

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

Antoniela Montanari Bento

O duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias do Supremo Tribunal Federal: Uma análise sobre os embargos infringentes da Ação Penal nº 470.

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2015**

Antoniela Montanari Bento

O duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias do Supremo Tribunal Federal: Uma análise sobre os embargos infringentes da Ação Penal nº 470.

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção de título de Especialização em Direito Constitucional.

Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2015**

Antoniela Montanari Bento

O duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias do Supremo Tribunal Federal: Uma análise sobre os embargos infringentes da Ação Penal nº 470.

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção de título de Especialização em Direito Constitucional.

Brasília, 28 de fevereiro de 2015.

Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
Professor Orientador

Profa. Me. Janete Ricken de Barros
Instituto Brasiliense de Direito Público

Profa. Me. Lara Morais
Instituto Brasiliense de Direito Público

RESUMO

Este trabalho analisa o recebimento dos embargos infringentes opostos contra decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 470. Uma das teses em defesa de seu recebimento é o pleno exercício do duplo grau de jurisdição garantido pela Convenção Americana de Direitos Humanos a toda pessoa que sofra condenação criminal (artigo 8º, item 2, *h*, da CADH). Busca-se avaliar em que medida os embargos infringentes garantem o pleno exercício do duplo grau de jurisdição. Para o estudo proposto, levam-se em conta o princípio da soberania nacional e da livre organização judiciária dos países em contraponto à norma internacional de direitos humanos. Verificam-se os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Justiça. Dessa forma, elaboram-se uma análise sobre uma das teses utilizadas como fundamento para o recebimento dos embargos infringentes perante o Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Constitucional. Soberania nacional. Duplo grau de jurisdição. Convenção Americana de Direitos Humanos. Embargos infringentes.

ABSTRACT

This paper analyzes the receipt of “embargos infringentes” opposites against decision of the Plenum of the Supreme Court in Criminal Action No. 470. One of the theses in defense of your receipt is the full exercise of the double degree of jurisdiction granted by the American Convention on Human Rights to any person who suffers criminal conviction (article 8, item 2, h, of ACHR). The aim is to assess to what extent the “embargos infringentes” guarantee the full exercise of the double degree of jurisdiction. For the proposed study, take into account the principle of national sovereignty and free judicial organization in counterpoint to the international standard of human rights. There are the understandings of the Supreme Court and of the Inter-American Court of Justice. In this way, an analysis drawn up on one of the theses used as grounds for the receipt of “embargos infringentes” against a decision of the Supreme Court.

Keywords: Constitutional. National sovereignty. Double degree of jurisdiction. American Convention on Human Rights. Embargos infringentes.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 6 |
| 1.A AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA NO STF E O DUPLO GRAU DE JURIDIÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO..... | 9 |
| 1.1 Ação penal originária | 9 |
| 1.2 Duplo grau de jurisdição: uma garantia fundamental? | 12 |
| 1.3 Restrição ao duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal | 19 |
| 1.4 Interpretação do Supremo Tribunal Federal..... | 22 |
| 2. CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O TRIBUNAL INTERAMERICANO..... | 27 |
| 2.1 A adesão do Brasil à Convenção Interamericana de Direitos Humanos e as responsabilidades assumidas..... | 28 |
| 2.2 O dever de adaptação do ordenamento jurídico interno pelos Estados signatários da Convenção..... | 31 |
| 2.3 Interpretação da Corte Interamericana..... | 34 |
| 3. EMBARGOS INFRINGENTES E O RECURSO ORDINÁRIO..... | 38 |
| 3.1 Dos embargos infringentes..... | 39 |
| 3.2 Os embargos infringentes no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal..... | 41 |
| 3.3 Embargos Infringentes como sucedâneo de recuso ordinário: é possível?..... | 46 |
| CONCLUSÃO..... | 49 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 51 |

Introdução

No ano passado, o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua competência originária, processou e julgou autoridades políticas envolvidas em crimes contra a administração pública. Os crimes consistiam em compra de votos de parlamentares do Congresso Nacional em troca de apoio político a projetos de lei do governo.

A ação teve grande repercussão nacional e internacional, tendo em vista que envolveu autoridades de cúpula da administração pública. Além disso, o *modus operandi* e a grande quantia de dinheiro envolvida escandalizou a todo o país. Trata-se da ação penal nº 470, que condenou 25 (vinte e cinco) réus a penas que variam de dois a quatorze anos de prisão.

A ação tramitou em rito especial em razão da competência originária do Supremo Tribunal Federal por prerrogativa de função de alguns dos acusados (artigo 102, inciso I, alínea b, CF), o que trouxe, por conexão, a competência para o STF de processar e julgar a todos os réus do caso.

Importante ressaltar desde já que o foro especial no STF por prerrogativa de função é um mecanismo de proteção da autoridade política para que possa exercer plenamente a função pública. O que se pretende garantir, portanto, são os institutos democráticos e não a pessoa detentora do cargo.

No entanto, essa prerrogativa pode vir de encontro a direitos do réu. É o caso do exercício do duplo grau de jurisdição. Isso porque ao ser julgado e condenado pela Corte Suprema, o réu não poderá recorrer da sentença, haja vista a ausência de recurso cabível e de órgão judicial superior para julgar.

É o que está ocorrendo no caso da ação penal nº 470. Não há fundamento constitucional e nem mesmo uma corte revisora no ordenamento jurídico interno para que os réus do famigerado caso do mensalão possam exercer o direito ao duplo grau de jurisdição. A Constituição Federal apenas menciona, no artigo 5º, inciso LV, que “são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, sem especificar o duplo grau como uma garantia constitucional.

Em razão do silêncio do texto constitucional, busca-se embasamento jurídico no direito internacional para a interposição de recurso nas ações penais originárias do Supremo. O fundamento seria o fato de que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, no qual consta expressamente o direito de recorrer de sentença condenatória como garantia judicial mínima a toda pessoa que responda a processo criminal.

A primeira resposta que vem à mente é que tratados de direitos humanos compõem o ordenamento jurídico brasileiro, tanto é que até podem ter *status* constitucional se aprovados pelo rito de emenda constitucional em data posterior à emenda constitucional nº 45/2004. Partindo dessa premissa, haveria sim fundamentação legal para a interposição de um recurso ordinário nas ações penais originárias do Supremo.

A resposta, no entanto, não é tão simples assim.

Segundo entendimento do STF a Convenção Americana de Direitos Humanos tem natureza supralegal. Isso porque, muito embora verse sobre direitos humanos, foi ratificada pelo Brasil antes da emenda constitucional nº 45/2004. Desse modo, a jurisprudência do Supremo o qualificou como abaixo da Constituição, por não ter seguido o rito de emenda conforme prevê a emenda constitucional 45, porém, acima das leis por versar sobre direitos humanos.

Dessa forma, tendo em vista que o direito a recurso em ações penais originária no Supremo teria previsão em tratado internacional de natureza supralegal, e não na Constituição Federal, surge a dúvida se o duplo grau de jurisdição é realmente uma garantia constitucional e, ainda, se deveria ser aplicado de forma absoluta ou não.

Assim, diante da ausência de fundamento legal no ordenamento jurídico brasileiro de um recurso ordinário contra condenação criminal proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a defesa de alguns condenados na ação penal nº 470 opuseram embargos infringentes, trazendo como um dos argumentos para o seu recebimento a imperiosidade do exercício do duplo grau de jurisdição em

conformidade ao que dispõe a CADH. A tese chegou a ser aceita pelos Ministros Teori Zavascki e Celso de Mello como fundamentação apta a justificar o recebimento dos embargos.

Neste trabalho pretende-se, portanto, avaliar em que medida o recebimento dos embargos infringentes contra condenação proferida pelo Supremo em ação penal originária atende ao exercício do duplo grau de jurisdição, analisando as vertentes jurídicas que envolvem o caso.

O primeiro capítulo situa o leitor sobre a origem e o fundamento de existência da ação penal originária no Supremo Tribunal Federal, bem como a problemática da restrição ao exercício do duplo grau de jurisdição, mostrando a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

No segundo capítulo, é analisada a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais precisamente o artigo 8º, item 2, *h*, da Convenção, que prevê o direito de recorrer da sentença a todos aqueles que respondem a processo criminal. Verificam-se a adesão do Brasil à Convenção, as responsabilidades assumidas e o dever de adequação da legislação interna dos países signatários. Também é trazida a interpretação brasileira sobre o mencionado artigo. Além disso, é exposta a interpretação da Corte Interamericana de Justiça.

Por fim, o terceiro capítulo versa sobre os embargos infringentes e sua sistemática procedimental perante o Supremo Tribunal Federal. Avalia-se, ao final, se os embargos infringentes, recebidos pelo Supremo contra condenação sofrida por alguns dos réus na ação penal nº 470, satisfazem o direito essencial de recurso à sentença penal condenatória garantido pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

1.A AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA NO STF E O DUPLO GRAU DE JURIDIÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A ação penal originária na Corte Suprema brasileira não é inovação da Constituição de 1988. Desde o Império o Supremo Tribunal Federal detém, dentre outras, a competência de processar e julgar ações penais por infrações cometidas por determinados detentores de cargo público¹. O que se alterou ao longo das constituições foram os cargos públicos que possuíam a prerrogativa de serem julgados perante o STF. O tipo da infração cometida, se crime comum ou de responsabilidade, também é um dos fatores determinantes à fixação da competência originária do STF, como se verá adiante.

As ações penais julgadas em única instância perante a Corte Suprema do país inibem a ideia de recorribilidade, uma vez que não haveria órgão judicial hierarquicamente superior para julgar eventual recurso. É por isso que nesse ponto as ações originárias ofenderiam o direito ao exercício do duplo grau de jurisdição, previsto em norma internacional de direitos humanos.

O estudo que se segue neste capítulo é para analisar as origens e os fundamentos da ação penal originária e do duplo grau de jurisdição. Para, assim, trazer a problemática da restrição do duplo grau nas ações julgadas em única instância perante o Supremo. Além disso, se verá a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

1.1 Ação penal originária no Supremo Tribunal Federal

Na Constituição de 1824, o então Supremo Tribunal de Justiça (art. 163) possuía a competência de processar e julgar *delictos e erros do Officio* de Ministros, do Ministro das Relações, dos Empregados Diplomáticos e dos Presidentes das Províncias (art. 164, da Constituição do Império).

Em 1891, foi promulgada Constituição da República estabelecendo o sistema federativo-presidencialista. Com isso, alterou-se a competência do Tribunal Supremo – agora já com a denominação de Supremo Tribunal Federal – para que a

¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1346.

figura do Presidente da República também fosse protegida pelo foro especial por prerrogativa de função. Assim, no artigo 59, inciso I, alíneas *a* e *b*, da Constituição de 1891, fixou-se a competência originária para as infrações comuns cometidas pelo Presidente e para as infrações comuns e de responsabilidade dos Ministros de Estados e dos Ministros Diplomáticos.

A Constituição de 1934 inovou ao incluir os crimes comuns praticados por seus próprios Ministros na competência originária da Corte Suprema – assim denominada. Além disso, incluiu os crimes comuns e de responsabilidade do Procurador Geral da República, dos Juízes Federais e da Corte de Apelação e os Ministros do Tribunal de Contas (art. 76-A, 1, alíneas, *a*, *b* e *c*).

