo, traduzindo-se numa sensação histórica de amordaçamento e comodismo, ou seja, o privilégio foi admitido enquanto o indivíduo vislumbrasse a possibilidade de um dia gozar da mesma benesse. A concessão em demasia do foro por prerrogativa de função por intermédio de lei ou da Carta Estadual leva a sua descaracterização, o que torna o tema susceptível às críticas e, principalmente, reflexões sobre a sua extinção (BELÉM, 2008, p.158).

Portanto, em verdade, tratar atualmente foro privilegiado e foro especial por prerrogativa de função como sinônimos significa entoar criticamente o instituto do foro especial segundo o raciocínio acima.

3.5 O “privilégio” na história brasileira e as origens do instituto do foro especial por prerrogativa de função

Para adentrarmos a uma abordagem sobre o foro especial por prerrogativa de função e o termo coloquial que o identifica entre a maior parte da população – foro privilegiado - inicialmente devemos fazer uma abordagem histórica sobre as origens do privilégio, tanto no âmbito político, quanto no social e jurídico.

Em especial, buscou-se investigar a motivação e quais as influências para a existência de regras desta natureza (geralmente pessoas alinhadas com o poder constituído), as fontes normativas inspiradoras das disposições constitucionais sobre o instituto, as disposições sobre o instituto nas Constituições Brasileiras, bem como uma breve análise sobre como o instituto do foro especial é disciplinado em outros países (direito comparado).

BELÉM (2008) aduz que na Grécia e em Roma a ideia do privilégio para tratamento jurídico de determinadas situações se relacionava com a vida política, por exemplo, na atribuição de privilégios as pessoas que desempenhavam funções de julgadores, ou pessoas do alto escalão político, como em Roma com os Senadores.

De uma forma geral, na Idade Média, ao que convencionou chamar de mundo ocidental²⁵, vigorava um sistema em que as relações sociais eram calcadas na desigualdade, pelo evidente desnivelamento entre os senhores feudais e os vassalos. Logo, não prosperava a ideia de igualdade entre os membros de uma sociedade.

Enquanto inexistente o preceito concernente à igualdade, todas as relações sociais tiveram perspectiva em hipóteses que preservaram a superioridade e que possibilitaram a formação de privilégios na órbita penal e processual – foros especiais –, como se deduz dos julgamentos efetivados pela *Curia Regis* e a Corte dos Pares. É positiva a constatação de foros especiais nas

²⁵ Mundo ocidental, civilização ocidental ou simplesmente Ocidente é um termo que se refere a diferentes nações, dependendo do contexto. Não há consenso sobre a definição das semelhanças desses países, além de terem uma população significativa de ascendência europeia e de terem culturas e sociedades fortemente influenciadas e/ou ligadas pela Europa. O conceito da parte ocidental do mundo tem sua origem na civilização greco-romana na Europa, com o advento do cristianismo. No sentido cultural contemporâneo, o mundo ocidental inclui a maior parte da Europa, além de muitos países de origem colonial europeia nas Américas e na Oceania, como Estados Unidos, Canadá, México, Argentina, Brasil, Chile, Austrália, Nova Zelândia, entre outros.

Constituições de Clarendon de 1164, materializando-se no primeiro documento político a reconhecer que um “comandante-em-chefe do rei” ou um “oficial do governo do rei” tinham a limitação quanto à deflagração de processos pela Igreja contra os mesmos, o que identifica uma circunstância bem semelhante à estrutura do foro por prerrogativa nos moldes propostos pelo ordenamento constitucional moderno. Todo o processo histórico que determinou a restrição aos privilégios, numa visão abstratamente considerada, em síntese, possibilitou que a Inglaterra editasse vários textos normativos (*Magna Charta Libertatum* de 1215, *Petition of Right* de 1628, Lei de Habeas Corpus de 1679, *Bill of Rights* de 1689 e Ato de 156 Estabelecimento de 1701) em busca da contenção dos privilégios reais e de uma imperceptível afirmação dos direitos de uma classe e, posteriormente, de toda a sociedade inglesa (BELÉM, 2008, p.155).

No Brasil-Colônia, privilégios sociais e jurídicos eram concedidos as pessoas vinculadas a Igreja, em especial o Santo Ofício nos tempos da Inquisição. Conforme SILVA (2005) os privilégios concedidos aos “familiares”²⁶ da Inquisição datam de 1685, com reedições em 1787 e até 1815. Contudo, desde 1562, já havia uma lei que isentava os mesmos de não pagarem pedidos e empréstimos solicitados para sua residência. A municipalidade também não poderia agir “contra suas vontades”, nem lhe tomar seu pão, vinho, roupas, palha, cevada, lenha, galinha e ovos. Os familiares também podiam usar armas “defensivas e ofensivas” (ob.cit, p.160). Em 1580 lhe foi concedido o foro privativo, e em 1584 foram autorizados a receberem alvarás de fiança.

A investigação dos fatores que motivaram a paulatina modificação e a diversidade quanto à abordagem do privilégio nos países influenciados pela Common Law onde a cisão do Estado com a Igreja fomentou uma maior resistência a sua existência, ao contrário, portanto, do conjunto de normas elaboradas na Península Ibérica (Leis das *Siete Partidas* e das Ordenações) que foram sublinhadas pela influência do Clero e, conseqüentemente, diversas inserções nos textos normativos em favor do privilégio (BELÉM, 2008, p.20).

Em relação ao foro privativo dos “familiares”, SILVA (2005) ressalta que haviam várias exceções, conforme o Alvará de 20 de janeiro de 1580. Tanto nas ações penais quanto nas cíveis, em que fossem parte, seriam seus juizes os inquisidores do Santo Ofício. Os familiares

²⁶ O termo se relaciona aos que pertenciam à família dos inquisidores, prestando-lhes serviços. No caso português, os Familiares aparecem antes do próprio estabelecimento da Inquisição, designados nas Ordenações Afonsinas como meirinhos ou alcaides. As principais funções dos Familiares eram ligadas à máquina policial do Santo Ofício, cabendo-lhes executar as prisões de suspeitos de heresia, sequestrar os bens dos condenados, nos crimes em que coubesse confisco, e efetuar diligências a mando dos inquisidores. Havia ainda, familiares médicos, que examinavam os presos e avaliavam sua resistência à tortura. Exerciam, também, função precípua nos célebres Autos-de-fé, trajados com pompa, ladeando os penitentes em procissão e os condenados até o cadafalso.

só seriam julgados pela justiça comum em crimes de lesa majestade, motim, quebramento de cartas régias, desobediência as ordens do soberano, arrombamento de casa, igreja ou mosteiro, desacato qualificado contra o rei, e no caso de crimes cometidos no exercício do ofício ou cargos da república²⁷.

Outros privilégios concedidos a pessoas, no Brasil, relacionados a foro especial, é o dos “cavaleiros da procissão do Corpo de Deus”, destinada a pessoas que compunham as festividades oficiais do *Corpus Christi*. Segundo SILVA (2005), ser cavaleiro nesta procissão representava uma questão de prestígio social, e a posição em que a pessoa se postava na procissão também representava o seu lugar hierárquico social. Em relação aos diversos privilégios que gozavam, além da isenção de determinados tributos, havia a prerrogativa de serem julgados apenas pelo Juízo dos Cavaleiros, sem exceção. Mesmo nas ações penais, se a justiça comum (justiça secular) tivesse prova da culpabilidade de cavaleiro, tais provas deveriam ser remetidas ao juiz dos cavaleiros, ou seja, a justiça eclesiástica do Tribunal do Santo Ofício.

Interessante que os cavaleiros, detentores de foro privilegiado, havia a garantia do duplo grau de jurisdição, eis que haviam não duas, mas três instâncias recursais.

Estes tinham direito de apelação em três instâncias: do juiz geral das Ordens podiam apelar para a Mesa da Consciência e Ordens, e desta finalmente para o rei como cheque supremo delas. Quando condenados, jamais sofreriam castigos públicos pelas ruas e, em casos de crimes graves, perdiam sua qualidade de cavaleiros antes de receber o castigo (SILVA, 2005, p. 209).

Pode-se, portanto, enxergar na história do Brasil, que o foro privilegiado sempre foi corriqueiro em tempo de Brasil-Colônia, conforme determinava a legislação eclesiástica que vigorava à época nos países que instituíram a Inquisição, em atrelamento a Igreja Católica.

Com o fim do absolutismo europeu, e a independência dos Estados Unidos da América, em decorrência do prolongamento das situações de desigualdade inerentes a uma sociedade de castas, a sociedade ocidental teve forte tendência a eliminar todas as formas de privilégios que vigoravam até então.

²⁷ “Os critérios do Santo Ofício para a aceitação dos candidatos a familiares eram diferentes dos da Mesa da Consciência e Ordens em relação aos aspirantes a cavaleiros. No primeiro caso interessava sobretudo a limpeza de sangue, saber ler e escrever, ser capaz de se encarregar de averiguações secretas, possuir bens de fortuna. Pouco importava que alguém como, por exemplo, Agostinho de Crasto Ribeiro, e 25 anos, morador na Praia, cidade da Bahia, em 1709, fosse ‘mercador de lógea’ e não de sobrado. A qualidade mecânica não afetava a decisão do Santo Ofício, ao contrário do que ocorria com a Mesa das Ordens. Também não o prejudicava o fato de ser filho de padre, desde que tivesse bom procedimento” (SILVA, 2005, p. 161).

[...] evidentemente, em virtude do prolongamento destas situações de desigualdade, o advento da Declaração de Direitos de Virgínia de 1776 consolidado com a emissão da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789 exerceu, cada qual, uma forte contribuição para a eliminação de toda a gama de privilégios existentes na esfera da sociedade, a par de proclamar a ideia de valorização do ser humano sem retrocessos. Embora o privilégio não guarde equivalência com a prerrogativa de função, não se pode chegar ao exame do mesmo, sem antes pesquisar a sua tradição normativa, ou seja, o sistema do qual fazia parte (BELÉM, 2008, p.05).

O modelo jurídico e social que advieram com a Revolução Americana e a Francesa proporcionaram o afastamento dos privilégios, mediante o estabelecimento da igualdade liberal, de molde formal. Logo, o estado liberal do início do século XVIII não era compatível com privilégios legais estabelecidos à pessoa.

Mesmo com o avançar dos séculos, no Brasil, na maior parte do século XVIII ainda houveram privilégios legais para determinadas pessoas. Apesar da vitória liberal na Europa e na América do Norte, o Brasil ainda vivenciou o período imperial, com todos os privilégios inerentes, pela vinda da família real, em 1808. Logo, a ideia de justiça privilegiada e foro privilegiado prosseguiram. Exemplo disso é o Alvará de 4 de maio de 1808, que criou o cargo de juiz conservador da Nação Britânica, em que um juiz brasileiro era escolhido pelos súditos ingleses residentes no local da jurisdição, mediante aprovação pelo embaixador, ou ministro, da Grã-Bretanha, para que houvesse a aprovação pelo príncipe-regente do nome indicado²⁸ (CARNEIRO, 2010).