Em 1937, o então Presidente Getúlio Vargas, após golpe de Estado, retirou a atribuição do Supremo de julgar o Presidente da República (101, inciso I, alíneas *a* e *b*), em nítida postura ditatorial, preservando apenas a penalização do Presidente por crimes de responsabilidade, mas que era de competência do Conselho Federal (art. 87). Foi preservada a competência originária por crimes dos Ministros do Supremo, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Juízes do Tribunal de Apelação, Ministros do Tribunal de Contas da União, embaixadores e membros do corpo diplomático.

Com a redemocratização do país, foi restabelecida, pela Constituição de 1946, a competência do STF de processar e julgar o Presidente da República nos crimes comuns e fixou-se a competência do Senado Federal para processar e julgar o Presidente nos crimes de responsabilidade. Inova-se ao atribuir foro especial no STF aos membros do Tribunal Regional do Trabalho e alteram-se os cargos de embaixadores e membros do corpo diplomático apenas para os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 101, alíneas, *a* e *b*).

Após o golpe militar de 1964, é semioutorgada nova Constituição, a de 1967. Essa Constituição prevê o foro especial perante o STF por prerrogativa de função do Presidente da República, Ministros do STF e do Procurador-Geral da República, nos crimes comuns. Além disso, incluiu os crimes comuns e de responsabilidade dos membros dos Tribunais Superiores da União, Juízes Federais e do Trabalho (art. 114, inciso I, alíneas *a* e *b*, da Constituição de 1967) na competência originária do

STF. No entanto, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 novamente alterou a competência do STF para incluir os crimes comuns praticados pelo Vice-Presidente da República e pelos deputados e senadores. E, ainda, excluiu os crimes comuns e de responsabilidade dos juízes federais e do trabalho da competência do Supremo (art. 119, inciso I, alíneas a e b, da Emenda Constitucional nº 1).

Por fim, a Constituição de 1988, após nova redemocratização política do país, optou por preservar o foro especial no STF para os crimes comuns praticados pelo Presidente e Vice Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do Supremo e o Procurador-Geral da República. Outrossim, fixou a competência para os crimes comuns e de responsabilidade praticados por Ministro de Estado, por Comandante da Marinha, Exército ou Aeronáutica, por membros dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Contas e por chefe em missão diplomática em caráter permanente (art. 102, inciso I, alíneas b e c, da Constituição Federal).

Como se vê, a depender do contexto histórico, a competência penal originária do Supremo altera-se conforme os ideais políticos. Isso porque a competência especial por prerrogativa de função do Supremo é um mecanismo de proteção da autoridade política para que possa exercer plenamente a função pública. É, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, uma garantia constitucional do exercício da função pública e não um privilégio². O que se pretende garantir aqui, portanto, são os institutos democráticos e não a pessoa detentora do cargo. E, acredita-se que a Corte Superior seja a melhor forma de proteção, já que teoricamente é o tribunal mais qualificado e mais forte contra pressões políticas externas. Daí dizer que não se trata de um privilégio ao detentor do cargo.

A terminologia “foro privilegiado” tinha razão de ser até a entrada em vigor da emenda constitucional nº 35 de 2001. Isso porque a mencionada emenda dispensou o Supremo da autorização da Casa parlamentar a que estava vinculado o indiciado para processar e julgar a ação penal. Como dependia de autorização, o STF, até 2001, não havia julgado nenhuma ação penal contra parlamentares, já que

² Ibid. p. 1365.

nunca obtinha a autorização do Parlamento. Por essarazão é que surgiu a expressão foro privilegiado³.

Contudo, após emenda constitucional nº 35, o Supremo passou a ter efetiva independência processual em suas ações penais, passando a julgar várias infrações cometidas por detentores de cargo público com prerrogativa de foro especial. Desse modo, passou-se a observar situações conflitantes entre a competência especial e direitos individuais dos réus. Um dos casos é o exercício do duplo grau de jurisdição.

A esse respeito aduz Luciano Felício Fuck que

O incremento de efetividade nos processos penais originários resultou na completa inversão das críticas ao Tribunal. Anteriormente, as principais críticas ao foro especial por prerrogativa de função, pejorativamente denominado “foro privilegiado”, relacionava-se à impunidade decorrente da ausência de autorização para tramitação dos processos criminais. Uma vez que o STF passou a conduzir os feitos criminais e os julgamentos passaram a acontecer, seja para absolver, seja para condenar, o “privilégio” tornou-se “maldição”, dada a ausência de recurso ordinário e duplo grau de jurisdição nos feitos apreciados em única instância pelo STF.⁴

Dessa forma, o detentor de cargo que possui foro especial por prerrogativa de função perante o STF ao ser julgado e condenado pela Corte Soberana, não poderá recorrer da sentença, já que “no modelo constitucional brasileiro o direito ao duplo grau de jurisdição não se realiza em todos os feitos e em todas as instâncias”⁵.

Nada obstante, teses de defesa têm questionado a ausência de recurso nas ações penais originária no Supremo, arguindo que o duplo grau de jurisdição é uma garantia fundamental e que deve ser garantida a todos os réus, sobretudo àqueles que respondem processos criminais, tendo em vista que se discute o direito à liberdade.

1.2 Duplo grau de jurisdição: uma garantia fundamental?

³FUCK, Luciano Felício. *Supremo julga ações penais e inqueritos mais rapidamente*. In: “www.conjur.com.br/2014-mai-10/observatório-constitucional-stf-julga-aco-es-penais-inqueritos-rapidamente”.

⁴Ibidem.

⁵MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 444

O princípio do duplo grau de jurisdição, ou princípio da recursividade⁶, é um mecanismo processual pelo qual se garante ao cidadão a revisão de um julgado por um juiz ou tribunal superior. A ideia de recorribilidade surgiu na Revolução Francesa com o objetivo de proteger a burguesia contra decisões judiciais arbitrárias.

O princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado pela Revolução Francesa, consiste em admitir-se, como regra, o conhecimento e decisão das causas por dois órgãos jurisdicionais sucessivamente, o segundo de grau hierárquico superior ao primeiro. Nesse princípio acha-se um dos alicerces dos recursos e de sua teoria.⁷

O fundamento de existência desse princípio parte de duas premissas: a possibilidade de erro do judiciário e a insatisfação da parte com um único julgado.⁸ É, portanto, um instrumento técnico-jurídico para evitar a falibilidade humana e também um instrumento de efeito psicológico sobre o homem para que se conforme com o julgamento do caso, ainda que a decisão lhe tenha sido desfavorável.

A respeito, Maurício Zanoide de Moraes aduz que

(...) se o Direito é uma criação humana aplicada por homens (juízes), que, conquanto seu melhor preparo técnico-jurídico, não perdem sua imanente falibilidade, o desafio permanente: os julgadores, por serem homens, podem incidir em erro na aplicação do Direito.

A possibilidade de revisão das decisões surge, portanto, numa primeira aproximação, como forma de se melhorar os provimentos jurisdicionais através de nova apreciação do problema inicialmente discutido.

(...)

Outro argumento de cunho subjetivo é a natural tendência psicológica do ser humano em não se conformar com a derrota.⁹

Por outro lado, o duplo grau de jurisdição também possui uma conotação política. Isso porque está intimamente ligado ao Estado de Direito e ao princípio democrático, uma vez que é uma forma de a sociedade controlar as decisões

⁶ LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 17.

⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

⁸ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 201.

⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 26.

judiciais e evitar o arbítrio do Estado¹⁰. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam que o principal fundamento do princípio do duplo grau de jurisdição é sua função política:

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de *natureza política*: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários *controles*. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição.¹¹

Denota-se, com isso, a importância do exercício do duplo grau de jurisdição para o fortalecimento da democracia, já que não se limita a um instituto técnico-jurídico-psicológico, mas sim a uma garantia aos cidadãos de revisão das decisões judiciais do Estado.

No Brasil, o princípio do duplo grau de jurisdição esteve presente de forma expressa somente na Constituição do Império (art. 158); nas demais é tida como um princípio implícito.

Na Constituição Federal de 1988 extrai-se o princípio do duplo grau do artigo 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Da leitura desse artigo, pode-se afirmar que o duplo grau é inerente ao princípio da ampla defesa e, por tal razão, seria uma garantia constitucional implícita, aplicável a todos os processos. No entanto, Luiz Guilherme Marinoni, em análise sistêmica, destaca que esse dispositivo constitucional deve ser lido em três partes. A primeira que as garantias ali previstas devem ser aplicadas a todos os processos judiciais e administrativos. A segunda que as garantias asseguradas são o contraditório e a ampla defesa. E, a terceira que a ampla defesa é assegurada com

¹⁰ NOGUEIRA, Maurício José. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006. p. 542 a 546.

¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 81.

os meios e recursos a ela inerentes. Dessa forma, esclarece o autor que o direito à ampla defesa não é o mesmo que direito de recorrer. Ressalta que o que deve ser garantido em todos os processos são os princípios do contraditório e a ampla defesa, e que recursos deve haver somente nas situações em que estejam estritamente ligados ao exercício da ampla defesa. Por essa perspectiva, aduz que é legítimo restringir o direito ao recurso em determinadas situações em que ele não seja inerente à ampla defesa, mormente para se garantir a razoável duração de processo e evitar o efeito procrastinatório.¹²

Caso o desejo da norma fosse o de garantir, em todo e qualquer caso, o direito de recorrer, teria apenas dito que aos litigantes são assegurados o contraditório, a ampla defesa, e os recursos, e não o contraditório, a ampla defesa, e os meios e recursos a ela inerentes. Ora, se são assegurados o contraditório, a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, é porque os recursos *nem sempre são inerentes* ao contraditório e à ampla defesa. Não fosse assim, bastaria a norma constitucional ter dito que são assegurados o contraditório e a ampla defesa, pois o direito ao recurso estaria aí necessariamente embutido.¹³

Partindo dessa premissa, verifica-se que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional implícita e, por conseguinte, não necessita ser aplicável a todos os processos. Afinal, o duplo grau também está ligado ao direito de ação, que por sua vez está ligado à tempestividade e à efetividade da tutela jurisdicional. Assim, o duplo grau deveria atender a ampla defesa, mas aliado ao princípio da razoável duração do processo.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Alguém poderia dizer que, muito embora o duplo grau não esteja expressamente garantido na Constituição Federal, este dela decorre implicitamente.

(...)

Quando a Constituição Federal afirma que estão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, ela não está dizendo que toda e qualquer demanda em que é assegurada a ampla defesa deva sujeitar-se a uma revisão ou a um duplo juízo. *Os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa. Nos casos em que não é razoável a previsão de um duplo juízo sobre o mérito, como nas hipóteses das causas denominadas de 'menor complexidade' – que sofrem os efeitos benéficos da oralidade*

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, vol 1: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 312 a 316.

¹³ *Ibid.*, p. 315.

–, ou em outras, assim não definidas, mas que também possam justificar, racionalmente, uma única decisão, não há inconstitucionalidade na dispensa do duplo juízo.

A ampla defesa – que se insere em uma perspectiva mais dilatada, que é a do devido processo legal – deve sempre ser pensada em confronto com o direito à tempestividade e à efetividade da tutela jurisdicional, que são corolários do direito de ação, *também expressamente garantido no art. 5º,XXXV, da Constituição Federal. Ao legislador infraconstitucional, em outras palavras, é deferida a oportunidade de verificar quando é racionalmente justificável, em nome do direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional, a dispensa do duplo juízo, por não ser o recurso inerente à ampla defesa.*

O art. 5º, LV, da CF, quer dizer que o recurso não pode ser suprimido quando inerente à ampla defesa; e não que a previsão do recurso é indispensável para que seja assegurada a ampla defesa em todo e qualquer caso.

Lembrem-se que quase todos os ordenamentos jurídicos, até mesmo o francês, relação ao qual a ideia do *double degré* parece estar especialmente ligada, *não prevêem o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional ou fundamental de justiça. Na verdade, em quase todos os países existem mitigação do duplo grau, justamente para atender à efetividade do direito de ação.*¹⁴

No mesmo sentido Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha destacam que:

O princípio do duplo grau de jurisdição não chega a consistir numa garantia, pois a Constituição Federal a ele apenas se refere, não o garantindo. A única Constituição que tratou do duplo grau de jurisdição como garantia absoluta foi a de 1824; as demais deixaram de se lhe conferir tal atributo. A atual Constituição Federal apenas prevê o princípio do duplo grau de jurisdição, não tratando de discipliná-lo como garantia.¹⁵

Contudo, como não previsto expressamente no texto constitucional, buscase embasamento jurídico no direito supranacional para reconhecer o duplo grau de jurisdição como uma garantia fundamental, sobretudo no direito processual penal.

O fundamento legal é a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁶, do qual o Brasil é signatário. Nesse tratado internacional consta expressamente o direito de recorrer da sentença como garantia judicial mínima a toda pessoa que responda a processo criminal.

¹⁴MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2008. p. 501 e 502.

¹⁵DIDIER Jr., Fredie. CUNHA, Leonardo José. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª ed. Salvador: JusPodium, 2009. p. 26.

¹⁶O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica – pelo Decreto nº 678, em 6 de novembro de 1992.

“Artigo 8º -Garantias judiciais

1. (...)

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

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

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

Sabe-se que tratados de direitos humanos compõe o ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, somente os tratados de direitos humanos que tenham sido aprovados após a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, pelo rito de emenda constitucional, é que terão *status* de norma constitucional (art. 5º, § 3º, da CF).

No caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF já pacificou entendimento no sentido de que sua natureza é supralegal¹⁷. Isso porque, muito embora verse sobre direitos humanos, foi ratificado pelo Brasil antes da emenda constitucional nº 45/2004. Desse modo, a jurisprudência do Supremo o qualificou como baixo da Constituição, por não ter seguido o rito de emenda conforme prevê o artigo 5º, §3º, da CF, porém acima das leis por versar sobre de direitos humanos.

Por essa premissa, o direito a recurso nas ações penais teria previsão em tratado internacional de natureza supralegal e não na Constituição Federal, por essa

¹⁷ STF. RHC 79.785/RJ. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. J. 29.03.2000. Publicado no DJ em 22.11.2002.

razão ainda subsiste a dúvida se o duplo grau de jurisdição é realmente uma garantia fundamental à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Aury Lopes Júnior reconhece a natureza constitucional desse princípio, por força do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal¹⁸, que integrou os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos no rol de direitos e garantias fundamentais. E, partindo da literatura de Flavia Piovesan, Aury Lopes Júnior destaca que a CADH, conquanto não seja formalmente constitucional, é materialmente constitucional, já que versa sobre direitos humanos. De modo que os direitos ali previstos devem ser vistos sim como direitos fundamentais.¹⁹

Contudo, ressalta esse autor que:

Prevalece o entendimento de que a Constituição não consagra expressamente o duplo grau de jurisdição, mas sim os casos em que haverá julgamento originário pelos tribunais, podendo haver, portanto, uma restrição à garantia que decorre da CADH. Ademais, ainda que o duplo grau fosse consagrado no texto constitucional, poderia haver a supressão ou limitação pelo próprio sistema constitucional.²⁰

Dessa forma, pode-se dizer que mesmo que se reconheça o *status* de garantia constitucional ao princípio do duplo grau de jurisdição, ele não teria aplicação absoluta, pois ainda assim a própria sistemática constitucional poderá restringi-lo, como o fez nas ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal.

Nesta linha é a lição de Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha:

Sendo assim, 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.²¹

Verifica-se, portanto, que o princípio do duplo grau de jurisdição, ou duplo

¹⁸ Art. 5º (...). § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁹ LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 454.

²⁰ *Ibid.*, p. 455.

²¹ DIDIER, *op. cit.* p. 26.

juízo sobre o mérito, deve ser visto como uma garantia constitucional processual, por força do que dispõe o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal. Nada obstante, não se pode dar a ele a aplicação absoluta justamente para se atender a razoável duração do processo – decorrente do direito de ação – e evitar a recorribilidade *ad aeternum*.

1.3 Restrição ao duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal

As ações penais originárias no Supremo é um exemplo de restrição constitucional a uma garantia fundamental, já que os réus que possuem foro especial por prerrogativa de função no Plenário do Supremo não poderão recorrer da sentença pelo simples fato de não haver outra instância ou órgão judicial para julgá-los.

Verifica-se, assim, que o duplo grau de jurisdição pode sofrer restrição, assim como todo direito fundamental. Entretanto, restringi-lo contra sentenças penais torna a questão polêmica, já que o duplo grau de jurisdição mostra-se ainda mais importante nas ações penais, tendo em vista que o processo penal constitucional é pautado pela proteção à pessoa do réu. E a análise sucessiva por outro órgão jurisdicional dá à decisão maior legitimidade e maior grau de certeza, aumentando as chances de se chegar a uma decisão mais justa.²²

Por tal razão é que a Convenção Americana de Direitos Humanos especificou o direito de recorrer de sentenças condenatórias proferidas em ações criminais.

No entanto, de um lado há expressa previsão constitucional de fixação de competência do STF (artigo 102, da CF/88); de outro, um tratado internacional de natureza supralegal, incluindo novos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Duas garantias processuais constitucionais que se colidem quando se trata de ação penal originária no Supremo Tribunal Federal.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam que

²²NOGEIRA., op. cit. p. 542 a 546.

A redação conferida ao § 3º do art. 5º da CF, pela EC n. 45/2004, suscita uma dúvida acerca da existência, ou não, de abertura para a criação de instâncias recursais complementares à jurisdição nacional. Coloca-se em debate a ideia da legitimidade, ou não, de que tratados ou convenções que versem sobre direitos humanos possam inserir, no texto constitucional, outros mecanismos institucionais de garantias de efetivação do duplo grau de jurisdição. Essa hipótese, contudo, não se mantém como regra geral pelo simples fato de que a prestação jurisdicional corresponde a uma das dimensões estratégicas do exercício constitucional da soberania estatal seria uma excessiva mitigação do princípio constitucional da soberania permitir-se, por um artifício dogmático de direito fundamental, que tratados e convenções internacionais, embora recepcionados, estabelecessem outros graus de jurisdição não previstos pelo constituinte originário ou pelo constituinte derivado. Tal possibilidade justifica-se apenas como exceção, não como regra. Em outras palavras, apenas na hipótese excepcional da previsão da competência subsidiária do Tribunal Penal Internacional (art. 5º, § 4º) é que surge a possibilidade de eventual rescisão de decisões proferidas em última ou única instância constitucionalmente disciplinada.²³

Partindo da visão dos autores, infere-se que a competência por prerrogativa de função do Supremo tem razão de existir na defesa das instituições democráticas e que criar uma nova instância recursal, por força de um tratado internacional supralegal – muito embora seja materialmente constitucional –, consubstanciaria em grave ofensa à soberania nacional, já que a opção do sistema jurídico adotado pelo país decorre do exercício de sua soberania.

Além disso, a restrição ao duplo grau nas ações penais originárias no Supremo é de natureza constitucional; de modo que é perfeitamente legítimo uma norma constitucional restringir um direito fundamental. “Trata-se de exceções constitucionais ao princípio, também constitucional. A Lei Maior pode excepcionar às suas próprias regras”.²⁴

Em entendimento contrário, Flávia Piovesan leciona que é chegada a hora de revisar a “noção tradicional de soberania absoluta do Estado”²⁵. Sob essa perspectiva, as soberanias dos Estados tendem a se relativizar, dando abertura a inovações trazidas pelo direito internacional em defesa dos direitos humanos.

²³ MENDES; BRANCO. op. cit. p. 446.

²⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. Op. cit., p. 81.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. Revista da AJURIS. Ano XXVI, nº 76. Porto Alegre: Ajuris, 1999. p. 332.

Antonio Augusto Cançado Trindade, na mesma linha, ressalta a insuficiência do ordenamento jurídico brasileiro para a devida proteção dos direitos humanos. Destaca que os direitos humanos precedem ao próprio Estado e que, dessa forma, devem os Estados primar pela realização dos direitos ali previstos:

Cumprir, em nossos dias, no domínio da proteção dos direitos humanos, expressar no direito interno a medida e as conquistas do direito internacional, ao invés de tentar projetar neste último a medida do direito interno. Importa aqui reduzir a distância ou brecha entre as óticas 'internacionalista' e 'constitucionalista'. Há que ressaltar a necessidade de, no presente contexto, buscar maior concordância entre o direito internacional e o direito interno, maior aproximação entre os enfoques internacionalista e constitucionalista, e conjugação da realidade interna com as possibilidades e meios de proteção internacional dos direitos humanos. Na verdade, verifica-se uma confluência entre o direito internacional e o direito público interno, na medida em que constitui objeto tanto de um quanto de outro a extensão ou garantia de proteção cada vez mais eficaz do cidadão, da pessoa humana.²⁶

Flávia Piovesan ainda esclarece que quando um direito previsto em tratado internacional contrariar um preceito do direito interno é preciso adotar o critério mais benéfico ao indivíduo, ou seja, deve-se optar pela norma que promover a maior proteção possível ao ser humano, cabendo esta tarefa aos Tribunais nacionais.²⁷

Em razão disso, Maristela Basso argumenta que o Brasil, ao não conhecer o direito a recurso das sentenças proferidas no Supremo em ação originária, está violando norma convencionada na Convenção Americana de Direitos Humanos:

Ao não reconhecer e contemplar internamente o direito de recorrer da sentença nos casos de competência do STF, o Brasil viola, portanto, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ademais, o STF viola a Constituição Federal na medida em que (i) as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art.5º.parágrafo 1º), e (ii) os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados serão equivalentes às emendas constitucionais (artigo 5º, parágrafo 3º). Do que se conclui que o Pacto de San José convive com as disposições de direito interno brasileiro, mas está acima das leis internas e tem efeito imediato — uma vez ratificado pelo Brasil.²⁸

Sobre o assunto, Valerio Mazzuoli destaca que:

²⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 623

²⁷ PIOVESAN, op. cit., *A Constituição...* p. 345.

²⁸ BASSO, Maristela. *Réus do mensalão podem recorrer à Comissão Interamericana*. Revista Consultor Jurídico, 27 de novembro de 2013.