²⁸ A Redação do artigo X do Tratado de Comércio e Navegação, de 19 de fevereiro de 1810 ratifica o teor do Alvará de 4 de maio de 1808 dispondo o seguinte: “Artigo X - Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal, desejando proteger, e facilitar nos Seus Domínios o Comércio dos Vassallos da Grande-Bretanha, assim como as Suas relações, e comunicações com os Seus próprios Vassallos, há por bem conceder-lhes o Privilégio de Nomearem, e terem Magistrados Especiais, para obrarem em seu favor como Juizes Conservadores naqueles Portos e Cidades dos Seus Domínios em que houverem Tribunais de Justiça, ou possam ser estabelecidos para o futuro. Estes Juizes julgarão, e decidirão todas as Causas, que forem levadas perante eles pelos Vassallos Britânicos, do mesmo modo que se praticara antigamente, e a sua Autoridade, e Sentenças, serão respeitadas. E declara-se serem reconhecidas, e renovadas pelo presente Tratado as Leis, Decretos e Costumes de Portugal relativos à Jurisdição do Juiz Conservador. Eles serão escolhidos pela pluralidade de votos dos Vassallos Britânicos que residirem, ou comerciarem no Porto, ou Lugar, em que a Jurisdição do Juiz Conservador for estabelecida; e a Escolha assim feita será transmitida ao Embaixador, ou Ministro de Sua Majestade Britânica Residente na Corte de Portugal; para ser por ele apresentado a Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal, a fim de obter o Consentimento, e Confirmação de Sua Alteza Real; e no caso de não a obter, as Partes Interessadas procederão a uma nova Eleição, até que se obtenha a Real aprovação do Príncipe Regente. A remoção do Juiz Conservador, nos casos de falta de Dever, ou de Delito, será também efetuada por um Recurso a Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal por meio do Embaixador, ou Ministro

Para BELÉM (2008, p. 156) “[...] a visão normativa Portuguesa, sem dúvida, alicerçou a consciência sociocultural do Brasil Colônia e até hoje influencia na maneira de o povo visualizar a concessão de prerrogativas como uma suposta e desmedida outorga de privilégios”. O autor, em sua conclusão, entende que as práticas jurídicas e sociais entre Portugal e o Brasil Colônia, deixa “evidente a criação de um padrão normativo que se esmerou pela proteção dos nobres, ocupantes de cargos mais importantes na Coroa e até dos seus empregados, realçando as diferenças entre os jurisdicionados quanto à prática dos crimes e à aplicação das penas” (ob. cit, p. 157).

Com a independência do Brasil, as definições sobre os foros especiais ficaram a cargo da Constituição. Desta forma, convém apontar, de forma breve, o tratamento constitucional acerca do foro privilegiado, mediante análise de todas as Constituições brasileiras.

3.5.1 O foro especial por prerrogativa de função nas Constituições Brasileiras

Como visto, no período em que o Brasil era colônia portuguesa, o estabelecimento do foro especial por prerrogativa de função se deu em virtude de posições sociais abastadas, pela condição de nobreza das pessoas, ou pela colaboração com a Igreja em tempos de Inquisição. A Constituição Imperial de 1824 é exemplar no que atine a isto, e previa de forma clara, no artigo 179, XVII, que haviam determinadas pessoas, privilegiadas apenas por esta condição, que seriam julgadas por “juízos particulares”.

Artigo 179 [...]

[...] XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões espeziaes nas Causas civeis, ou crimes (BRASIL, 1824).

Considerando os apontamentos sobre o termo “foro privilegiado” e os cuidados devidos com a utilização do termo em sentido sinônimo a foro especial por prerrogativa de função, vejamos como as Constituições Brasileiras, ao longo da história, dispuseram sobre as possibilidades de foro especial em decorrência do exercício de certas funções – geralmente públicas.

Britânico Residente na Corte de Sua Alteza Real. Em compensação desta Concessão a favor dos Vassallos Britânicos, Sua Majestade Britânica Se obriga a fazer guardar a mais estrita e escrupulosa observância aquelas Leis, pelas quais as Pessoas, e a Propriedade dos Vassallos Portugueses, residentes nos Seus Domínios, são asseguradas e protegidas; e das quais eles (em comum com todos os outros Estrangeiros) gozam do Benefício pela reconhecida Equidade da Jurisprudência Britânica, e pela Singular Excelência da Sua Constituição” (CARNEIRO, 2010, p. 325).

A Constituição da Independência brasileira, de 1824, evidentemente, por manter a monarquia como forma de governo, concedia foro privilegiado a todos os membros da Família Imperial, dentre outras autoridades, nos termos do artigo 47. Ou seja, trata-se de foro privilegiado em sentido estrito, eis que a família real possuía tal condição diferenciada para o julgamento em razão apenas de sua condição pessoal.

Art. 47. E' da attribuição exclusiva do Senado

I. Conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura.

II. Conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e Conselheiros de Estado (BRASIL, 1824).

Com o advento da República, e o fim do Império, juntamente com a escravidão dos negros, os ideais das Revoluções do século XVIII finalmente influenciaram o Brasil do século XIX. Segundo BELÉM (2008), a Revolução Americana e o constitucionalismo americano fizeram por consolidar um direito de resistência do modelo lockiano, e com isso, o afastamento de privilégios, mediante a proclamação da igualdade. Neste sentido, a Constituição Americana (em especial pelo seu artigo III, seção II) influenciou a primeira Constituição Republicana Brasileira (1891).

ARTIGO III

Seção 1

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.

Seção 2

A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá

jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer. O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei (EUA, 2017b).

Como se pode ver, há o estabelecimento da competência originária da Suprema Corte dos Estados Unidos, todavia as hipóteses se relacionam as relações externas que envolvam aquele país, e não hipóteses internas, de pessoas que exercem determinados cargos de maior importância. A Constituição Americana também enfatiza também que, fora tais exceções, sua função é recursal.

Neste sentido, BELÉM (2008, p.84) afirma que a Constituição da República de 1891 significou o afastamento da herança normativa de Portugal, em uma visível aproximação da cultura jurídica norte-americana:

A nossa herança normativa portuguesa, no que diz respeito aos privilégios restou definitivamente afastada com o surgimento da Constituição da República de 1891, embora os fatores que propiciem o aumento inconcebível na concessão do foro por prerrogativa de função tenham as suas raízes em todo o processo histórico e antropológico vivenciado pelo homem brasileiro. A necessidade de materializar o princípio republicano concernente à responsabilidade política dos agentes públicos fez com que a Constituinte de 1890 reproduzisse o impeachment da Carta Americana e, concomitantemente, pusesse em prática a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar Presidente da República e os Ministros de Estados, hipótese não prevista na Carta Americana, mas, cujos parâmetros foram pinçados na Constituição Portuguesa.

Na Constituição Republicana de 1891, portanto, houve a previsão de foro especial para o Presidente da República, cabendo a Câmara dos Deputados a declaração de procedência da ação, devendo ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal em caso de crime comum, e pelo Senado por crime de responsabilidade, nos termos do artigo 53.

Art. 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado (BRASIL, 1891).

Havia foro especial também para os Ministros de Estados, que deveriam ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal (crimes comuns e de responsabilidade), e pela autoridade competente, nos casos de crimes conexos com os do Presidente da República, nos termos do

art. 52, *caput* e § 2º. Além disso, ao Supremo Tribunal Federal, caberia julgar originariamente os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade nos termos do art. 59, I, “b”.

Art 52 - Os Ministros de Estado não serão responsáveis perante o Congresso, ou perante os Tribunais, pelos conselhos dados ao Presidente da República.

[...]

§ 2º - Nos crimes, comuns e de responsabilidade serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento deste

Art. 59 - À Justiça Federal compete

- Ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originária e privativamente

b) os Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade (BRASIL, 1891).

Com a Constituição da República de 1934, especialmente no que tange ao Supremo Tribunal Federal²⁹, ficou definido que este deveria julgar o Presidente da República e seus próprios componentes pelos crimes comuns, e deveria julgar os Ministros de Estado e outros elencados no art. 76, 1, “b” por crimes comuns e de responsabilidade.

Art 76 - A Corte Suprema compete:

1) processar e julgar originariamente:

a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns;

b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61 (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1937, do Estado Novo varguista, concedia foro privilegiado aos Ministros de Estado, prevendo que o Supremo Tribunal Federal era competente para julga-los pelos crimes comuns e de responsabilidade. Ao STF cabia ainda o julgamento originário de seus próprios componentes e dos Ministros de Estado (BRASIL, 1937).

Art. 89 - Os Ministros de Estado não são responsáveis perante o Parlamento, ou perante os Tribunais, pelos conselhos dados ao Presidente da República.

[...]

²⁹ O Supremo Tribunal Federal, na nomenclatura desta Constituição era nominado “Corte Suprema”.

§ 2º - Nos crimes comuns e de responsabilidade, serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento deste.

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

- a) os Ministros do Supremo Tribunal;
- b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do § 2º do art. 89 e no art. 100;

A Constituição de 1946 também trouxe várias definições de foro especial por prerrogativa de função. Em especial, o Supremo Tribunal Federal teve sua competência alargada, sendo competente para julgar, originariamente, os Ministros de Estado nos crimes comuns e de responsabilidade; o Presidente da República, seus Ministros e o Procurador-Geral da República, nos crimes comuns; os Ministros de Estado, os Juizes dos Tribunais Superiores Federais, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente, nos crimes comuns e nos de responsabilidade.

Art. 92 - Os Ministros de Estado serão, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pelos órgãos competentes para o processo e julgamento deste.

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

- a) o Presidente da República nos crimes comuns;
- b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns;
- c) os Ministros de Estado, os juizes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, do Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do artigo 92 (BRASIL, 1946).

A Constituição de 1967, com as alterações da Emenda nº 01/1969, também traz diversos dispositivos sobre o foro por prerrogativa de função, ampliando a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de pessoas com foro privilegiado, colocando para além do rol das hipóteses da constituição anterior, o julgamento de deputados e senadores por crimes comuns, nos termos do artigo 119, I, “a” e “b” (BRASIL, 1969).

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente;

a) nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República;

b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no item I do artigo 42, os membros dos Tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

No Inquérito nº 687-4 SP que tramitou no Supremo Tribunal Federal, interessante mencionar trechos dos votos dos ministros Sydney Sanches e Sepúlveda Pertence, em que fazem uma análise histórica, e constitucional, do instituto do foro especial por prerrogativa de função, e ainda uma análise relacionada ao direito comparado.

Segundo o Min. Sydney Sanches, (BRASIL, 2017, p.02) “não se pode deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo”. Aduz também o Ministro sobre o instituto em análise ao direito comparado: “[...] aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição Brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado”.

Neste julgado, a exposição do ministro visava o cancelamento da Súmula 394 do STF que assim dizia: “Súmula 394: Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício” (BRASIL, 2017). Interessante notar que tal súmula foi aprovada na Sessão Plenária de 03/04/1964, dias após o Golpe Institucional que destituiu o então legítimo presidente João Goulart. O cancelamento da Súmula se deu por vários julgamentos, e especialmente pelo Inquérito nº 687 (DJ de 09/11/2001)³⁰.