Há, inclusive, um precedente já julgado pela Corte Interamericana sobre o assunto, e que se encaixa como uma luva à discussão. Trata-se do Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, julgado pela Corte em 17 de novembro de 2009, ocasião em que o tribunal da OEA entendeu que a Venezuela violou o direito ao duplo grau de jurisdição ao não oportunizar ao sr. Barreto Leiva o direito de apelar para um tribunal superior — a sua condenação também ocorreu em instância única (no caso do mensalão, este tribunal é o STF). Em outras palavras, a Corte Interamericana entendeu que o réu não dispôs, em consequência da conexão, da possibilidade de impugnar a sentença condenatória, o que viola frontalmente a garantia do duplo grau prevista (sem qualquer ressalva) na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 8, 2, h)”.

Assim, verifica-se que a doutrina diverge quanto à possibilidade ou não de restringir o exercício do duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias no Supremo, considerando que há norma internacional de direitos humanos que protege a pessoa do réu, garantindo o direito a recurso contra sentença penal condenatória e, por outro lado, não há previsão Constitucional sobre o direito a recurso contra sentenças condenatórias proferidas pelo Plenário do STF.

1.4 Interpretação do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, no julgado no RHC 79.785/RJ, pelo qual se discutiu a possibilidade de recurso contra sentença criminal do Plenário do Supremo, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, assentou que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional. Fundamentou que o duplo grau de jurisdição não pode ser uma garantia constitucional haja vista que norma internacional não pode instituir instância recursal não prevista na legislação interna. Esclareceu, ainda, que em situações de conflito entre normas internacionais e a Constituição deve prevalecer a Constituição, cuja hierarquia pode-se verificar no fato de que um tratado de direitos humanos para entrar em vigor e ter *status* de garantia fundamental deverá obedecer ao rito de aprovação estabelecido pela Constituição e, ainda assim, estará submetido ao controle de constitucionalidade. Outrossim, destacou que o próprio texto constitucional prevê várias hipóteses de julgamento único, trazendo exceções expressas ao duplo grau. Desse modo, conclui que é a norma internacional que está incompatível com o ordenamento interno e não o contrário:

I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição

e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. 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". 4. 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 (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADI/InMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.

III. 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.²⁹

Nada obstante a este precedente, em 18 de setembro de 2013, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria (6x5), julgou procedente o agravo regimental nº 27, da ação penal nº 470, por meio do qual recebeu os embargos infringentes opostos contra condenação proferida aos réus Delúbio Soares de Castro e Cristiano de Mello Pazpara que o Plenário revisse a condenação pelo crime de quadrilha, haja vista a existência de quatro votos favoráveis à absolvição desta conduta durante o julgamento da ação penal.

Nos debates, as principais teses abordadas foram a constitucionalidade do regimento interno do Supremo na parte que prevê a possibilidade de embargos infringentes contra decisão do Plenário (art. 333, inciso I, parágrafo único) e o exercício do duplo grau de jurisdição (artigo 8.2, *h*, do CADH).

Quanto ao duplo grau de jurisdição, a tese majoritária entre os Ministros do Supremo foi no sentido de que a sua previsão no CADH não constitui fundamentação apta para receber os embargos, tendo em vista que os infringentes, consoante entendimento exposto pelo Ministro Sepúlveda Pertence, não atendem “à eficácia instrumental atribuída ao duplo grau de jurisdição”³⁰, já que serão julgados pelo mesmo órgão que proferiu sentença. Além disso, os Ministros sustentaram que estes embargos estão restritos à matéria divergente e que não são aplicáveis a

²⁹ STF. RHC 79785, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 29/03/2000.

³⁰ *Ibidem*.

todos os réus. Destacaram, por fim, que o Código de Processo Penal prevê o duplo grau apenas contra decisões proferidas em segunda instância e não para as ações de competência originária dos tribunais.

Contudo, os Ministros Teori Zavascki e Celso de Mello afirmam que os embargos infringentes atenderiam sim – ainda que parcialmente – ao duplo grau de jurisdição conforme preceitua a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Ministro Teori Zavascki assim fundamentou:

(...), é importante salientar que o reconhecimento da recorribilidade das sentenças condenatórias proferidas em ações penais originárias é interpretação que melhor se harmoniza com a proteção consagrada no artigo 8.2,*h* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 06.11.92), que assegura, como “garantia mínima” de toda a pessoa, o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Na interpretação que lhe confere a Corte Interamericana de Direitos Humanos, recentemente reafirmada em sentença de 23 de novembro de 2012 (caso Mohamed vs. Argentina), essa garantia mínima tem o alcance normativo de assegurar direito a recurso até mesmo em casos em que a condenação penal seja imposta por um tribunal, provocado por recurso contra anterior sentença absolutória.³¹

O Ministro Celso de Mello, em voto de minerva, consignou que o cumprimento à norma prevista no CADH, com o recebimento dos infringentes, seria “incompleto”, “insuficiente”, “limitado”, já que não atenderia “à plena realização do direito fundamental assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos”³². Mesmo assim, acentuou que o duplo grau de jurisdição deve ser visto como fundamento para o recebimento dos embargos infringentes. Destacou, ainda, que o Brasil ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos comprometeu-se a cumprir as normas convencionadas e a submeter-se às decisões da Corte Interamericana de Justiça de Direitos Humanos. Assim, assevera – colacionando precedente da Corte Interamericana –, que o Brasil, ao não garantir o direito de revisão da condenação, estaria incorrendo em grave ilícito internacional. Assevera, ao final, que o artigo 29, da CADH, determina que a interpretação da norma

³¹ STF. Agravo Regimental nº 27, da ação penal nº 470/MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Voto Ministro Teori Zavascki. J. 18 de setembro de 2013.

³² STF. Agravo Regimental nº 27, da ação penal nº 470/MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Voto Ministro Celso de Mello. J. 18 de setembro de 2013.

internacional deve ser à luz da norma mais favorável à pessoa humana.³³

Dessa forma, conquanto haja dois votos pelo recebimento dos embargos infringentes com fundamento no exercício do duplo grau de jurisdição, denota-se que o entendimento majoritário do Supremo, sobretudo pelo precedente do Ministro Sepúlveda Pertence, é no sentido de que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional (os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso votaram pelo recebimento dos embargos, reconhecendo a constitucionalidade do regimento interno do STF e não pelo fundamento do duplo grau de jurisdição). Isso porque a norma internacional não pode criar instância recursal no ordenamento jurídico interno, sob pena usurpar o exercício da soberania nacional brasileira, na medida em que o ordenamento internacional estaria imiscuindo-se nas instituições democráticas adotadas pelo país no exercício de sua soberania.

³³Ibidem.

2. CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O TRIBUNAL INTERAMERICANO

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), baseada no respeito aos direitos essenciais de todo ser humano, tem por objetivo integrar os países das Américas para estabelecer um regime de liberdade pessoal e justiça social, isentando a humanidade do temor e da miséria, conforme se verifica pela leitura de seu preâmbulo:

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e

Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre os direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria;

Convieram no seguinte:³⁴

O Pacto foi assinado pelas nações integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA), durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, na cidade de San Jose, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, com entrada em vigor em 18 de julho de 1978.

André de Carvalho Ramos ressalta que

³⁴Preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Este tratado, conhecido também como Pacto de San José da Costa Rica, é hoje o principal diploma de proteção dos direitos humanos nas Américas por vários motivos: 1) pela abrangência geográfica, uma vez que conta com 24 Estados signatários; 2) pelo catálogo de direitos civis e políticos e 3) pela estruturação de um sistema de supervisão e controle das obrigações assumidas pelos Estados, que conta inclusive com uma Corte de Direitos Humanos.³⁵

A Convenção está dividida em três partes: i) deveres dos Estados e direitos protegidos; ii) meios de proteção; e, iii) disposições gerais e transitórias. Em seu preâmbulo, verifica-se que os países signatários convencionaram que o regime de liberdade e justiça propostos, deve estar “dentro do quadro das instituições democráticas”, ou seja, deve respeitar o quadro de instituições democráticas dos países signatários.

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, **dentro do quadro das instituições democráticas**, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;(…) – negrito.³⁶

Assim, as nações concordaram em respeitar os direitos e liberdades essenciais reconhecidos na Convenção a todo ser humano sem qualquer tipo de discriminação (artigo 1º).³⁷ Comprometeram-se, ainda, a adotar, de acordo com suas normas constitucionais, medidas para implementar os direitos e garantias ainda não previstos internamente (artigo 2º).³⁸

2.1 A adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos e as responsabilidades assumidas

³⁵ CARVALHO RAMOS, André de. *O Brasil no banco dos réus: dez anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Boletim IBCCRIM ano 16, nº 190, set. 2008. p. 11.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

³⁸ Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

O Brasil aderiu a essa Convenção apenas em 25 de setembro de 1992, a qual entrou em vigor em 6 de novembro de 1992, após a promulgação do Decreto Presidencial nº 678.

Portanto, ao aderir à Convenção, o Brasil comprometeu-se a respeitar o direito à vida e à integridade pessoal (física, psíquica e moral); a proibição da escravidão e da servidão; o direito à liberdade e à segurança pessoal; as garantias judiciais mínimas aos acusados em geral; a anterioridade da lei penal e os casos de retroatividade; o direito à indenização por erro judiciário; a proteção da honra e da dignidade; a liberdade de consciência, de religião, de pensamento e de expressão; o direito de resposta; o direito de reunião e de associação; a proteção da família, os direitos ao nome, à criança, à nacionalidade, à propriedade privada, à circulação e residência; os direitos políticos; a igualdade perante a lei; e, a proteção judicial. Enfim, comprometeu-se a proteger, nos termos da Convenção, qualquer ser humano que esteja no âmbito de sua soberania.³⁹

Flávia Piovesan, analisando a CADH, destaca que:

Em face desse catálogo de direitos constantes da Convenção Americana, o Estado-parte tem a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados.⁴⁰

Entretanto, apenas em 1998 é que o Brasil aderiu integralmente ao Pacto, ao reconhecer a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, submetendo-se à interpretação e às decisões da Corte Internacional.⁴¹ A partir de então, o Brasil passou a fazer parte do sistema de controle internacional de forma integral, podendo ser processado e condenado em ações de responsabilidade internacional em caso de violação a direitos humanos previstos na Convenção Americana.

Cumprido ressaltar que além da competência contenciosa, a Corte

³⁹ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 137.

⁴¹ Decreto Legislativo nº 89/98 de 3 de novembro de 1998. O reconhecimento foi feito por meio de nota transmitida ao Secretário Geral da OEA em 10 de dezembro de 1998.

Interamericana também possui prerrogativa consultiva, cujos pareceres, embora não sejam vinculantes, devem ser respeitados pelas nações signatárias, a fim de evitar futuras punições. Deste modo, o Brasil, assim como os demais países signatários, também deve observar o conteúdo dos pareceres em suas tomadas de decisões e em caso de dúvidas pode realizar consultas à Corte Interamericana.

Com relação às garantias penais, mais precisamente o direito de recorrer de sentença criminal a juiz ou tribunal superior previsto na Convenção, verifica-se que a primeira interpretação brasileira a respeito versou sobre o direito de apelar em liberdade contra decisão condenatória.

Na ocasião, o judiciário brasileiro procurou adequar-se à norma internacional, afastando a necessidade de recolhimento à prisão para se recorrer, primando pela prevalência da norma internacional.⁴²

No entanto, como visto no tópico anterior, quanto às ações penais originárias o Supremo entendeu não ser o caso de prevalência da Convenção Americana, haja vista que haveria excessiva ofensa à soberania nacional brasileira, uma vez que – reprise-se – norma internacional estaria criando instância recursal não prevista no ordenamento jurídico interno, interferindo, dessa forma, no quadro das instituições democráticas do país.⁴³

Por tal motivo é que não se pode trazer as razões de decidir que justificaram a prevalência da norma internacional para o caso do direito de recorrer em liberdade, haja vista que o cerne da questão era outro. No primeiro caso – o dever de recolher-se à prisão para recorrer –, a norma internacional conflitava com lei federal, qual seja, o Código de Processo Penal. No segundo, a norma internacional está a conflitar com a Constituição da República em parte que atinge a livre organização judiciária nacional.

Porém, a problemática aqui analisada é mais complexa, considerando que uma nação ao aderir à Convenção comprometeu-se a garantir a toda pessoa um processo criminal com possibilidade de recurso rápido e simples, devendo inclusive

⁴²A respeito: STF. HC 73.151/RJ. Relator Ministro Moreira Alves. DJU 19.04.1996.

⁴³STF. RHC 79785, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 29/03/2000. DJ 22.11.02.

alterar sua legislação, caso necessário, para garantir as possibilidades de recurso contra condenação criminal a toda pessoa.

Trata-se do dever de adaptar as normas internas para garantir a efetiva proteção de direitos humanos essenciais previstos no Pacto Internacional.

Contudo, é importante ressaltar que os Estados não convencionaram a possibilidade de a comunidade internacional imiscuir-se na soberania das nações signatárias. Tanto é que além de haver previsão no preâmbulo de que devem ser respeitadas as instituições democráticas dos países, há previsão no artigo 2º, da CADH, de que a adequação da legislação interna às normas internacionais deverá respeitar os preceitos constitucionais.

2.2 O dever de adaptação do ordenamento jurídico interno pelos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos

A Convenção de Viena, que versa sobre o direito dos tratados – aplicável, portanto, a todo tratado internacional^{44 45} –, dispõe em seu artigo 27 que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Trata-se do dever assumido pelos Estados-partes em adaptar seu ordenamento jurídico interno com as obrigações pactuadas no âmbito internacional.

Valério de Oliveira Mazzuoli assevera que

No presente domínio do Direito Internacional Público, os Estados contraem, no livre e pleno exercício de sua soberania, várias obrigações internacionais, e uma vez que o tenham feito não podem (à luz da Convenção de Viena de 1969) invocar disposições do seu

⁴⁴Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena. Artigo 5. Tratados Constitutivos de Organizações Internacionais e Tratados Adotados no Âmbito de uma Organização Internacional. A presente Convenção aplica-se a todo tratado que seja o instrumento constitutivo de uma organização internacional e a todo tratado adotado no âmbito de uma organização internacional, sem prejuízo de quaisquer normas relevantes da organização.

⁴⁵MAZZUOLI. *Curso de Direito Internacional...*, op. cit. p. 183 e 184. “É curioso observar que a Convenção de Viena de 1969 reveste-se de autoridade jurídica mesmo para aqueles Estados que dela não são signatários, em virtude de ser ela geralmente aceita como norma declaratória de Direito Internacional geral”, expressando direito consuetudinário vigente, consubstanciado na prática reiterada dos Estados no que diz respeito à matéria nela contida. Assim também entende o *Restatement of the Law (Third): the Foreign Relations Law of de United States*, que afirma ser a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados uma codificação geral do *direito costumeiro internacional* sobre os tratados”.

Direito interno, até mesmo do seu Direito Constitucional, como justificativa para o não cumprimento dessas obrigações.⁴⁶

O dever de adaptação determinado pela Convenção de Viena parte da premissa de que o Estado-parte ao ratificar o tratado consentiu livremente em garantir os direitos previstos no pacto internacional. Em razão disso, o Estado-parte assume o compromisso de garanti-los eficazmente, sem empecilhos burocráticos do direito interno, sob pena de incorrer em ilícito de responsabilidade internacional.

É certo que o Estado-parte, ao ratificar um tratado assume o dever de adaptar seu ordenamento interno, sob pena de sofrer condenação na Corte Internacional; entretanto, também é inconteste que o Estado-parte não convencionou que a comunidade internacional interfira em sua soberania e altere suas instituições democráticas.

Sob esta ótica, é que aqui se faz a leitura da Convenção Americana de Direitos Humanos, combinando o dever de adequação interna previsto na Convenção de Viena e no CADH, porém respeitando o quadro das instituições democráticas dos Estados-partes.

É preciso lembrar que a Convenção de Viena define como os tratados internacionais devem ser interpretados: um tratado internacional além de dever ser interpretado segundo a boa fé, deve ser lido em seu *contexto*. E “para fins interpretativos, o *contexto* de um tratado compreende, além do texto, seu preâmbulo e seus anexos”.⁴⁷

No caso da Convenção Americana, ficou definido no preâmbulo, como dito anteriormente, como devem ser aplicadas as normas convencionadas no Pacto: respeitando o quadro das instituições democráticas das nações signatárias.

Além disso, a própria CADH em seu artigo segundo determina que os Estados-partes comprometem-se a adotar as medidas previstas no Pacto “de acordo com as suas normas constitucionais”:

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

⁴⁶ MAZZUOLI. *Curso de Direito Internacional...* op. cit. p. 277.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 283.

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, **de acordo com as suas normas constitucionais** e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (negrito)

Partindo dessas premissas e considerando que a livre organização judiciária de um país “corresponde a uma das dimensões estratégicas do exercício constitucional da soberania estatal”⁴⁸, constituindo, pois, o seu quadro de instituições democráticas, não poderia a Convenção Americana criar instância recursal inexistente no ordenamento interno, sem que houvesse alteração no texto Constitucional.

Ora, sabe-se que no Brasil para se implementar instância recursal às ações penais originárias do Supremo seria necessária a vontade política da nação, representada pelo parlamento, em emendar a Constituição e determinar qual seria o recurso cabível e qual o órgão julgador para estes casos.

Como não há esta previsão Constitucional, não se mostra crível dar à Convenção Americanaprevalência para usurpar a soberania nacional na sua livre organização judiciária e, por conseguinte, criar instância recursal acima do Plenário da Corte Suprema, excluindo uma das poucas causas de exceção ao exercício do duplo grau de jurisdição.

Por outro lado, a criação de recurso ordinário nas ações penais originárias no Supremo não reflete a vontade da população brasileira; pelo contrário, os brasileiros revoltam-se com o excessivo número de instâncias recursais e as impunidades que disso decorrem, sobretudo nos casos de corrupção contra a administração pública por agentes de alto escalão do governo. Assim, não há como alterar instância recursal sem que a população expressamente a consinta por meio de seus representantes eleitos.

Dessa forma, não se verifica que o Brasil ao não criar instância recursal acima do Plenário do STF esteja indo de encontro ao pactuado na Convenção Americana, uma vez que na própria Convenção Americana consta, tanto no

⁴⁸MENDES; BRANCO. *op. cit.* p. 446.

preâmbulo quanto em seu artigo segundo, que as instituições democráticas e as normas constitucionais dos Estados-parte deverão ser respeitadas no processo de adequação do ordenamento jurídico interno à legislação internacional.

Outrossim, a restrição ao direito de recurso é uma restrição constitucional, a qual é perfeitamente legítima, tendo em vista que ainda que se reconheça do *status* de direito fundamental, não há como reconhecer o seu caráter absoluto, já que, como é sabido, todos os direitos fundamentais são passíveis a restrições constitucionais.

2.3 Interpretação da Corte Interamericana sobre o artigo 8.2.h, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: Casos Barreto Leiva e Mohamed.

Em 17 de novembro de 2009, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado da Venezuela por violação a várias garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos durante a tramitação do processo criminal movido contra Oscar Enrique Barreto Leiva. Trata-se do caso Barreto Leiva vs. Venezuela.

Segundo consta na sentença, Barreto Leiva, na época dos fatos, era Diretor Geral do Ministério da Secretaria da Presidência da República da Venezuela e foi processado e julgado perante a Corte Suprema local por crimes contra o patrimônio, em razão de sua gestão no ano de 1989.

A Corte Interamericana declarou que durante o curso do processo houve graves violações a direitos humanos e ao devido processo legal, uma vez que o Estado venezuelano não garantiu ao réu o direito de comunicação prévia e pormenorizada da acusação (art. 8.2.b, da CADH), tendo o réu sido surpreendido com a acusação após participar como testemunha no caso inicialmente contra o então Presidente da República. Não garantiu o direito de contar com o tempo e os meios adequados para preparar a defesa (art. 8.2.c, da CADH) e de ser assistido por defensor de sua escolha (art. 8.2.d, da CADH). Violou o direito de liberdade e de não submeter pessoa a detenção arbitrária (art 7.1 e 7.3, da CADH). Violou, ainda, os direitos à liberdade pessoal (art. 7.1, da CADH), à razoável duração da prisão (art, 7.5) e à presunção de inocência (art. 8.2). Além disso, não oportunizou a Barreto

Leiva o direito de recorrer da sentença (artigo 8.2.h, da CADH).

Diante disso, a Corte Interamericana condenou o Estado da Venezuela a pagar a Barreto Leiva a quantia de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos) a título de indenização e, ainda, determinou ao Estado que oportunizasse a Barreto Leiva o direito de recorrer de sentença criminal e a adequar o ordenamento jurídico interno de forma a garantir o direito de recorrer de sentença criminal a todos, inclusive àqueles que possuem foro especial e, ainda, a adotar medidas para implementar o sistema acusatório para o sistema processual penal venezuelano.

No que tange à discussão sobre o direito de recorrer, a Corte Internacional fundamentou que

Embora os Estados tenham uma margem de apreciação para regular o exercício desse recurso, não podem estabelecer restrições ou requisitos que infrinjam a própria essência do direito a recorrer da decisão. O Estado pode estabelecer foros especiais para o julgamento de altos funcionários públicos, e estes foros são compatíveis, em princípio, com a Convenção Americana (par. 74 supra). No entanto, ainda nestas hipóteses, o Estado deve permitir que o indivíduo submetido à justiça conte com a possibilidade de recorrer da decisão condenatória. Assim aconteceria, por exemplo, se fosse disposto que o julgamento em primeira instância estaria a cargo do Presidente ou de uma câmara do órgão colegiado superior e o conhecimento da impugnação corresponderia ao plenário deste órgão, com exclusão dos que já se pronunciaram sobre o caso. Em razão do exposto, o Tribunal declara que a Venezuela violou o direito do senhor Barreto Leiva reconhecido no artigo 8.2.h da Convenção, em relação ao artigo 1.1 e 2 da mesma, já que a condenação proveio de um tribunal que conheceu do caso em única instância e o sentenciado não dispôs, em consequência, da possibilidade de impugnar a decisão. Cabe observar, por outro lado, que o senhor Barreto Leiva teria podido impugnar a sentença condenatória proferida pelo julgador que teria conhecido sua causa se não houvesse sido aplicada a conexão que acumulou o julgamento de várias pessoas por um mesmo tribunal. Neste caso, a aplicação da regra de conexão, admissível em si mesma, trouxe consigo a inadmissível consequência de privar o sentenciado do recurso previsto no artigo 8.2.h da Convenção.⁴⁹

Em 23 de novembro de 2012, a Corte Interamericana confirmou esse entendimento ao condenar a Argentina internacionalmente responsável por haver violado o direito de recorrer de sentença condenatória a Oscar Alberto Mohamed.