Em julgamento relacionado à Súmula 394 do STF, o relator Min. Sydney Sanches faz uma análise da competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar parlamentares (no caso dos autos tratava-se do então deputado federal Jabes Pinto Rabelo), em comparação as hipóteses de foro especial previstas na Constituição Federal de 1946 – eis que aludida súmula fora criada sob a égide de tal Constituição.

³⁰ Informações detalhadas no portal eletrônico do STF:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=394.NUME.%20NAO%20S.F.LSV.&base=baseSumulas>>.

Alude o Ministro: “[...] Essa orientação jurisprudencial da Corte resultou de interpretação dos artigos 59, I, 62, 88, 92, 100, 101, “a”, “b” e “c”, 104, II, 108, 119, VII, 124, IX e XII, da Constituição Federal de 1946, e, ainda, das Leis nºs 1.079/50 e 3.258/59”. Após a transcrição dos citados artigos, pondera o relator:

Como se vê, dos dispositivos da Constituição Federal de 1946, indicados como justificadores da Súmula 394, nenhum deles cuidou de atribuir competência originária ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar deputados federais, ou senadores, por crimes comuns praticados durante o exercício do mandato. Muito menos qualquer deles esclareceu que, mesmo depois de exercidos o cargo ou mandato, subsistiria a prerrogativa de foro perante esta Corte, em qualquer das hipóteses em que ela foi expressamente indicada na Constituição. [...] Até porque durante a vigência da Constituição de 1946, os parlamentares não gozavam dessa prerrogativa de foro (BRASIL, 2017).

No voto do Min. Sepúlveda Pertence, ao discordar do Min. Sydney Sanches em relação a existência no direito comparado do instituto do foro por prerrogativa de função, este aduz:

[...] são numerosas as Constituições e leis que o preveem [...], Estados Unidos (art. III, Seção 2) e da Argentina (atual art. 100) – que o limitam ao julgamento dos embaixadores e membros das representações estrangeiras (a título de exemplo, na Espanha, Const., arts. 71, 4 e 102, 1 e *Ley Organica del Poder Judicial*, art. 57, 2º e 3º; na França, Const., art. 67; na Itália, Const., arts. 96 e 134; em Portugal, art. 133, 4 e também o C. Pr. Pen., art. 11, 1 a e 2 a e 12.1, a; na Venezuela, art. 215, 1º e 2º). É certo também que o maior número das ações penais de competência originária do Supremo Tribunal cresceu significativamente, como seria fatal, quando a prerrogativa de foro se estendeu aos membros do Congresso Nacional (que só a haviam tido na Constituição do Império, onde o art. 47, § 3º, confiava ao Senado o julgamento dos delitos individuais de Senadores e Deputados): hoje, nesse ponto, só pude encontrar regra semelhante na Constituição da Espanha (art. 71, 4); na Venezuela (Const. art. 215, 1º e 2º), com relação a parlamentares e outras autoridades [...]. Na Itália, por exemplo, a redação primitiva do art. 134 da Constituição adstringia a competência da Corte Constitucional para julgar os Ministros de Estados aos crimes ministeriais. [...] E enquanto durou essa competência por prerrogativa da função dominou sem reservas a sua extensão ao julgamento dos ex-ministros. [...] a prerrogativa de foro dos Ministros foi depois abolida, restringindo-se ao Presidente da República (LC 1/89) [...]. Na França, a Constituição de 1958 (art. 68, 2) restringiu a competência da *Haute Cour de Justice* aos crimes funcionais dos ministros [...]. A Constituição da Espanha, é certo, tal como a nossa, não restringe aos delitos *propter officium* a competência da Sala Penal do Tribunal Supremo para os processos criminais contra Deputados e Senadores (art. 71, 3) ou contra o Presidente e os demais membros do Governo (art. 102, 2) (BRASIL, 2017).

E continua o Ministro em outro trecho:

Mas, é preciso enfatizar de logo e definitivamente que não está em discussão o instituto constitucional da prerrogativa de foro. *De lege ferenda*, participo mesmo em grande parte das preocupações republicanas daqueles como o nosso atual e nosso iminente Presidentes – os Ministros Celso de Mello e Carlos Velloso – que se tem proclamado seus radicais adversários (BRASIL, 2017).

O foro por prerrogativa de função para os Congressistas (deputados federais e senadores), conforme a atual redação da Constituição (art. 102, I, b), foi instituído em 1824 pela Constituição Imperial, e extinto da Constituição Republicana de 1891, e de todas as outras que seguiram, só retornando por meio da Emenda Constitucional nº 01/1969 – dentro de um período não democrático.

Portanto, o modelo brasileiro do foro por prerrogativa de função, em hipóteses tão amplas, não é seguido pelos outros países do mundo. Os poucos países que estabelecem foro especial por prerrogativa de função, e estabelecem a competência originária da Corte Máxima do país são exceções, e ainda assim em hipóteses bem mais sumárias do que a Constituição Federal brasileira de 1988.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, conforme visto acima, traz um rol extenso de agente políticos que detém o foro especial por prerrogativa de função. Ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, foi determinado o julgamento originário de diversas pessoas com foro privilegiado, em decorrência da função.

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

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (BRASIL, 1988).

Portanto, apresentando como o instituto do foro privilegiado foi tratado nas Constituições brasileiras, e como ele é disciplina atualmente, resta evidente que as hipóteses de competência especial para processar e julgar determinadas pessoas que ocupam certos cargos públicos/políticos é bastante extensa. Se a análise se restringir às hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal tem a competência originária para processar e julgar, o rol ainda continua bastante extenso. O problema que nos ocuparemos adiante, é que a manutenção de todo um

arcabouço legal do estabelecimento de competência originária ao STF (nas causas penais), traz ao sistema jurídico brasileiro uma inevitável violação ao que determina a Convenção Americana de Direitos Humanos.

3.6 A diferenciação das normas jurídicas em regras e princípios e o duplo grau de jurisdição

ALEXY (2015), entende, ao estudar a atividade judicante do Tribunal Constitucional Federal alemão, que os direitos fundamentais, usualmente, possuem caráter de princípios. Por vezes, uma mesma problemática jurídica envolve mais de um único princípio. Por isso os mesmos podem colidir, sendo necessária, portanto, uma solução de ponderação para que um deles possa sobressair em relação a outro.

Tanto as regras quanto os princípios podem ser resumidos sob o conceito de norma, conforme ressaltado por CANOTILHO (1997), por dizerem o que deve ser. Logo são “juízos concretos de dever-ser, mesmo quando são diferentes” (MOTTA, 2003, p.150). A diferença reside na diferença entre estes dois tipos de norma, já que ambas expressam a proibição ou permissão em sua formulação.

Robert Alexy considera a distinção de regras e princípios como sendo a diferença teórico-estrutural mais importante para a teoria dos Direitos Fundamentais. Entende como sendo a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos Direitos Fundamentais. Acredita que sem ela não se encontraria uma teoria adequada para os limites, colisão e até uma teoria suficiente sobre o papel dos Direitos Fundamentais no sistema jurídico (MOTTA, 2003, p. 149)

O critério utilizado por Alexy para fazer a diferenciação considera que não existe apenas uma diferença gradual, entre princípios e regras, mas também uma diferença qualitativa. Assim, entende que os princípios são normas “que ordenam a realização de algo da forma mais completa possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes” (MOTTA, 2003, p.151).

Portanto, para ALEXY (2015), os princípios são entendidos como “mandados de otimização”. Logo podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das possibilidades reais e jurídicas. A ideia de mandado, que permite ou proíbe algo, tem natureza deontológica, ou seja, do que é obrigatório, e não de natureza axiológica. Os princípios, por isso, não têm enumeração taxativa, embora haja um rol de princípios que são normalmente identificados.

Logo, os princípios têm eficácia jurídica e aplicação direta e imediata, servindo de dutos para a comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico. As regras, por outro lado, são normas que podem ser cumpridas ou não. Ao se considerar uma norma válida, se fará apenas aquilo de tal norma determina, dentro dos exatos limites desta norma. Por isso que se justifica o maior teor de abstração dos princípios.

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da "Teoria dos Direitos Fundamentais" é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais - as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 588).

DWORKIN (2002, p. 30) aborda a mesma diferenciação, e entende que a diferença entre “princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”.

Ademais, DWORKIN (2002) diferencia os princípios das regras pois aqueles têm uma dimensão do peso ou importância. Outrossim, havendo uma colisão de princípios, deve-se adotar a ponderação, verificando-se o peso ou importância, e mitigar (mesmo que temporariamente) um princípio em face de outro. Em relação às regras, caso estas estejam em conflito, deve-se entender que estas são aplicáveis de forma a serem tudo-ou-nada. Devido ao que uma regra determina, pode-se dizer que tal regra é válida (e a decisão judicial no caso concreto diz que ela deve ser aceita), ou não é válida, não contribuindo como fundamentação da decisão.

Para CANOTILHO (1997) as regras e princípios são duas espécies de normas jurídicas, sendo a distinção entre regras e princípios “é uma distinção entre duas espécies de normas” (ob. cit, p. 1160). Para o constitucionalista português saber como diferenciar, no âmbito normativo, regras e princípios é uma tarefa complexa. Existem vários critérios sugeridos para se aferir esta diferenciação: a) grau de abstração; b) grau de determinabilidade; c) caráter de fundamentalidade; d) proximidade da ideia de direito; e) natureza normogênica.

CANOTILHO (1997) argumenta que a complexidade da diferenciação se dá pelo não esclarecimento devido de duas questões fundamentais: a primeira, saber se os princípios tem função retórica-argumentativa ou se são normas de conduta; e a segunda, identificar se entre

princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo a mesma “família e havendo diferença do grau, ou se, há uma diferenciação qualitativa entre princípios e regras.

O autor afasta desta abordagem diferenciadora os chamados *princípios hermenêuticos*, que tem função argumentativa ou podem “revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado Legislativo” (ob. cit, p.1161).

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida. [...] Os princípios coexistem, as antinômicas excluem-se. Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação e de harmonização, pois eles contém apenas exigências ou standards que, em primeira linha, devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.

Para que possamos concluir o raciocínio na defesa de que o duplo grau de jurisdição deve ser compreendido como regra, e não princípio, devemos avançar na abordagem da obra de Canotilho. O mesmo, propõe uma classificação (tipologia) de princípios, estabelecendo quatro tipos diferentes de princípios.

Nesta classificação, os princípios jurídicos fundamentais, seriam os que “pertencem a ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”. Os princípios políticos constitucionalmente conformadores “explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”. Os princípios constitucionais impositivos são aqueles que “impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e tarefas”. E por fim, os princípios-garantia, que “visam instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e força determinante [...] Estes princípios traduzem-se no estabelecimento direto de garantias para os cidadãos” (CANOTILHO, 1997, p. 1165-1167).

Sobre os princípios-garantia CANOTILHO (1997, p. 1167) afirma ainda que tais princípios são chamados “de ‘princípios em forma de norma jurídica’ e consideram o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação [...] a título de exemplo, os princípios de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, non bis in idem* e *in dubio pro reo* e do juiz natural”.

Assim os princípios-garantia possuem maior densidade normativa e menor abstração, e por isso tem proximidade das regras para permitir a instituição de garantias para os cidadãos.