⁴⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Mérito, reparaciones e costas. Sentença de 17 de novembro de 2009.

No caso em questão, Mohamed fora condenado por tribunal de segunda instância que reformulou sentença absolutória proferida pelo juízo monocrático e, ainda, aplicou pena mais severa que a prevista na denúncia. Os fatos se referem a um acidente de trânsito causado por Mohamed, que na ocasião era motorista de ônibus, e que culminou na morte de uma pessoa. Mohamed foi indiciado e processado por homicídio culposo a pena de um ano de prisão e a seis anos sem o direito de obter licença para dirigir, além das custas processuais. O recurso da acusação contra a sentença absolutória teve provimento pelo tribunal, que aplicou a pena de três anos de prisão e oito anos sem o direito de dirigir.

A sistemática recursal da Argentina previa, na época, apenas a possibilidade de interpor recurso extraordinário federal. No entanto, a Corte Internacional entendeu que este recurso não atendia a necessidade de uma revisão ampla e eficaz do julgado, uma vez que estava limitado a questões de validade da lei, tratado ou norma constitucional ou, ainda, a arbitrariedade da sentença, excluindo questões fáticas e de direito infraconstitucional.

Além disso, afirmou a Corte Interamericana que o recurso extraordinário Argentino está regulado pelo Código de Processo Civil e Comercial da Nação, situação que não se coaduna com a sistemática processual penal. Tanto é que interposto recurso extraordinário pela defesa pedindo a anulação da decisão condenatória e, por conseguinte, novo julgamento, o Tribunal Superior argentino negou seguimento ao fundamento de que se trata de pedido de revisão de questões de fato e de direito já analisadas pelas instâncias inferiores.

Por estas razões, a Corte Interamericana determinou ao Estado argentino que reparasse a violação praticada, garantindo ao réu Mohamed o direito de interpor um recurso ordinário de forma acessível e eficaz contra a condenação sofrida e, ainda, a adequar o ordenamento jurídico interno de forma a garantir a todos o direito de recorrer de condenação, além de indenização por danos materiais e imateriais causados a Oscar Alberto Mohamed:

La Corte resaltó que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, y reiteró que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz, lo cual supone, inter alia, que: debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiriera la calidad de cosa juzgada; debe procurar

resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; y las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

Asimismo, el Tribunal indicó que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada.

Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. Además el Tribunal consideró que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo El artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral.⁵⁰

Em razão da semelhança com a ação penal nº 470, que tramita perante o STF, os Ministros Teori Zavascki e Celso de Melo fizeram referência a estas decisões da Corte Interamericana como um dos argumentos para receber os embargos infringentes opostos na ação penal nº 470.

Contudo, os precedentes acima indicados da Corte Interamericana de Direitos Humanos não podem ser comparados ao caso brasileiro, tendo em vista que nos casos da Venezuela e da Argentina houve violações a direitos humanos que inexistem no caso brasileiro. No caso Mohamed, o réu foi condenado em única instância em juízo monocrático e ainda havia um Tribunal Superior, porém só tratava de matéria cível. No caso Barreiro Leiva, a Argentina adotava o sistema inquisitório, o que ocasionou graves violações ao direito de defesa. Na ação penal 470, do STF, todas as garantias decorrentes do devido processo legal foram respeitadas, tanto é que foram mais de 50 (cinquenta) sessões de debates até que o Plenário do Supremo formasse sua convicção.

De toda forma, ainda que se tenha esses casos como análogos à ação penal 470, do STF, denota-se que o recebimento de embargos infringentes não suprima a ausência do duplo grau de jurisdição.

⁵⁰Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. Caso Mohamed VS. Argentina. Sentença de 23 de novembro de 2012.

3. EMBARGOS INFRINGENTES E O RECURSO ORDINÁRIO

Sabe-se que os Tribunais Superiores revestem-se de competência originária, recursal ordinária e recursal extraordinária. O recurso ordinário “é a espécie recursal cabível em hipóteses pontuais previstas na Constituição Federal e que provoca a prestação jurisdicional dos tribunais competentes como *cortes de segundo grau*”.⁵¹

O recurso ordinário é, portanto, uma espécie recursal do grupo de recursos ordinários, os quais se definem por serem recursos que devolvem amplamente a matéria ao tribunal *ad quem* e garantem o exercício do duplo grau de jurisdição.⁵²

Daí retira-se a semelhança do recurso ordinário com o recurso de apelação, uma vez que faz com que as Cortes Superiores atuem como *corte de segundo grau*, podendo rever e alterar matérias de fato e de direito.⁵³ Contudo, deve-se atentar que o recurso ordinário e a apelação, embora façam parte da categoria de recursos ordinários, são espécies recursais distintas, “não podendo ser confundidas entre si, sob pena de subversão do sistema recursal pátrio”.⁵⁴

Frise-se que o recurso ordinário é interposto unicamente contra acórdão em situações específicas previstas na Constituição.⁵⁵ É dirigido ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça sem a necessidade de prequestionamentos ou outros requisitos, como é exigido nos recursos extraordinários:

Normalmente, os tribunais superiores ficam vinculados à ideia de que a sua competência recursal é extraordinária – o que implica todas as conhecidas limitações desses recursos em relação à matéria de fato, ao prequestionamento, à admissibilidade etc. O recurso ordinário constitucional é, como o próprio nome diz, um recurso ordinário, só que dirigido ao STF/STJ, que exercerão competência recursal sem qualquer limitação em relação à matéria fática.⁵⁶

⁵¹SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 588.

⁵² LOPES., op. cit. *Direito Processual Penal...* p. 1200.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Ibid., p. 616.

⁵⁵ Constituição Federal. Artigos 102, inciso II, e artigo 105, inciso II.

⁵⁶ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Jus Podium, 2014. p. 233

Por sua vez, os embargos infringentes, criado pelas Ordenações Filipinas⁵⁷, evoluiu do pedido de reconsideração. “Essa reconsideração representava expediente criado para atalhar dificuldades práticas relacionadas ao procedimento da apelação no antigo direito português”.⁵⁸

3.1 Dos embargos infringentes

No direito processual civil, é cabível contra acórdão, não unânime, proferido em recurso de apelação que houver reformado a sentença de mérito ou contra acórdão, não unânime, que julgar procedente ação rescisória (artigo 530, do CPC).⁵⁹

Vicente Greco Filho afirma que

Esse recurso tem por fim provocar o reexame de acórdãos proferidos em apelação e ação rescisória, no que houver divergência entre os juízes, possibilitando não só a retratação dos que anteriormente votaram, mas também a modificação da decisão pelo ingresso, quando for o caso, de outros juízes no órgão julgador.⁶⁰

Trata-se, portanto, na sistemática civil, de recurso manejado exclusivamente pela parte vencida se o tribunal modificar, por maioria, em juízo de apelação, o mérito da sentença ou, ainda, julgar procedente ação rescisória.

Na sistemática do direito processual penal, o recurso de embargos infringentes está disciplinado no artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal – juntamente com os embargos de nulidade⁶¹ –, o qual prevê que “quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade”.⁶²

⁵⁷ SANTOS, Ernani Fidélis dos. Manual de direito processual civil. Vol 1. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 783.

⁵⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2014. p. 595.

⁵⁹ Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

⁶⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol 2. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 388.

⁶¹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1282. “Nos embargos de nulidade, a divergência é estritamente com relação à matéria processual. Enquanto que nos embargos infringentes a divergência é com relação ao mérito”.

⁶² Artigo 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária. Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu,

De se destacar que tanto no processo civil, quanto no processo penal, os embargos infringentes são cabíveis contra decisões não unânimes proferidas pelo Tribunal em sede recursal, nunca contra sentença proferidas em primeira instância decorrente de competência originária.

Fernando da Costa Tourinho Filho assim esclarece

Os embargos infringentes e de nulidade são oponíveis contra a decisão não unânime de segunda instância e desfavorável ao réu. Não basta, pois, a falta de unanimidade. É preciso, ainda, que a divergência do voto seja-lhe favorável. Desse modo, apreciando uma apelação, recurso em sentido estrito ou agravo em execução (excepcionalmente carta testemunhável, se ocorrer a hipótese do art. 644), se a Câmara ou Turma, por maioria, decidir contra o réu, e o voto dissidente lhe for favorável, cabíveis serão os embargos.

Trata-se de recurso primário da Defesa e que existe para tutelar, mais ainda, o direito de liberdade do réu. Por isso mesmo, como já se afirmou, não conflita tal particularidade com os princípios do contraditório e da igualdade das partes, “uma vez que estes existem como garantias do direito individual”. Ele decorre do princípio do *favor rei*, como é a revisão criminal, a proibição da *reformatio in pejus* etc. A Acusação dele não pode fazer uso, salvo na Justiça Militar, em face do que dispõe o art. 538, do CPPM.⁶³

Além disso, os embargos infringentes deverão ser julgados por órgão jurisdicional superior ao prolator do Acórdão. Assim, esclarece Aury Lopes Júnior que

(...) as apelações, recursos em sentido estrito ou agravos em execução serão julgados pelas Câmaras Criminais (na justiça estadual) ou nas Turmas Criminais (justiça federal). Dessa decisão não unânime, favorável à defesa, caberão embargos (infringentes ou de nulidade, conforme o caso) para o órgão jurisdicional superior, a saber, os Grupos Criminais (Tribunais de Justiça dos Estados) ou Seção Criminal (no âmbito dos Tribunais Regionais Federais).⁶⁴

As razões de embargos ainda deverão estar adstritas à matéria controvertida entre os juízes da Turma ou Câmara. Dessa forma, se a divergência for parcial, não será possível opor embargos infringentes com relação à parte incontroversa. A respeito, Eugenio Pacelli de Oliveira assevera que

admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentre de dez dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

⁶³ TOURINHO FILHO, *Código de Processo Penal Comentado*. Vol. 2. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 420.

⁶⁴ LOPES., op. cit. *Direito processual penal...*p.1283.

Se a decisão não unânime for apenas parcial, havendo unanimidade quanto à solução de outras questões, a defesa deverá opor embargos apenas em relação a essa parte, ao tempo em que poderá também interpor o recurso eventualmente cabível (extraordinário ou especial), concomitantemente em relação às demais.⁶⁵

O julgamento dos embargos seguirá o rito previsto nos regimentos internos dos Tribunais, consoante prevê o artigo 533, do Código de Processo Civil: “admitidos os embargos, serão processados e julgados conforme dispuser o regimento do tribunal”.

3.2 Os embargos infringentes no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: não recepção ou revogação pela Lei 8.038/1990?

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, prevê em seu artigo 333, as possibilidades de oposição de embargos infringentes contra decisões proferidas pelo Plenário, quando houver pelo menos quatro votos contrários favoráveis ao réu.