3.6.1 O Duplo Grau de Jurisdição como garantia constitucional

No âmbito dos direitos fundamentais, temos as chamadas garantias, que servem como limitador do exercício do poder estatal visando a vedação ao exercício do arbítrio. Assim, atuam na defesa das disposições do Direito.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 tem Capítulo específico sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, sendo que a doutrina é pacífica em diferenciar “Direito” e “Garantia” pela natureza jurídica. Direito seria norma de conteúdo declaratório e garantia uma norma de conteúdo assecuratório. Os remédios constitucionais seriam instrumentos/ações judiciais postos à disposição dos indivíduos visando a garantia dos seus direitos constitucionais, caso tais direitos sejam violados.

A conceituação de garantia é antiga, e foi trabalhada desde o final do século XIX, conforme aponta Ruy Barbosa:

Ora, uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial. Os direitos são aspectos manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As garantias constitucionais stricto sensu são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder (BARBOSA, 1893, p. 189)

O mesmo Ruy Barbosa, traçou o alcance da locução “garantias constitucionais”, em seus “Comentários à Constituição Federal brasileira”:

Não se encontrará, na Constituição, parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionais’. Mas a acepção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito (BARBOSA, 1934, p.181)

SILVEIRA (2010, p.188), entende que a Constituição Federal contempla o duplo grau de jurisdição como um princípio. Logo, admitindo exceções, e sujeito a ponderação. Desta forma, diz o autor, “sempre que haja um princípio constitucional tido pelo legislador por mais importante que outro em uma hipótese específica, admitir-se-á que ele crie exceções a tendendo

às finalidades do sistema”. Para o autor, portanto, o duplo grau, entendido como princípio, não pode ser suprimido, contudo pode ser limitado. Portanto, havendo conflito com outros princípios constitucionais, o duplo grau pode ser mitigado para que outro prevaleça no caso concreto.

CÂMARA (2008), também entende da mesma forma, pugnando que o duplo grau não é uma garantia constitucional, tendo sua disciplina e aplicação calcada na legislação ordinária. Sob este raciocínio seria possível que a própria lei ordinária possa afastá-lo. O autor afirma:

Parece-nos que o princípio do duplo grau de jurisdição revela mais desvantagens do que vantagens. É de se dizer, aliás, que as vantagens afirmadas por seus defensores são muito facilmente criticadas. Basta dizer, por exemplo, que, se os juízes de segunda instância são mais experientes e instruídos, atender-se-ia de forma muito mais adequada à garantia de pleno acesso à justiça a atribuição aos mesmos de competência originária (CÂMARA, 2008, p. 238).

Deste modo, defende uma reformulação ampla do sistema recursal, e dentre as diversas mudanças sugeridas (algumas das quais o Novo Código de Processo Civil já aderiu), que nos parece de bom grado – a necessidade de supressão do foro especial por prerrogativa de função, direcionando ao STJ as competências não-constitucionais do STF. Assim, em raciocínio análogo ao do autor, da mesma forma, poderia ser retirada do STF e direcionada ao STJ as competências hoje atribuídas exclusivamente ao STF, como de foro especial por prerrogativa de função (art. 102, I, “b” e “c”) (CÂMARA, 2008).

MARINONI (2002, p. 209), entende que o duplo grau de jurisdição, “compreendido como o direito à revisão da decisão proferida pelo juiz que teve, pela primeira vez, contato com a causa, não é garantido constitucionalmente, nem pode ser considerado um princípio fundamental de justiça”. O autor também diz que pode “o legislador infraconstitucional deixar de prever a revisão do julgado por um órgão superior” (ob.cit, p. 218).

NERY JUNIOR (2014) entende que o princípio do duplo grau

[...] é, por assim dizer, garantia fundamental de boa justiça. Já que o duplo grau é erigido à categoria de garantia fundamental de boa justiça, deve ter lugar de destaque em toda a ordem jurídica. Seguindo essa tendência, os ordenamentos modernos dos povos ocidentais têm previsto referido princípio em suas Constituições. E, no Brasil, é a própria Constituição Federal que dá a tônica, os contornos e os limites do duplo grau de jurisdição. Assim, para que se efetive o binômio segurança-justiça, os litígios não poderiam perpetuar-se no tempo, a pretexto de conferirem maior segurança àqueles que estão em juízo buscando a atividade jurisdicional substituidora de suas vontades. O objetivo do duplo grau de jurisdição é, portanto, fazer adequação entre a

realidade no contexto social de cada país e o direito à segurança e à justiça das decisões judiciais, que todos têm de acordo com a Constituição Federal.

NERY JUNIOR (2014) defende que o *status* do duplo grau de jurisdição é constitucional, mesmo que haja disposição apenas implícita no texto constitucional. Entretanto, concebe que a Constituição Federal de 1988 “limita o âmbito de abrangência desse princípio, como, por exemplo, ao enumerar casos em que cabe o recurso ordinário ou extraordinário, [...] entre outras hipóteses (ob. cit. p. 61).

Desta forma, o autor entende que o duplo grau é princípio constitucional.

Isto nos faz concluir que, muito embora o princípio do duplo grau de jurisdição esteja previsto na CF, não tem incidência ilimitada, como ocorria no sistema da Constituição Imperial. De todo modo, está garantido pela lei maior. Quer dizer, a lei ordinária não poderá suprimir, pura e simplesmente, os recursos previstos na Constituição Federal (NERY JUNIOR, 2014, p. 61)

PEDRA (2008) também entende que duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional, entendendo-o como princípio. Desta forma, conforme a técnica de Alexy, pode o duplo grau de jurisdição ser cumprido de diferentes graus de intensidade, já que são verdadeiros mandados de otimização. O duplo grau não seria absoluto, podendo ser mitigado, com razoabilidade, para o fim de restringir o direito ao recurso.

DIDIER JUNIOR e CUNHA (2008, p.28) entendem que o duplo grau é apenas um princípio, e não uma garantia constitucional com caráter absoluto:

[...] é possível haver exceções ao princípio, descerrando-se o caminho para que a legislação infraconstitucional restrinja ou até elimine recursos em casos específicos. Além do mais, sendo o duplo grau um princípio, é curial que pode haver princípios opostos, que se ponham como contraponto. Em outras palavras, sendo o duplo grau um princípio, pode ser contraposto por outro princípio, de molde a que haja limites de aplicação recíprocos.

Marina França Santos (2012), aproxima as noções de garantia constitucional e de duplo grau de jurisdição, afirmando que ambas se reforçam, de forma mútua. A existência do duplo grau vem atrelada a concretização do controle do judiciário, sendo um recurso um mecanismo que permite às pessoas atuarem como “braços da sociedade”. Um sistema de jurisdição único faria com que a decisão judicial se tornasse imutável e definitiva, sem que pudesse ser impugnada. Desta forma, o ordenamento jurídico estaria submetido ao arbítrio exclusivo dos julgadores, com possibilidade de autoritarismo.

No que tange ao duplo grau de jurisdição, e a defesa que se faz de que se trata de uma garantia constitucional, conforme a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, não se pode admitir que o duplo grau de jurisdição seja princípio constitucional de caráter interpretativo ou integrativo.

O que não se pode admitir, e que por várias vezes o fez o próprio Supremo Tribunal Federal (conforme discorreremos no tópico seguinte), é que o duplo grau possa ser cumprido em diferentes graus, e que a medida devida de sua extensão não dependeria apenas de possibilidades reais como também de possibilidades jurídicas. Principalmente, no que tange a tipologia dos princípios proposta por Canotilho, o duplo grau de jurisdição se enquadra perfeitamente como “princípio-garantia”, e como tal deve ser efetivamente assegurado.

O fato do duplo grau de jurisdição não estar diretamente previsto pelas disposições constitucionais de direitos fundamentais não pode contribuir para a permissividade de sua mitigação. Logo, o duplo grau, para ser entendido enquanto garantia, deve ser compreendido como regra. Caso se defenda – e restou demonstrado que grande parte da doutrina assim pensa – que o ordenamento jurídico brasileiro não concebe o duplo grau como regra, e sim como princípio, este deve admitido como princípio-garantia, nos moldes da doutrina de Canotilho, para que lhe seja atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e com força vinculante ao legislador, sendo uma garantia processual dos cidadãos.

3.7 O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o duplo grau de jurisdição e o foro privilegiado

Neste ponto, com o objetivo de evidenciar o descompasso das decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, optamos pela pesquisa bibliográfica de caráter documental. A pesquisa se baseou na busca pelo banco virtual de jurisprudência do STF, de todos os julgados que se referem ao duplo grau de jurisdição, seja em âmbito difuso ou concentrado, quanto nos julgamentos do Pleno ou das Turmas, desde a data inicial da disponibilização dos julgados do STF: de 1988 (com o advento da Constituição Federal atual), até a presente data³¹.

Como resultados desta pesquisa, pode-se extrair que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é majoritária no sentido de que não há no ordenamento jurídico brasileiro a

³¹ Pesquisa realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, em consulta a jurisprudência da Corte, no que se relaciona ao duplo grau de jurisdição, no período de 1988 a 2017 (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>).

garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, especialmente no âmbito criminal. Por várias vezes, ao longo dos últimos trinta anos (desde a promulgação da Constituição Federal de 1988), pode-se visualizar tal inclinação da Corte Suprema brasileira.

Ao consultar os precedentes da Corte (disponibilizados no sitio eletrônico do STF), ao menos no que tange ao duplo grau de jurisdição do âmbito judicial, podemos apontar diversas conclusões, a seguir elencadas e organizadas.

O STF, na maioria das vezes, não considera que o duplo grau de jurisdição seja uma garantia constitucional, conforme os julgados do RE 976178 AgR, AI 513044 AgR, RHC 80919, HC 711243; RHC 79.785, AI 248761 AgR e AI 209954 AgR³².

³² Seguem trechos das ementas de alguns julgados mencionados:

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ASSENTO CONSTITUCIONAL. INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA REFLEXA. 1. Segundo a jurisprudência da Corte, não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. A afronta aos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, em termos processuais, configura, via de regra, apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição. Precedentes. [...] (RE 976178 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2016, PUBLIC. 15-02-2017) – (BRASIL, 2017, n.p).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. PREFEITO. EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. CONCURSO FORMAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REGIME PRISIONAL. DIREITO SUBJETIVO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. [...] 4. No ordenamento jurídico-brasileiro não existe a garantia do duplo grau de jurisdição. A Constituição concede aos Prefeitos foro especial por prerrogativa de função [...] (RHC 80919, Relator: Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 12/06/2001, DJ 14-09-2001 PP-00064 EMENT VOL-02043-02 PP-00354 RTJ VOL-00178-02 PP-00832) – (BRASIL, 2017, n.p).

EMBARGOS INFRINGENTES CRIMINAIS – Descabimento da decisão condenatória não unânime, nos processos de competência originária dos Tribunais, salvo no Supremo Tribunal Federal: inexistência, no ordenamento brasileiro, da garantia do duplo grau de jurisdição, a qual, de resto, não satisfaria a admissão de embargos infringentes, que não são recurso ordinário [...] (HC 71124, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 28/06/1994, DJ 23-09-1994) – (BRASIL, 2017, n.p).

ACÓRDÃO QUE, EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA, CONDENOU O RECORRENTE COM BASE NA PROVA DOS AUTOS. PRETENSÃO DE REEXAME DA MATÉRIA DE FATO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. Questão insuscetível de ser apreciada ante a impossibilidade de reexaminar-se em sede extraordinária a matéria de fato, ainda que em processo criminal de competência originária do Tribunal de Justiça, não sendo o duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional [...] (AI 248761 AgR, Relator: Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 11/04/2000, DJ 23-06-2000) – (BRASIL, 2017, n.p).

DEVIDO PROCESSO LEGAL - NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO. A negativa de seguimento a recurso, no âmbito do STF, considerada a circunstância de as razões expedidas contrariarem precedente da Corte, longe fica de implicar transgressão ao devido processo legal.

Apenas em duas oportunidades isoladas o STF admitiu que o duplo grau é uma garantia constitucional, conforme previsão do art. 5º, LX, da Constituição Federal. A primeira, no HC 105005, julgado pela Segunda Turma, quando o Supremo aduziu que o duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional, fazendo referência expressa ao art. 5º, LV da Constituição Federal. E a segunda, no início do advento da Constituição Federal de 1988, no julgamento do Mandado de Injunção – MI 4 – o pleno do STF reconheceu que o duplo grau de jurisdição é “garantia constitucionalmente assegurada as partes”. Vejamos:

[...] A pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não conflita com a regra da soberania dos veredictos populares (alínea “c” do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal). Regra compatível com a garantia constitucional do processo que atende pelo nome de duplo grau de jurisdição. Garantia que tem a sua primeira manifestação no inciso LV do art. 5º da CF, a saber: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 2010, n.p)

MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. COMPETÊNCIA. - Ocorrência temporária de lacuna na Constituição quanto ao Tribunal competente para o processamento e julgamento originários de mandado de injunção contra órgão, entidade ou autoridade federal, certo como e que o Tribunal que tem essa competência – [...] havendo previsão constitucional do duplo grau de jurisdição para feitos como a da espécie - o que é garantia constitucionalmente assegurada as partes -, não é possível para o preenchimento de uma lacuna constitucional ainda que provisória, retirar-se dos interessados essa garantia que lhes é outorgada permanentemente [...] (BRASIL, 2017, n.p).

No julgamento do AI 845223 AgR-ED, a Primeira Turma do STF vislumbrou o duplo grau como inserto no princípio constitucional da ampla defesa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, [...] ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E DO JUIZ NATURAL. [...] 1. A garantia constitucional do duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV) insere-se no âmbito de proteção do princípio constitucional da ampla defesa, insculpido no mesmo enunciado normativo da Carta Magna, razão pela qual o tema foi enfrentado no acórdão embargado sob essa ótica, consignando-se a natureza infraconstitucional da controvérsia. [...] (AI 845223 AgR-ED, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado

JURISDIÇÃO - DUPLO GRAU – INEXIGIBILIDADE CONSTITUCIONAL. Diante do disposto no inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional. (AI 209954 AgR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 15/09/1998, DJ 04-12-1998) – (BRASIL, 2017, n.p).

em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 30-03-2012 PUBLIC 02-04-2012) – (BRASIL, 2017, n.p).

Em outra oportunidade, no julgamento do HC 88420, a Primeira Turma caminhou no mesmo sentido, ao dizer que a garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição. E mais, que o direito ao recurso, a uma instância superior, é um direito incorporado ao sistema de direitos e garantias fundamentais.

Interessante notar também a referência ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, na forma da Convenção Americana. No referido julgado, é feita a ressalva à incorporação, pelo Brasil, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e mesmo que o STF (e parte da doutrina) não admitam o caráter constitucional do duplo grau de jurisdição, esta é uma garantia internacionalmente prevista, e mesmo que a incorporação da Convenção Americana seja posterior a promulgação do Código Penal, a legislação ordinária (mesmo que anterior) deve se compatibilizar ao tratado internacional. Vejamos trecho da ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PROCESSAMENTO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. DECRETO DE CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO PREJUDICADO. PRISÃO PREVENTIVA SUBSISTENTE ENQUANTO PERDURAREM OS MOTIVOS QUE A MOTIVARAM. ORDEM CONCEDIDA [...] III - A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP. IV - O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. V - Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal. VI - A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior. [...] (HC 88420, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 17/04/2007, DJe-032 DIVULG 06-06-2007) – (BRASIL, 2017, n.p).

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601832 (que teve como mérito a questão do foro especial por prerrogativa de função) o STF reconhece que o duplo grau, previsto na Convenção Americana, foi internalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo assim, paradoxalmente, entendeu que o duplo grau não tem natureza absoluta, eis que a própria Constituição Federal excepciona o princípio. Logo, mesmo que anos depois da EC nº 45/2004, o STF reafirmou sua posição majoritária: a de que somente tratados internacionais que são aprovados com quórum de emenda constitucional é que tem *status* constitucional. Assim, temos que, mesmo indiretamente, o Supremo reconhece que existe

incompatibilidade entre a Convenção Americana e a Constituição Federal. Vejamos trecho da ementa do aludido julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...] 2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, hierarquia constitucional. 3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. 4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. [...] 5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função e, por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. [...] (AI 601832 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009) – (BRASIL, 2017, n.p)

Deste modo, o STF inicialmente entendeu que mesmo que de forma temporária, a garantia do duplo grau de jurisdição não se pode ser retirada, eis que outorgada permanentemente aos cidadãos.

No AI 513044 AgR e no RHC 79.785 o STF entendeu que a Constituição Federal prevalece em relação aos tratados e convenções internacionais, incluídos os de direitos humanos, impedindo a aplicação de normas do Pacto de San Jose, além de reafirmar que não existe a garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição no ordenamento brasileiro.

[...] O inciso LIV do art. 5º, CF, mencionado, diz respeito ao devido processo legal em termos substantivos e não processuais. [...] IV. - Não há, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. Prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais. (AI 513044 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 08-04-2005 PP-00031 EMENT VOL-02186-08 PP-01496) – (BRASIL, 2017, n.p).

O Supremo Tribunal Federal, no RHC 79.785, entende da mesma forma, contrariando as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como será demonstrado oportunamente.

[...] Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (BRASIL, 2017, n.p).

Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido pela possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior. Nesse sentido clássico do duplo grau, não é possível erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional. Desta forma, dispôs o STF, pelo seu Pleno, no RHC 79.785:

[...] Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".

O RHC 79.785 se mostra importante julgado, pois sintetiza a posição do Supremo Tribunal Federal não apenas em relação ao duplo grau de jurisdição, mas também em relação a tal garantia em diálogo com o foro especial por prerrogativa de função. Veja-se outro trecho da ementa do aludido julgado:

[...] Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais *ad qua*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada. (BRASIL, 2017, n.p).

Podemos concluir, portanto, que mesmo com a incorporação, ao direito interno brasileiro, da Convenção Americana, o duplo grau de jurisdição continua não sendo considerado como garantia constitucional pelo STF – apesar da Convenção Americana, em seu art. 8º, 2, h, o fazer (RHC 79.785). Para o STF, haja vista a falta de órgãos jurisdicionais para viabilizar a aplicação do duplo grau nos processos de competência originária dos Tribunais, deve-se manter a incompatibilidade da Constituição Federal para a aplicação da norma internacional de outorga da garantia do duplo grau, mesmo que isto custe descumprir os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Podemos constatar que o Supremo Tribunal Federal, mesmo com a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil, em 1992 (Decreto nº 678), ainda tem o entendimento que o art. 8º, 2, “h” – o qual dispõe sobre o direito a recorrer para juiz ou tribunal superior, no caso de imputado algum delito – não se aplica à ordem jurídica interna. Logo, preservam-se as hipóteses constitucionais do julgamento originário pelo Supremo Tribunal Federal em réus que detenham o foro especial por prerrogativa de função.

Mesmo que a Convenção Americana não tenha sido submetida ao procedimento de aprovação do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, é certo que a natureza jurídica de garantia do duplo grau de jurisdição ganha mais força, a saber, em especial, pela obrigatoriedade do cumprimento dos tratados e convenções internacionais que o Brasil tenha (de livre vontade) ratificado e incorporado dentro de seu ordenamento jurídico.

O atual juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e à época do julgamento da Ação Penal nº 470, presidente da Corte, Diego Garcia Sayán, afirmou em entrevista ao Jornal “O Globo” (SAYÁN, 2013, n.p):

A Corte não pode modificar uma sentença. Por exemplo, se foi estabelecida uma pena de prisão, a Corte não pode aumentá-la ou reduzi-la. Porém, na hipótese de se vier a demonstrar que se afetou algum direito processual importante, alguma garantia judicial ou se quebrou um princípio do devido processo, a Corte, por vezes, decide estabelecer uma reparação econômica. Outras vezes, tem disposto para que se retifiquem estas partes onde os direitos processuais foram afetados

Em tese, já que na prática seria impossível atualmente, devido ao grande lapso temporal decorrido, se os réus do “mensalão” quisessem acionar a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em comunicação a violação do duplo grau de jurisdição, o teria que fazer previamente por meio de uma reclamação a Comissão Interamericana, que fazendo o juízo de admissibilidade, poderia ou não, remeter o caso a Corte Interamericana. A Corte, neste caso, além de outras determinações, poderia recomendar medidas para garantir aos réus o devido processo legal, em especial, o cumprimento pelo Brasil, da garantia do duplo grau de constitucional, nos moldes garantidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

3.8 O caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*: análise da garantia do duplo grau de jurisdição e o foro especial por prerrogativa de função

Dispõe o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos):

Artigo 8. [...]

[...]

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

No que tange à competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos existem importantes julgados que se relacionam à temática do presente trabalho, ligados ao direito ao duplo grau de jurisdição, ao acesso à justiça internacional (acesso a Comissão e a Corte Interamericana), e especificamente sobre a hipótese que nos permite afirmar, categoricamente, que o mecanismo constitucional de foro privilegiado que prevê o Supremo Tribunal Federal como única e última instância julgadora viola a Convenção Americana de Direitos Humanos.

No julgamento do caso *Castillo Páez vs Perú* a Corte inovou e pela primeira vez se manifestou pela garantia do alcance do direito ao recurso efetivo nos termos do artigo 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos nos termos do próprio artigo 25. Assim, a Corte Interamericana entende que o direito ao recurso efetivo ante aos juízes ou tribunais nacionais competentes constitui um dos pilares básicos não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito. Esta interpretação do Artigo 25 passou a ser sistematicamente sustentada pela Corte desde então constituindo hoje jurisprudência constante a respeito.

25. Proteção judicial

[...]

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

No caso *Suárez Rosero vs Equador* (1997) a Corte declarou que normas internas que de alguma forma impeçam as pessoas em relação de gozarem de certas garantias judiciais, por exemplo quanto à duração da detenção, violam o artigo 2 em combinação com o artigo 7(5) da Convenção Americana.