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

No entanto, paira a dúvida sobre a constitucionalidade do mencionado dispositivo, tendo em vista que o Regimento Interno do Supremo entrou em vigor em 1º de dezembro de 1980, ou seja, sob a égide da Constituição de 1967, com as alterações da emenda constitucional de 1969, ocasião em que o Supremo detinha competência normativa para legislar sobre processo no âmbito de sua competência.

Contudo, sabe-se que com a ruptura trazida pela nova ordem Constitucional de 1988, normas infraconstitucionais anteriores só serão recepcionadas se forem compatíveis com a nova ordem constitucional. Trata-se, na lição de Paulo Ricardo

⁶⁵OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 985.

Schier, da “filtragem constitucional”.⁶⁶

Sob esta perspectiva, verifica-se que a Constituição de 1988 fixou a competência privativa da União, ou seja, do Congresso Nacional, para legislar sobre normas processuais (artigo 22, inciso I, da CF), remetendo aos regimentos internos dos tribunais dispor sobre a organização, competência e funcionamento dos tribunais, “com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes” (art. 96, inciso I, “a”, da CF).

Considerando que a nova ordem Constitucional é incontestável com relação à competência privativa da União em legislar sobre normas processuais, todo e qualquer ato normativo anterior à Constituição de 1988 que verse sobre processo e que não tenha sido aprovado pelo Congresso Nacional não poderia, a rigor, ser recepcionado.

Sabe-se pela teoria da recepção que a incompatibilidade capaz de ensejar a não recepção pelo novo ordenamento refere-se à incompatibilidade material, pouco importando a incompatibilidade formal.

Deve-se a Kelsen a teorização do fenômeno de recepção, pelo qual se busca conciliar a ação do poder constituinte originário com a necessidade de se obviarem vácuos legislativos.

Kelsen sustenta que as leis anteriores, no seu conteúdo afinadas com a nova Carta, persistem vigentes, só que pro fundamento novo. A força atual desses diplomas não advém da Constituição passada, mas da coerência que os seus dispositivos guardam com o novo diploma constitucional. Daí Kelsen dizer que “apenas o conteúdo dessas normas permanece o mesmo, não o fundamento de sua validade”.

O importante, então, é que a lei antiga, no seu conteúdo, não destoe da nova Constituição. Pouco importa que a forma de que o diploma se revista não mais seja prevista no novo Texto Magno. Não há conferir importância a eventual incompatibilidade de forma com a nova Constituição. A forma é regida pela lei da época do ato (*tempus regis actum*), sendo, pois, irrelevante para a recepção.

Assim, mesmo que o ato normativo se exprima por instrumento diferente daquele que a nova Carta exige para a regulação de determinada matéria, permanecerá em vigor e válido se houver a concordância material, i. é, de conteúdo, com as novas normas constitucionais.⁶⁷

⁶⁶A filtragem constitucional tem como núcleo central a força normativa da Constituição. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris editor, 1999.

⁶⁷MENDES; BRANCO. *op. cit.* p. 124.

No entanto, o caso do artigo 333, do Regimento Interno não se trata de uma mera incompatibilidade formal, mas sim de um vício material por ofensa à divisão de Poderes da República e ao devido processo legislativo, repercutindo, portanto, em ofensa ao próprio estado democrático de direito.

Logo, o Regimento Interno do Supremo deveria ser recepcionado somente na parte que se refere à organização, competência e funcionamento da Corte, sendo que a parte de versa sobre normas processuais, como é o caso do artigo 333, deveria ser declarada não recepcionada, haja vista a manifesta incompatibilidade com a nova ordem Constitucional.

Porém, o Supremo Tribunal Federal optou por recepcionar o seu Regimento Interno, dando-lhe *status* de lei ordinária para se evitar o vácuo legislativo, sem fazer a recepção parcial.

Somente em 1990, foi editada lei para disciplinar a ação penal originária no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, bem como os recursos cabíveis no âmbito de STF e do STJ. Trata-se da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990. Essa Lei revogou os artigos do Regimento Interno do STF e do STJ que versavam sobre o processo e julgamento das ações penais originária e os recursos cabíveis perante estas Cortes.

Apesar disso, o problema sobre a possibilidade de se receber embargos infringentes no Supremo persistiu na medida em que esta lei, a Lei 8.038/1990, ao tratar dos recursos cabíveis no STF e no STJ, é silente com relação aos embargos infringentes nas ações penais originárias.

O silêncio sobre os embargos infringentes ao invés de ser lido como uma revogação tácita conforme prevê o LIDB para a solução de antinomias aparentes⁶⁸, fez com que se possa remeter ao art. 333, do Regimento Interno do STF, o fundamento legal do recurso de embargos infringentes contra decisões do Plenário do Supremo.

Isso porque o Ministro Celso de Mello, no voto que recebeu os embargos

⁶⁸Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

infringentes contra a sentença proferida na ação penal nº 470, do STF, em análise histórica, lembrou que no governo de Fernando Henrique Cardoso o Congresso Nacional discutiu e não aprovou a proposta de lei de iniciativa do então presidente a República que afastava o cabimento dos embargos infringentes perante o Supremo. Diante disso, asseverou que não há que se falar em revogação tácita, mormente pelo fato de o Congresso já haver apreciado e rejeitado a questão de forma específica.

Entretanto, Lenio Luiz Streck argumenta que a Lei 8.038/1990 revogou sim o Regimento Interno do STF. Fundamenta a assertiva em precedentes do próprio Supremo. Sustenta que na ADI 1289, os embargos infringentes foram aceitos tão somente porque não havia lei específica sobre o processo e julgamento das ações de controle de constitucionalidade, ou seja, o julgamento precedeu à Lei nº 9.868/1999, que regulamentou a matéria. Analisou que após o advento da Lei 9.868/1999, que não previu a possibilidade de embargos infringentes e ainda fixou que as decisões em ações diretas ou declaratórias de (in)constitucionalidade são irrecorríveis, o STF passou a não admitir mais os infringentes (ADI 1591). Assim, concluiu o autor ser perfeitamente justificável do ponto de vista hermenêutico que após o advento da Lei 8.038/1990, que regulamentou as ações originárias perante o STF e o STJ de forma específica, a norma contida no artigo 333, do Regimento Interno do Supremo não poderia mais ser aplicável ao caso, considerando sua revogação pelo advento de lei específica:

O RISTF só existe no contexto do campo significativo que emana da Constituição. Nesse sentido, parece que a pá de cal na discussão pode estar na quase desconhecida ADI 1289, pela qual o STF entendeu o cabimento de embargos infringentes em ação direta de inconstitucionalidade.

Qual era o case nessa ADI 1289? Tratava-se de uma ADI ajuizada antes da entrada em vigor da Lei 9.868/99. Mas qual é a importância disso? Ai é que está. O STF (ADI 1591) admitia a interposição de embargos infringentes em ADI até o advento da Lei 9.868. Como essa lei não previu a hipótese de embargos infringentes, o STF passou a não mais os admitir. Só admitiu embargos infringentes – como é o caso da ADI 1289 – nas hipóteses que diziam respeito ao espaço temporal anterior à Lei 9.868.

Assim, é possível dizer que, nesse contexto, se o STF considerou não recepcionado (ou revogado) o RI (no caso, o art. 331) pelo advento de Lei que não previu esse recurso (a Lei 9.868), parece absolutamente razoável e adequado hermeneuticamente concluir que o advento da Lei 8.038, na especificidade, revogou o art. 333 do

RISTF, que trata de embargos infringentes em ação penal originária (na verdade, o art. 333 não trata de ação penal originária; trata a matéria de embargos infringentes de forma genérica, mais uma razão, portanto, para a primazia da Lei 8.038, que é lei específica). É o que se pode denominar de força perversiva do comando constitucional previsto no art. 96, I, a, na sua combinação com o art. 22 da CF. Veja-se: um limita o outro. Se é verdade que se pode afirmar – como fez o STF – que normas processuais previstas em regimento interno são recepcionadas pela CF/88, também é verdade que qualquer norma processual desse jaez não resiste a um comando normativo infraconstitucional originário da Constituição de 1988. Isto porque, a partir da CF/88, um regimento interno não pode contemplar matéria estritamente processual. Ora, a Lei 8.038 foi elaborada exatamente para regular o processo das ações penais originárias. Logo, não há como sustentar, hermeneuticamente, a sobrevivência de um dispositivo do RISTF que trata da matéria de modo diferente.⁶⁹

Ao tratar do artigo 333, do RISTF, Eugênio Pacelli de Oliveira segue a mesma linha, destacando que

Acreditávamos que a sua não recepção pela ordem constitucional de 1988 era de uma evidência solar. E, não bastasse, que a Lei nº 8.038/90, que cuida justamente de *normas procedimentais no âmbito dos tribunais superiores*, teria revogado qualquer resquício de regulamentação processual deferida ao Supremo Tribunal Federal pela ordem constitucional (autoproclamada assim!!) de 1967. No entanto, no julgamento da já famosa Ação Penal (originária) 470/MG, conhecida por *mensalão*, o Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco (6 x 5), afirmou a validade do citado dispositivo.(...) Em primeiro lugar, a delegação de poderes normativos para a Suprema Corte regular *os procedimentos de sua competência* vem de fonte ilegítima do Poder Público, dado que proveniente de ordem jurídico-constitucional (?) instalada a partir do Golpe Militar de 1964. Em segundo, porque a Constituição de 1988 atribui à União a competência para legislar sobre direito processual (art. 22, I), com o que seriam com ela incompatíveis e não recepcionadas quaisquer normas processuais ou procedimentais que não tivessem origem no Congresso Nacional. Caso evidente do art. 333, do RISTF. Em terceiro, porque a citada Constituição da República arrolou de modo expresso e detalhado toda a competência recursal do Supremo Tribunal Federal, consoante se prevê de seu art. 102. Em quarto, porque a Lei nº 8.038/90 não deixa qualquer margem a dúvida ao dispor sobre as ações penais originárias e sobre os respectivos procedimentos, não contemplando, à obvidade, os embargos infringentes do art. 333, RISTF. Ou seja, ao contemplar o *processo* e o *procedimento* a citada legislação varreu do mapa os dispositivos regimentais de todos os tribunais que fossem incompatíveis com aqueles. Mas não é só.

⁶⁹STRECK, Lenio Luiz. *Não cabem embargos infringentes no Supremo*. <http://www.conjur.com.br/2012-ago-13/mensalao-nao-cabem-embargos-infringentes-supremo>.

A lei nº 8.038/90 dispõe também sobre os *recursos cabíveis* para os Tribunais naqueles procedimentos então regulados. Com efeito, previu-se, além da Reclamação (art. 13) e do *habeas corpus* (que também não é recurso, mas ação – art. 23), o recurso especial, o extraordinário, o agravo de instrumento (arts. 26, 27 e 28), o recurso ordinário em *habeas corpus* (art. 30) e em mandado de segurança (art. 33), a apelação cível, além do agravo regimental (art. 39).

A “cereja do bolo” vem nos embargos de natureza infringente previstos no art. 29 (Lei nº 8.038/90), contra decisão de *turma*, para submeter a matéria ao plenário, conforme for previsto em normas regimentais. Ora, aqui se explicita claramente que os embargos infringentes somente seriam cabíveis contra decisões de *turma* e que estivessem em divergência com aquelas de outras *turmas* ao do próprio Colegiado!!