PAIVA; HEEMANN (2017), em obra sobre a jurisprudência internacional de direitos humanos interpretam o caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* face as disposições do direito brasileiro. No caso *Barreto Leiva*, julgado pela Corte Interamericana em 17 de novembro de 2009, foram reconhecidas diversas violações aos direitos humanos por parte do estado venezuelano, em inobservância a diversas disposições da Convenção Americana de Direitos

Humanos, tais quais: a) não conhecimento formal e prévio dos fatos criminosos que lhe eram imputados (art. 8.2); b) direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 8.2,c); c) direito a assistência técnica de defesa (art. 8.2, d); direito a presunção de inocência; e) direito à liberdade pessoal; e f) o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8.2, h).

A Corte Interamericana, em sua decisão, determinou que fosse possibilitado ao Sr. Barreto Leiva a interposição de recurso a seu favor, de forma a possibilitar a revisão de sua condenação criminal. Também, ordenou que a Venezuela adeque seu ordenamento jurídico de maneira que garanta o duplo grau de jurisdição em face de decisões condenatórias, especialmente em relação as pessoas que detém foro especial por prerrogativa de função.

Este julgado possibilita diversas diretrizes para o sistema jurídico brasileiro em especial sobre as garantias processuais penais, especialmente o foro especial por prerrogativa de função e a garantia do duplo grau de jurisdição, que no direito brasileiro tem disposição constitucional. Logo, a adequação do sistema brasileiro aos ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos é necessária e urgente, eis que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é a interprete máxima das disposições internacionais da qual o Brasil assumiu a cumprir³³.

Se é de conhecimento do Estado Brasileiro que sua sistemática jurídica não se coaduna com a interpretação da Convenção Americana pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por que esperar que o Brasil sofra uma condenação aos moldes do caso *Barreto Leiva* para que seja garantido um duplo grau de jurisdição de forma efetiva dentro do contexto nacional?

Nos parece urgente a necessidade de revisão dos mecanismos constitucionais e processuais penais que colocam o Supremo como única de diversas autoridades públicas. Do mesmo modo, reduzir o extenso rol dos beneficiados pelo foro especial por prerrogativa de função, para que este não seja alcunhado de foro privilegiado, também parece ser uma resolução eficaz da problemática apresentada.

PAIVA; HEEMANN (2017), fazem uma análise da decisão da Corte Interamericana, no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, e a violação, pelo Brasil, da garantia ao duplo grau de jurisdição:

³³ O Brasil, após incorporar em seu direito interno, integralmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, aceitou, por liberalidade, a obrigatoriedade da competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002 que dispõe em seu artigo 1º: “Art. 1. É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998” (BRASIL, 2002, n.p).

[...] compreendendo o tema a partir do sistema interamericano, surge a seguinte pergunta: o direito ao duplo grau de jurisdição pode ser excepcionado na hipótese de o cidadão ser julgado em primeira e única instância pelo tribunal máximo do seu país? A resposta é negativa. A Corte Interamericana enfrentou essa questão no julgamento do caso Barreto Leiva e, após considerar que *“a dupla conformidade judicial, expressada mediante a íntegra revisão da condenação, confirma o fundamento e outorga maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado, e ao mesmo tempo brinda com maior segurança e proteção aos direitos do condenado”* (Mérito, reparações e custas, § 89), ressaltou que, embora os Estados tenham um margem de apreciação para regular o exercício do direito ao recurso e também para estabelecer foros especiais para o processamento de altos funcionários públicos, devem *“[...] permitir que o cidadão conte com a possibilidade de recorrer da sentença condenatória”*, esclarecendo que isso poderia ser feito por exemplo, com a disposição de que *“[...] o julgamento em primeira instância estará a cargo do presidente ou de uma sala do órgão colegiado superior e o conhecimento da impugnação competirá ao pleno deste órgão, com exclusão daqueles juízes que já se pronunciaram sobre o caso”* (Mérito, reparações e custas, § 90) (PAIVA; HEEMANN, 2017, p.411).

No que concerne ao foro especial por prerrogativa de função, a Corte Interamericana afirmou que o instituto “é estabelecido para proteger a integridade da função estatal que atribui a determinadas pessoas, não constituindo, portanto, um direito pessoal dos funcionários públicos” (PAIVA; HEEMANN, 2017, p.408). Deste modo, a Corte entende que o foro especial por prerrogativa de função é compatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁴.

Resta claro que, por si só, o instituto do foro especial por prerrogativa de função não é contrário à Convenção Americana de Direitos Humanos. O problema ocorre quando há o conflito do foro especial – instituto que segundo a Corte Interamericana protege a função estatal

³⁴ Sobre o foro especial por prerrogativa de função entendeu a Corte Interamericana (no caso Barreto Leiva vs. Venezuela: *“Sin embargo, [el ordenamiento jurídico venezolano no regulaba] la situación en el cual una persona no amparada por un fuero especial se encontrara vinculada con una causa penal contra el Presidente de la República cuyo juzgamiento, según la Constitución Política y la Ley Orgánica de la CSJ, correspondía en única instancia a este alto tribunal. No obstante [...], la ausencia de regulación de conexidad de este tipo de causas, la CSJ juzgó al señor Barreto Leiva en única instancia, aplicando en ausencia de norma vía interpretación judicial, la referida conexidad”*. [...] Este Tribunal estima necesario formular algunas consideraciones acerca del fuero, la conexidad y el juez natural, que vienen al caso para la materia de esta sentencia. El fuero ha sido establecido para proteger la integridad de la función estatal que compete a las personas a las que alcanza esta forma de inmunidad y evitar, así, que se altere el normal desarrollo de la función pública. No constituye un derecho personal de los funcionarios. Sirve al interés público. Entendido en esos términos, el fuero persigue un fin compatible con la Convención. [...] En el presente caso, el señor Barreto Leiva no gozaba de ningún tipo de fuero, por lo que, en principio, le correspondía ser juzgado por un juez penal ordinario de primera instancia. Los congresistas coacusados con la víctima debían ser juzgados por el TSSPP (supra párr. 70). Finalmente, el tribunal competente para el Presidente de la República era la CSJ (supra párr. 69). Todos estos tribunales fueron establecidos por la ley venezolana con anterioridad a los hechos sujetos a juicio” (CORTE IDH, 2009, p.15-17).

– com a garantia do duplo grau de jurisdição, qual seja, a garantia mínima de toda pessoa “acusada de um delito poder recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (artigo 8.2, h da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Veja-se que a garantia ao duplo grau de jurisdição no âmbito internacional também é garantida no âmbito das Nações Unidas, portanto de aplicação global. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, incorporado ao direito interno em todos os seus termos por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 traz em seu artigo 14.5 que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei” (BRASIL, 1992a, n.p).

Logo, dentre os documentos internacionais que o Brasil ratificou e incorporou, não há nenhuma exceção ao duplo grau de jurisdição. Importante mencionar que o sistema americano e global, não trazem nenhuma exceção à garantia do duplo grau de jurisdição, divergindo do sistema europeu que traz exceções nos termos do artigo 2.1 do Protocolo nº 7 a Convenção Europeia dos Direitos do Homem³⁵. Uma das exceções postas é justamente a hipótese de o réu ser condenado pela mais alta jurisdição do país em primeira instância. Contudo, tal sistemática foi posta somente no sistema europeu, não no âmbito do sistema americano.

Inclusive, no julgamento do Agravo Regimental nos segundos Embargos Infringentes na Ação Penal nº 470, no voto do Ministro Joaquim Barbosa, em que cita trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do pedido de cassação do processo (AP nº 470), é feita uma errônea menção. Para defender a ideia de que não há violação ao duplo grau de jurisdição no julgamento de ações penais em que o tribunal máximo de um país faz o julgamento, utiliza-se a referência a Convenção Europeia (em que, como visto, há expressamente tal exceção).

[...] Nesse sentido, destaco que o ministro Celso de Mello, à oportunidade do julgamento do pedido de cassação do processo-crime em exame, ação Penal n. 470, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a clareza que lhe é peculiar, enfrentou essa questão concluindo que o duplo grau de jurisdição não se aplica às ações penais originárias de competência da Corte Suprema, conforme trecho que passo a citar: “[...] A própria jurisprudência internacional, a respeito do princípio do duplo grau de jurisdição, tem reconhecido, como ressaltam, em seus preciosos comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os professores LUIZ

³⁵ Diz o artigo 2.1 do Protocolo nº 7: “Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal 1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei. 2. Este direito pode ser objecto de excepções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição” (ECHR, 2017, p.46)

FLÁVIO GOMES e VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, em extensa análise do artigo 8º, item 3º, alínea “h”, do Pacto de São José da Costa Rica, que consagra o postulado do duplo grau, que há duas exceções, sendo uma delas a que envolve os processos instaurados perante “o Tribunal Máximo de cada país”, vale dizer, perante a Corte judiciária investida do mais elevado grau de jurisdição, como sucede com o Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2017, p.04).

Desse modo, não cabe a utilização da referência da Convenção Europeia para a defesa de que na sistemática brasileira não há violação ao duplo grau de jurisdição – quando há o julgamento de ação penal de réu que detém o foro especial por prerrogativa de função. A Convenção Americana não traz exceção a garantia do duplo grau de jurisdição, pelo contrário, é expressamente garantista no que concerne a garantias processuais, inclusive quando se trata do julgamento pela mais alta corte judicial de um país.

3.8.1 A interposição de embargos infringentes no Supremo Tribunal Federal contra sentenças condenatórias

No julgamento da Ação Penal nº 470, após as sentenças condenatórias, em setembro de 2013, houve a interposição do recurso de Embargos Infringentes contra a decisão do STF. Logo instalou-se uma discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal sobre o cabimento de “Embargos Infringentes”, uma vez que no julgamento, em alguns pontos da decisão, haviam quatro votos divergentes, e nos termos do parágrafo único do art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal o “cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta” (BRASIL, 2017, p.143).

Os ministros do Supremo Tribunal Federal divergiram sobre o cabimento dos Embargos Infringentes, tendo a mídia à época acompanhado diariamente os votos de cada ministro(a). O Placar atingiu o empate em 5 a 5, quando coube ao ministro Celso de Mello o voto de minerva – votando pelo cabimento dos embargos.

A tese justificadora para o cabimento dos embargos infringentes, esposada pelo Ministro Celso de Mello, foi o de índole internacional e a postura judicial do Brasil em relação ao duplo grau de jurisdição. Afirmou em seu voto o Min. Celso do Mello:

[...] 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 (BRASIL, 2017).

O Min. Celso de Mello entendeu que, justamente pelo sistema constitucional brasileiro mitigar a garantia do duplo grau de jurisdição, os embargos infringentes deveriam incidir na Ação Penal nº 470 pois seria a única forma de possibilitar uma forma de controle jurisdicional das decisões prolatadas pelo STF nas hipóteses constitucionais de foro especial por prerrogativa de função.

Assim, o ministro ponderou que a discussão que envolveu o recebimento (ou não) dos embargos infringentes, pelos condenados no “mensalão”, não se resumia mera técnica jurídica, mas sim o reconhecimento da submissão que o Brasil confirmou no ato de livre vontade, para se submeter as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

NERY JUNIOR (2014, p. 76-77) entende pelo não cabimento dos embargos infringentes previsto no art. 333 do RISTF na AP 470, apesar de reconhecer que há o direito fundamental ao duplo grau no processo penal, que decorre da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2, h). Contudo NERY JUNIOR, entende que não há que se falar em violação ao duplo grau de jurisdição nas hipóteses de competência originária (e conseqüentemente única) pelo Supremo Tribunal Federal.