Silêncio mais eloqüente que esse em tema de embargos infringentes não poderia haver! Não há espaço para o art. 333 do RISTF!⁷⁰

Desse modo, observa-se que o regimento interno do Supremo, na parte que versa sobre os embargos infringentes, mais precisamente o artigo 333, do RISTF – aqui, objeto de análise –, a rigor, deveria ter sido declarado não recepcionado pela nova ordem Constitucional ou, então, revogado pelo advento de lei posterior específica, a Lei nº 8.038/90.

Todavia, não foi assim que o Supremo decidiu o caso. Na decisão que recebeu os embargos infringentes na ação penal nº 470, foram afastadas as teses de não recepção e de revogação tácita para que fossem recebidos os embargos infringentes opostos pelos réus Delúbio Soares e Cristiano de Mello da Paz, garantindo-lhes, assim, o direito de recorrer de sentença criminal condenatória.

3.3 Embargos Infringentes como sucedâneo de Recurso Ordinário: é possível?

Em razão da ampla devolução das matérias de fato e de direito que um recurso ordinário pressupõe, os embargos infringentes não podem ser tidos como sucedâneo de um recurso ordinário.

Isso porque nos infringentes a matéria é restrita ao ponto divergente e somente ao réu que obtiver o voto contrário durante o julgamento em instância recursal. A exclusão dos demais réus, nos casos em que há pluralidade de agentes, é ainda maior perante o Supremo, considerando que se exige o número mínimo de quatro votos divergentes para se receber os embargos infringentes (art. 333, do

⁷⁰OLIVEIRA, Eugêncio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 986 e 987.

RISTF).

Por essa linha, a efetiva garantia do duplo grau de jurisdição é incompatível com as restrições previstas para os embargos infringentes. “Se a questão é da necessidade de duplo julgamento, nem deveria ser exigida a presença de votos vencidos nas condenações”.⁷¹

Dessa forma, ainda que se entenda pela recepção e pela não revogação do artigo 333, do Regimento Interno do Supremo, pela Lei nº 8.038/90, os embargos infringentes não se mostram aptos a afastar a ausência de um recurso ordinário e a garantir o exercício do duplo grau de jurisdição, conforme prevê a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Eugênio Pacelli de Oliveira faz importante síntese acerca da problemática:

A tese da recepção e da não revogação do art. 333 do RISTF escorou-se basicamente no argumento de que não haveria incompatibilidade do citado dispositivo regimental com a Constituição e com a Lei nº 8.038/90. Chegou-se a falar até em violação ao duplo grau de jurisdição.

(...).

Quanto ao último, do duplo grau de jurisdição, cabe ressaltar que a Assembléia Constituinte de 1988 era e foi livre e soberana para definir a competência originária do Supremo Tribunal Federal, bem como dos demais tribunais (arts. 96, 102, 105 e 108). Assim, as normas previstas em tratados internacionais a que se refere o art. 5º, §2º, da CF, somente terão validade interna quando compatíveis com a ordem constitucional originária. Foi o constituinte, portanto, quem decidiu não se aplicar o duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias. E o STF sempre assim decidiu, conforme se vê de sua Súmula nº 704. Por isso, não vemos qualquer possibilidade de revisão das decisões condenatórias em ações penais originárias por Tribunais Internacionais. Restaria afrontada a soberania nacional, na medida em que, sabe-se bem, a jurisdição desses Tribunais é apenas subsidiária e vinculada a determinados pressupostos objetivos (morosidade, julgamentos de exceção etc.).

E, mais. Duplo grau pressupõe *dupla jurisdição*, isto é, órgãos distintos de jurisdição. Decisões de *turmas* do STF poderiam ser objeto de impugnação recursal para o *plenário*, se houvesse tal previsão de competência originária de Turmas para o julgamento das ações penais. Entretanto, não há essa previsão no regimento (mas poderia haver!) e nem em Lei.

Não faz o menor sentido, *data venia*, submeter a *novo julgamento* um processo já decidido, e em que tenha havido o mais amplo exercício da defesa dos acusados. Se os votos fossem secretos, estaríamos

⁷¹OLIVEIRA, *op. cit.* p. 988.

de acordo. Mas, todo julgamento nos tribunais é absolutamente aberto e precedido de longos debates entre os membros do Tribunal. Não há surpresa argumentativa ou de fundamentação desconhecida para os votos vencidos.

Há mais. Se o fundamento de violação do duplo grau de jurisdição viesse a prevalecer, rigorosamente todas as condenações em ações penais originárias quem tenham prevalecido por maioria simples desde a Constituição de 1988 deverão ser irremediavelmente anuladas! Afinal, não se pode exigir o duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias unicamente no Supremo Tribunal Federal... E caberia a esta E. Corte a revisão de todas essas condenações, seja em grau de recurso, seja pela via do *habeas corpus*.

E, mais ainda. Se a questão é a necessidade de duplo julgamento, nem deveria ser exigida a presença de votos vencidos nas condenações.

Uma última questão.

Haverá situações em que a competência do Supremo Tribunal Federal por prerrogativa de função somente aparecerá no curso da ação ou já em fase recursal. Nesses casos, em que a Corte aprecia a matéria apenas pela via do recurso, parecem-nos evidentemente incabíveis os embargos infringentes, na medida em que o Regimento Interno somente cuida do processo relativo à ação penal originária e não à apreciação de recursos.

Enfim, como a composição da Suprema Corte vem se alterando com grande frequência, aguardemos os próximos julgamentos. Mas, com uma certeza: a alteração da composição do Tribunal não implica *duplo grau de jurisdição* ou o julgamento por órgãos distintos da jurisdição.⁷²

Denota-se, portanto, que um recurso ordinário pressupõe ampla devolução da matéria a órgão de jurisdição superior e os infringentes são restritivos não só quanto à matéria, mas também quanto aos réus – somente àqueles que obtiverem votos contrários à condenação e no Supremo ainda é preciso que haja uma divergência expressiva, que é representada pelo número mínimo de quatro votos favoráveis.

Desse modo, a oposição de embargos infringentes como sucedâneo de recurso ordinário mostra-se uma medida temerária e, até mesmo, impossível do ponto de vista jurídico, porquanto não atende de forma alguma aos pressupostos de existência da garantia ao duplo grau de jurisdição.

⁷² Ibid., p. 987 e 988.

CONCLUSÃO

Como visto, para se garantir, nas ações penais originárias do Supremo, o exercício do duplo grau de jurisdição, conforme prevê a Convenção Americana de Direitos Humanos, e adequar o ordenamento jurídico interno à norma internacional, seria preciso uma emenda à Constituição da República incluindo uma nova hipótese de recurso ordinário à competência do Supremo Tribunal Federal.

Criar uma nova instância recursal a partir de norma internacional que não tenha obedecido ao rito legislativo de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, parágrafo 3º, da Consituição Federal, consubstancia em grave ofensa à soberania nacional.

Não se trata, *data maxima venia*, de relativizar a soberania nacional em prol dos direitos humanos, como defendem os juristas internacionalistas, mas sim de preservar a livre formação de vontade do Estado em sua organização judiciária.

A organização judiciária de um Estado, como é sabido, constitui uma das instituições democráticas do país, não devendo a nação permitir a interferência internacional neste ponto. Tanto é verdade que vários países, como Espanha, Colômbia e União Européia (Protocolo 7, Convenção Européia dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, artigo 2º), admitem restrição ao duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias perante a Corte Suprema.⁷³

O silêncio do constituinte originário sobre essa hipótese recursal, portanto, não é um lapso jurídico. A omissão está pautada a partir da estrutura recursal adotada pelo próprio consituente, pois, por óbvio, seria uma incongruência criar recurso sem que houvesse um órgão judicial superior para julgá-lo.

Por outro lado não se pode, de maneira alguma, invocar os embargos infringentes como forma de suprir – ainda que parcialmente, como afirmaram os Ministros do Supremo Celso de Mello e Teori Zavaski no julgamento que recebeu os infringentes opostos na ação penal nº 470 – a falta de previsão recursal do constituinte.

⁷³ STF. Agravo Regimental nº 27, na Ação Penal nº 470. Voto Ministro Luiz Fux. J. 18 de setembro de 2013.

Isso porque os embargos infringentes, por suas características restritivas, não se mostram como fundamento apto a garantir o exercício do duplo grau de jurisdição, já que não devolvem toda a matéria. Além disso, no caso do Supremo, não serão julgados por instância judicial hierarquicamente superior.

Ademais, a previsão legal dos embargos infringentes perante o Supremo Tribunal está em norma regimental que, a rigor, não deveria ter sido declarada recepcionada pela Constituição de 1988, já que a competência para legislar sobre processo é competência exclusiva da União, ou seja, do Congresso Nacional (art. 22, da Constituição Federal). De modo que, sob a atual Constituição, não pode o Regimento Interno do Supremo criar norma processual.

Como se isso não bastasse, a Lei nº 8.038/1990 revogou implicitamente o artigo 333, do RISTF, que prevê a possibilidade de embargos infringentes contra decisões do Plenário do STF, pois se trata de lei específica que regulou o trâmite processual das ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não agiu com acerto ao receber os embargos infringentes opostos na ação penal nº 470. Porquanto os embargos infringentes, além de estarem previstos em norma regimental que, a rigor, é inconstitucional ou, ainda, revogada por lei específica posterior, não garantiu aos réus a amplitude recursal conforme prevê o instituto do duplo grau de jurisdição.

Por conseguinte, conclui-se que o recebimento dos embargos infringentes contra a sentença condenatória proferida na ação penal nº 470, do Supremo Tribunal Federal, em nada atendeu ao princípio do duplo grau de jurisdição. Pelo contrário, trouxe um tratamento diferenciado com relação aos demais réus, já que aqueles que não obtiveram o número mínimo de votos divergentes não puderam recorrer da sentença.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2014.

BASSO, Maristela. *Réus do mensalão podem recorrer à Comissão Interamericana*. Revista Consultor Jurídico, 27 de novembro de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. *Comentários Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHAL, Ana Paula. *Ação Penal no Supremo precisa ser modernizada*. Revista Consultor Jurídico, 21 de setembro de 2013.

CARVALHO RAMOS, André de. *O Brasil no banco dos réus: dez anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Boletim IBCCRIM ano 16, nº 190, set. 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Jus Podium, 2014.

FUCK, Luciano Felício. *Supremo julga ações penais e inquéritos mais rapidamente*. In: "www.conjur.com.br/2014-mai-10/observatório-constitucional-stf-julga-aco-es-penais-inqueritos-rapidamente".

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol 2. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES Jr, Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.

_____, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MAZZUOLI, Valerio. *Corte Interamericana pode, sim, exigir novo julgamento*. Revista Consultor Jurídico, 19 de novembro de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo, Saraiva: 2012.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOGUEIRA, Maurício José. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. Revista da AJURIS. Ano XXVI, nº 76. Porto Alegre: Ajuris, 1999.

_____, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. Vol 1. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris editor, 1999.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Não cabem embargos infringentes no Supremo*. <http://www.conjur.com.br/2012-ago-13/mensalao-nao-cabem-embargos-infringentes-supremo>.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. Vol. 2. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.