[...] há entendimentos de que o réu de ação penal originária, no STF, teria direito ao duplo grau, isto é, a mais um julgamento. Note-se que o texto normativo do tratado internacional fala em direito a recorrer da sentença, recurso esse que deverá ser julgado por juiz ou tribunal superior. Como o sistema constitucional brasileiro prevê prerrogativa de foro para determinadas autoridades, essa já é a garantia máxima do sistema, pois o réu será julgado pela mais alta corte de justiça do País: o Supremo Tribunal Federal. O que pretende o tratado interamericano de direitos humanos é a garantia de que haverá julgamento justo para o réu e que, caso seja julgado por juiz comum, essa sentença será apelável para juiz ou tribunal superior. Como no Brasil as previsões para as ações de competência originária do STF já têm como critério definidor a função que a autoridade exerce na República (competência funcional), entendemos não incidir a regra, de sorte que, também por esse fundamento os embargos infringentes do RISTF 333 são insubsistentes. Houve, no âmbito da Ação Penal n. 470, em processo conhecido como o “Mensalão do Partido dos Trabalhadores (PT)”, discussão no STF sobre o cabimento dos embargos infringentes, dado que o julgamento da ação penal originária foi, relativamente a alguns tópicos, por maioria e havia quatro votos divergentes em alguns dos tópicos do acórdão do Plenário. O Pretório Excelso entendeu, por seis votos a cinco, que subsistiam esses embargos no regimento interno e que deveriam ser conhecidos.

Ousamos discordar do entendimento de NERY JUNIOR. Mesmo tendo conhecimento que o STF é instância máxima julgadora os casos de prerrogativa de foro para tais autoridades, não se pode admitir a inadequação do sistema jurídico brasileiro em clara dissonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos. O que pretende a Convenção Americana, conforme a fundamentação da decisão no caso *Barreto Leiva vs Venezuela*, não é o apenas o julgamento justo e imparcial para um réu que tenha sido condenado por um juiz, mas também que esse réu tenha o direito de efetivamente recorrer para um juiz ou tribunal superior, especialmente diverso do que proferiu a decisão recorrida.

Admitir que, por si só, os Embargos Infringentes garantam o duplo grau de jurisdição não coaduna com a valoração dada a tal garantia pela Convenção Americana de Direitos Humanos, e também porque os Embargos Infringentes tem como principal característica a mera retratação do julgador que proferiu a decisão. Neste sentido, vale a lição de TOURINHO FILHO (2013, n.p): “[...] embora o órgão competente para apreciá-los não seja exatamente o mesmo que prolatou a decisão embargada, não perde tal recurso seu característico, que é a retratação”.

Por meio da Emenda Regimental nº 49 de 3 de junho de 2014 houve a modificação de alguns dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), retirando do Plenário, e passando às Turmas, a competência para o julgamento de deputados e senadores. Assim, conforme se visualiza das redações atual e anterior, foi feita a alteração no art. 5º, I e foi criada a alínea “j” no inciso I do art. 9º.

Art. 5º Compete ao Plenário processar e julgar originariamente:

I – nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)

I – nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 49, de 3 de junho de 2014)

[...]

Art. 9º Além do disposto no art. 8º, compete às Turmas:

I – processar e julgar originariamente: [...]

j) nos crimes comuns, os Deputados e Senadores, ressalvada a competência do Plenário, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta; (Incluída pela Emenda Regimental n. 49, de 3 de junho de 2014)

Tal alteração no RISTF tentou dar a impressão de que há a garantia ao duplo grau de jurisdição nas hipóteses de julgamento de réus com foro especial com prerrogativa de função, em que o STF realiza o julgamento único e originário. Contudo, apenas tal alteração no Regimento Interno do STF não cria a adequação e o respeito ao duplo grau de jurisdição na forma determinada pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

A forma de se garantir o duplo grau de jurisdição é criticável porque o duplo grau de jurisdição, conforme o próprio STF se manifestou no julgamento do RHC 79.785: “[...]há de ser concebido, à moda clássica, com a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior” (BRASIL, 2017).

Vislumbra-se que com a alteração do Regimento Interno do STF, em meio a repercussão do julgamento do “mensalão”, existiu uma tentativa ilusória e meramente aparente de se garantir o duplo grau de jurisdição. Tal aparência de respeito ao duplo grau se comprova pelos próprios argumentos dos Ministros do STF que defenderam a aceitação dos embargos infringentes, na Ação Penal nº 470. E também pela modificação do RISTF, em meio a repercussão de tal julgamento, reduzindo a competência do Plenário do STF no julgamento de ações originárias, em especial, para aqueles que detém foro especial por prerrogativa de função.

Desta forma, mesmo que o RISTF preveja atualmente a possibilidade de um “recurso” para o Pleno de suas decisões proferidas pelas Turmas, não se encerra o nó górdio da problemática do descumprimento da garantia do duplo grau de jurisdição.

Melhor dizendo, ao repassar para as Turmas as competências exercidas anteriormente pelo Plenário, tenta o STF criar a ilusão que o Plenário exerce (depois da modificação do RISTF, com a ER 49/2014), uma competência “recursal”. Contudo, evidentemente, não nos parece a solução que atenda ao necessário alinhamento com a jurisprudência da Corte Interamericana e de respeito e acatamento as garantias processuais da Convenção Americana.

CONCLUSÃO

Mesmo com a modificação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Emenda Regimental nº 49/2014), passando às Turmas (não mais para o Pleno) a competência para o julgamento originário de deputados federais e senadores, ainda assim persiste a violação ao duplo grau de jurisdição.

Com a permanência da figura recursal dos Embargos Infringentes no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 333), ainda assim existe uma violação a garantia do duplo grau de jurisdição, pois a reapreciação da causa será posta não a uma outra corte judicial, diversa e superior.

Não se pode admitir a argumentação de que não há violação ao duplo grau de jurisdição por se tratar de uma disposição constitucional feita pelo constituinte originário, e que a garantia do duplo grau de jurisdição não é absoluta, compreendo-o como mero princípio interpretativo. Demonstrada a discrepância entre a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Constituição Federal, e entre a jurisprudência brasileira e a jurisprudência da Corte Interamericana, a normatividade que deve vigorar é a que mais beneficia a pessoa humana. Para tanto, reconhecer a correta amplitude da garantia do duplo grau de jurisdição é imprescindível.

No que concerne ao instituto do foro especial por prerrogativa de função, tramita a Proposta de Emenda Constitucional que prevê a extinção do foro especial por prerrogativa de função. Até o término deste trabalho houve a aprovação, por unanimidade, em segundo turno pelo Senado Federal, sendo referida PEC encaminhada a Câmara dos Deputados, (numerada de PEC nº 333/2017), e recebida na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara em 29 de junho. Desde então, ainda não foi designado um relator para o texto. Logo, não há previsão para o encerramento dos procedimentos para sua completa aprovação. Então, ainda persiste a problemática a ser solvida.

Ao longo do trabalho, ao estabelecer o histórico das disposições constitucionais sobre o foro especial por prerrogativa de função, constata-se que houve um alargamento desmedido das hipóteses de foro especial. O que faz com que, conseqüentemente, o instituto seja alcunhado de “foro privilegiado” pela sociedade (e pelos pensadores do Direito também!), já que cria toda uma ampla categoria de pessoas que serão julgadas de forma diversa do cidadão comum.

A ideia que a sociedade faz do julgamento diferenciado de um agente político, feito por um tribunal diferente do seu, é que isso significa injustiça e impunidade – o que não corresponde com a realidade.

Entendemos que é preciso reformular o sistema constitucional e jurídico brasileiro, no intuito de fazer com que a ideia do foro especial por prerrogativa de função não signifique necessariamente privilegiar a figura do “político brasileiro”, e sim uma segurança para a própria *práxis* democrática. A extinção completa do instituto, remetendo todos os agentes políticos para serem julgados por juízes comuns, não necessariamente trará justiça. Expliquemos.

O populismo jurídico dado a um possível fim do foro privilegiado é visível, pois a classe política conta com o apoio popular, crente que o fim da prerrogativa especial significa maior rigor, e menos benesses, aos criminosos corruptos (“políticos”). Devido aos atuais, e reiterados, escândalos de corrupção no Brasil, a classe política tem péssima reputação, e o foro especial por prerrogativa de função é visto como uma violação indevida da isonomia constitucional (art.5º) e como uma regalia desmerecida a classe política. Prega-se a igualdade, portanto, e uma justiça que seja igual a todos. Mas simplesmente acabar com o instituto, não cria um pico de justiça e não garante o rigor da punição a “classe” política.

Dados os procedimentos previstos no Código de Processo Penal, e dos princípios garantistas, há que se rememorar o princípio constitucional da irretroatividade, do artigo 5º, XL, da Constituição Federal, ao dizer que a “lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Evidente que o eventual fim do foro privilegiado não atingirá os agentes políticos que estão sendo processados na “Operação Lava-Jato”, e outras operações atuais que visam acabar com a corrupção.

Não entendemos que a manutenção do instituto do foro especial por prerrogativa de função, aos moldes atuais, seja benéfica. Muito pelo contrário, pois demonstrado que este se tornou, com o passar dos tempos, em “foro privilegiado”, não só pela alcunha, mas pela criação de uma proteção jurídica pessoal a “classe política”. Portanto, há o desvio do instituto. Se o fim do foro privilegiado gerasse, necessariamente, a maximização da justiça e uma maior efetividade na punição de criminosos, todos os países do mundo o teriam extinguido – e demonstramos, que este vigora em vários países (item 3.5.1).

Se de *per si*, a existência do foro especial permitisse inevitavelmente a impunidade de agentes políticos, como explicar a condenação de 24 pessoas, pelo STF, na Ação Penal nº 470 (“mensalão”)? A manutenção do instituto do foro especial por prerrogativa de função não cria a impunidade. É o atual uso desmedido do instituto (tal como demonstramos na evolução histórica constitucional), que se apresenta com um dos fatores de contribuição da impunidade da classe política.

A reformulação do sistema jurídico brasileiro (constitucional e processual penal) sobre o foro especial por prerrogativa de função é medida necessária para que possa transparecer o

objetivo do instituto de trazer uma segurança para a própria democracia brasileira e para que se veja que o foro especial por prerrogativa de função não significa necessariamente manter um “privilégio” para a figura do “político brasileiro”. O instituto, ademais, é importante para evitar perseguições políticas contra os agentes políticos (que exercem um *múnus público*) bem como pressões de investigados poderosos sobre juízes de primeiro grau.

Como apontamos no item 3.6.1, nos parece uma interessante hipótese solucionadora da problemática uma analogia da proposta idealizada por Alexandre Freitas Câmara: o direcionamento ao Superior Tribunal de Justiça das competências não-constitucionais do STF. Ou seja, poderia ser retirada do STF, e direcionada ao STJ, as competências hoje atribuídas exclusivamente ao STF, como de foro especial por prerrogativa de função (art. 102, I, “b” e “c”). Desta forma, o STF poderia atuar como instância recursal, em tais casos, respeitando-se assim o duplo grau de jurisdição.

Também, nos parece de bom alvitre uma proposta dialógica entre as fontes legais internas e internacionais, além de uma necessária criação de uma ponte de diálogo entre sociedade civil, o judiciário e os órgãos judiciais internacionais. Isso pode resultar em soluções de adequação da sistemática brasileira com a jurisprudência internacional.

Analisando a questão sob o prisma dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, temos que acionar a Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio de denúncia a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (que posteriormente pode remeter o caso a Corte Interamericana), também não resolveria o problema, já que o Brasil poderia simplesmente não cumprir com as obrigações judiciais impostas em uma possível condenação pela Corte Interamericana – assim como o fez (e faz) com os termos da condenação no caso *Gomes Lund vs. Brasil* (Guerrilha do Araguaia).

De igual modo, utilizar os organismos internacionais como uma instância recursal não nos parece a solução mais adequada, eis que a OEA não é um tribunal hierarquicamente superior ao Supremo Tribunal Federal. A Corte Interamericana já se pronunciou várias vezes no sentido de que a Corte Interamericana não é um tribunal recursal.

O Estado Brasileiro, membro da OEA, ratificou a Convenção Americana, a incorporou em seu ordenamento jurídico, e se submeteu voluntariamente a sua jurisdição, tem o dever de assegurar os direitos e garantias dispostos nos tratados e convenções internacionais, bem como de alinhar suas instituições jurídicas ao entendimento das interpretações que a Corte Interamericana tem da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Não se pode esperar que sobrevenha uma eventual condenação do Brasil, pela Corte Interamericana, em relação ao descumprimento da garantia do duplo grau de jurisdição (aos

moldes do que ocorreu no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*), para que somente a partir desse momento possa-se pensar soluções a sanar a contrariedade normativa, e institucional, do Brasil com a ordem internacional.

Da mesma forma que o STF reconheceu que os termos da Constituição Federal relativos a prisão civil do depositário infiel (artigo 5º, LXVII) eram contrários a Convenção Americana, deve o STF reconhecer a incompatibilidade dos artigos da Constituição Federal relativos ao foro privilegiado quando dispõe que o STF é a instância originária, eis que há, inevitavelmente, uma supressão de uma garantia constitucional, qual seja o duplo grau de jurisdição – que não pode ser mitigado.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, G. E. do, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos: mera declaração de propósitos ou norma vinculante de direito internacional?** Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Ano I – Número 1 – 2009 – página 1 de 10.

ARAÚJO, Edmir Netto de. O Direito Administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, Vol. 95, 2000 - p. 147-166.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AURÉLIO (Dicionário On-line). **Dicionário de Português**. Publicado em: 2016-09-24, revisado em: 2017-02-27. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/privilegio>>. Acesso em: 13 Abr. 2017.

BARBOSA, Ruy. **A constituição e os actos inconstitucionaes: do congresso e do executivo ante a justiça federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893.

_____. **Comentários à Constituição Federal brasileira** – colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003b, vol. V.

BAUR, Fritz. **Der Anspruch auf Rechliches Gehör**. Archiv fur civilistische Praxis, Tubingen, n. 153, p. 393-411, 1954.

BELÉM, Orlando Carlos Neves. **Do Foro Privilegiado à Prerrogativa de Função**. 2008. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 abr. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (1992a) (Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (1992b) (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945 (Carta das Nações Unidas).**
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>.
Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. **Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Penal nº 470 MG – Sobre admissibilidade dos Embargos Infringentes. Min. Celso de Mello, julgado em 18/09/2013. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRI NGENTES.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 976178. Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 09/12/2016, Publicado em 15-02-2017. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000321789&base=base Acordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 513044. Relator: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 22/02/2005, Publicado em 08-04-2005. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094300&base=base Acordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 248761. Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 11/04/2000, DJ 23-06-2000. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020093&base=base Acordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 248761. Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 23-06-2000. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=293831>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 209954. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 04-12-1998. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000029043&base=base Acordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601832. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009, DJ 02-04-2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087495&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental nos segundos Embargos Infringentes na Ação Penal nº 470, julgado em 13/02/2014. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=211542372&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 845223. Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 02-04-2012. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000186069&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus nº 711243. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 28/06/1994, DJ 23-09-1994. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000074825&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus nº 105005. Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 26/10/2010, DJe 18-02-2011. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000169929&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus nº 88420. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 17/04/2007, DJe 06-06-2007. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089480&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Inquérito nº 687-4 SP. Disponível em:
<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/INQ_687_SP_1278843798354.pdf?Signature=UrvGjZbj%2FZvcmKqPc4mXg7kODw8%3D&Expires=1492992945&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=435b6dca23d178324215c05da6469b43>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso em Habeas Corpus nº 80919. Relator(a): Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, julgado em 12/06/2001, DJ 14-09-2001. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000101626&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso em Habeas Corpus nº 79.785. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000015832&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Regimento interno [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. 263 p.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula n.º 394. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula n.º 451. A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil – Volume II** (15. ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **A Importância dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Implementação das Decisões de Responsabilização Internacional do Estado: Breve Análise do Caso Brasileiro**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_24098176_A_IMPORTANCIA_DOS_SISTEMAS_REGIONAIS_DE_PROTECAO_DOS_DIREITOS_HUMANOS_E_A_IMPLEMENTACAO_DAS_DECISOES_DE_RESPONSABILIZACAO_INTERNACIONAL_DO_ESTADO_BREVE_ANALISE_DO_CASO_BRASILEIRO.aspx>. Aceso em 15 fev. 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**, Volume III, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Volume I, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

_____. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 36, 1999, pgs.27-76.

_____. **El Ejercicio de la función judicial internacional**: Memorias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. **Desafíos de la protección internacional de los derechos humanos al final del siglo XX**. In Seminario sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, IIDH, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: Exposição didática, Área do Direito Processual Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, pgs. 117-148.

CORTE IDH. **Resolución de la corte interamericana de derechos humanos de 17 de octubre de 2014**. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14.pdf>. Acesso em: 01 dez 2014.

_____. **Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros versus Chile)**. Sentença de 05 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Caso Las Palmeras Vs. Colombia** (Sentencia de 6 de diciembre de 2001). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_90_esp.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.

_____. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela** (Sentencia de 17 de noviembre de 2009). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. **Opinião Consultiva OC N. 11/90, de 10 de agosto de 1990.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2126opinio.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

_____. **Opinião Consultiva OC N. 13/93, de 16 de julho de 1993.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2127opinio.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais** – 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, v. 3, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECHR. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2017.

ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In: A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada.* PAYNE, Leigh A; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

EUA. **Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia (1776).** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos da América – 1787.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão (1789).** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Constituição Brasileira.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GALINDO, Fabiana de Oliveira. Coleção para entender: **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GEROMEL, Vitor. **Jurisdição Internacional e justiça brasileira**: harmonias e dissonâncias. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2015.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Valor dos Tratados Internacionais: do plano legal ao ápice supraconstitucional?** Publicado em 12/08/2009. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090812090903272>. Acesso em: 08 fev. 2017

_____. **STF admite execução provisória da pena após dois graus de jurisdição. Questões controvertidas. Afeta a Lava Jato**. Publicado em 18/11/2016. Disponível em <<http://luizflaviogomes.com/stf-admite-execucao-provisoria-da-pena-apos-dois-graus-de-jurisducao-questoes-controvertidas-afeta-lava-jato/>>. Acesso em: 20 dez 2016.

_____. **Julgamento do mensalão no STF pode não valer**. Publicado em 25/09/2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-set-25/luiz-flavio-gomes-julgamento-mensalao-stf-nao-valer>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

IKAWA, Daniela. **Acesso aos mecanismos extra-convencionais de proteção aos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/ikawa_mec_extra_convencionais_dh.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo justo e contraditório dinâmico**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 2(1): 64-71 Janeiro-Junho de 2010.

LEMOS, Tayara Talita. A Emenda Constitucional n° 45/04 e as alterações na recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, V.1 (2007), Belo Horizonte: CEDIN, p. 556-596.

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

LUHMANN, Niklas. Two sides of the State founded on law. In: **Political theory in the Welfare State**. Trad. John Bednarz Jr. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. rev. e atual. Editora Principia, Parede, 2006.

MOTTA, Moacyr Parra. **Interpretação constitucional sob princípios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OAS. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2013)**. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. **Caso 11.552, Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil**. Disponível em <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/Caso11552port.doc>>. Acesso em: 20 nov de 2015.

_____. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

ONU. **Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)**. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

PAIVA, Caio Cesar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos** – 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Natureza Principiológica do Duplo Grau de Jurisdição**. Revista Brasileira de Direito Administrativo, v. 247 (2008), pgs.13-30.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. **A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Revista Interdisciplinar de Direito, v. 11, n. 1, 2014, pgs. 21-36.

PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Internacional dos Direitos Humanos no Brasil**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/jglobal2000/osistemainternacional.html>>. Acesso em: 23 out. 2015.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. rev. am pl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. In: Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, V.01, jan/jun, 2003, p. 147-161.

_____. **A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 47/48, jan/dez, 1997.

_____. Direitos humanos globais, Justiça internacional e o Brasil. **Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, Ano 8, V. 15, p. 93 – 110, jan/jun. 2000.

POSSAS, Mariana Thorstensen; ROCHA, Thiago Thadeu da. “Onça comeu o suspeito”: reflexões sobre o rule of law no Acre entre os anos 1980 e 2000. **Revista Lua Nova**, São Paulo, 91: 229-268, 2014.

POZZOLI, Lafayette. **Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência – fraternidade**. In: NAHAS, Thereza Christina; PADILHA, Norma Sueli; MACHADO, Edinilson Donizete. Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988 - 20 anos depois. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Processo internacional de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2. ed, 2012.

SANTOS, Alberto Silva. **O Sistema Interamericano De Proteção Dos Direitos Humanos Em Face Da Soberania Estatal**. 2010. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2010.

SANTOS, Marina França. **A garantia constitucional do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. Vol. III, São Paulo: Saraiva, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Prisão civil do depositário infiel e o "controle de convencionalidade"**. Publicado em 24 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/direitos-fundamentais-prisao-civil-depositario-infiel-controle-convencionalidade>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SAYÁN, Diego Garcia. **Garcia-Sáyan diz que Corte Interamericana de Direitos Humanos não é tribunal de revisão**. O Globo, Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2013. Entrevista concedida a Jailton de Carvalho. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/garcia-sayan-diz-que-corte-interamericana-de-direitos-humanos-nao-tribunal-de-revisao-10739675>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Ser Nobre na Colônia**. São Paulo: Editora Unesp, 2005.

SILVEIRA, Marcelo Augusto da. **Manual dos Recursos Cíveis**. Franca: Editora Lemos e Cruz, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 2. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Repensando os Embargos Infringentes**. Migalhas, São Paulo, 29 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI177278,51045-Repensando+sobre+os+embargos+infringentes>>. Acesso em 01 ago. 2017.

TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. **A carta das nações unidas: uma leitura constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.