

## Duplo grau ou foro especial? O conflito entre o direito de recorrer e o foro por prerrogativa de função

Márcia Diniz<sup>1</sup>

*"Na situação de radical alienação do mundo, nem a história nem a natureza são em absoluto concebíveis. Essa dupla perda do mundo – a perda da natureza e a perda da obra humana no senso mais lato, que incluíria toda a história – deixou atrás de si uma sociedade de homens que, sem um mundo em comum que a um só tempo os relacione e separe, ou vivem em uma separação desesperadamente solitária ou são comprimidos pela massa, pois uma sociedade de massas nada mais é que aquele tipo de vida organizada que automaticamente se estabelece entre seres humanos que se relacionam ainda uns aos outros, mas que perdem um o mundo outro e comum a todos eles."*

Hannah Arendt

### Introdução

O foro por prerrogativa de função, previsto na Constituição da República, impede o duplo grau de jurisdição, no sentido amplo – que é o direito do acusado em ter a revisão total de uma decisão original condenatória –, em conflito com a garantia conferida no art. 8º, 2º, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em vigor no Brasil desde 1992.

De um lado, uma norma constitucional, enraizada desde a Constituição do Império, que tem por objetivo, em síntese, proteger a independência de certas instituições do Estado, determinando competências diferenciadas para julgar os ocupantes dos cargos funcionais que representam tais instituições. Entretanto, a competência excepcional de tribunais superiores para julgar em primeiro grau aqueles que detêm a prerrogativa estabelecida na Constituição da República impede que esses acusados – e aqueles que são atraídos para o mesmo foro – tenham direito a uma revisão do inteiro teor da sentença, ou porque o tribunal que seria hierarquicamente superior (*ad quem*) tem sua competência recursal limitada pela mesma Carta e não poderá reapreciar matéria de mérito ou porque nem sequer haverá tribunal *ad quem*, quando a competência original for do Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, a Constituição de 1988 incorporou os princípios fundamentais de proteção aos direitos humanos e os dispositivos que os garantem cláusulas pétreas. Além disso, a Constituição da República atendeu aos reclamos mundiais de valorização do indivíduo sobre o Estado e à inexorável internacionalização do direito, fazendo constar expressamente no mesmo artigo que estabelece os direitos e garantias fundamentais que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes (...) dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º parágrafo 2º CR). Desde 1992, o Brasil está obrigado a respeitar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, que foi introduzido no Brasil pelo Decreto nº 678/92 e que dispõe em seu artigo 8º, 2º: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h (...) recorrer da sentença ao juiz ou tribunal superior".

Assim, se deveria houvesse sobre o texto da Constituição não ter expressamente alinhado o duplo grau entre os direitos garantidos em seu art. 5º (eis que muitos entendem que a "ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes" e o "devido processo legal" já incluem o duplo grau tacitamente), agora está evidente que esse direito foi assegurado quando o país promulgou a referida Convenção, sem ressalvas. Identificado o conflito, atáste-se a possibilidade de se instaurar tribunais de exceção, solução expressamente vedada pela Constituição, eis que impossível a adequação do sistema para viabilizar o convívio entre os dois institutos.

### 1. Somos todos iguais neste mundo?

Uma sociedade igualitária, onde todos os homens possuísem não apenas os mesmos direitos, mas, principalmente, as mesmas oportunidades. Este desejo que parece perseguiu a humanidade é o que existe de mais distante da realidade histórica. Ao contrário, a desigualdade, na maioria das vezes, é a principal marca entre os homens e nem sempre a sua abolição foi um anseio. Platão, por exemplo, afirmava que uma sociedade justa seria aquela em que cada indivíduo possuisse um lugar para poder exercer sua função de acordo com a sua aptidão natural. Ele via a desigualdade como algo natural e justo. Aristóteles, por sua vez, defendia que os sistemas jurídicos até hoje ideados pela civilização ocidental, também dizia que os homens eram naturalmente desiguais.

A Igreja Católica precisava da hierarquização para assegurar o poder dos clérigos sobre os demais membros da sociedade. Para isso, usou o discurso da natureza para justificar a hierarquia entre os seres, pois a constituição celeste servia como prova irrefutável da necessidade de uma escala entre os senhores e os servos. O próprio Criador dava mostras dessa necessidade, pois entre o divino e os seres humanos também existe uma escala de seres: Deus, santos, anjos, padres passando por governantes e o povo.

O limite imposto à lógica dos privilégios é apenas um: o bem comum. Por ser uma sociedade holística, o mais importante é o grupo e não o indivíduo, por isso se percebe aqui que seria o melhor para o grupo. A busca do bem já aparecia em Aristóteles e se sedimenta com São Tomás de Aquino. Dizia este que não bastava o governante fazer o bem para si, mas, sim, deveria ele agir como um bom pastor, guiando os seus atos no sentido de alcançar o bem para todos os seus súditos. Assim naturalizou-se a ideia de uma hierarquia civil e religiosa ligada a direitos, deveres e privilégios. A sociedade medieval ditava o lugar de cada um, o seu poder e seus privilégios de acordo com a atividade exercida. Sacerdotes, reis, nobres, comerciantes, agricultores, servos, cada um com seu posto, e este era inquestionável. A igualdade era algo impensável neste período, pois ia contra a lógica aristotélica, tomista e, principalmente, a lógica natural ditada pelo próprio Deus.

Aos poucos, a lógica dos privilégios foi sendo abandonada e começaram a surgir movimentos e doutrinas que reivindicavam o fim dos privilégios de poucos em detrimento da servidão de muitos. O conde de Rousseau domou o Leviatã de Hobbes e o colocou aos pés do cidadão, o povo passou a ser soberano e exercer domínio sobre o Estado: "Cada um de nós coloca sua pessoa e toda a sua potência sob direção suprema da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro enquanto parte divisível do todo."<sup>2</sup> Ele dá, finalmente, importância ao indivíduo, que passa a ser uma parte importante do todo social.

Os filósofos iluministas chegaram para levantar questões sobre a lógica da sociedade hierarquizada, culminando com a Revolução Francesa, que criou por igualdade e liberdade. Finalmente, o ideal de desigualdade pregado desde a História Antiga é posto por terra e surge uma nova bandeira que chamava por algo indelével: a igualdade. A igualdade entre os homens só poderia ser fruto de uma sociedade individualista, pois para ser igual o homem precisa se entender como indivíduo e esquecer a lógica holística. Apenas o burguês poderia pretender ser igual e apenas dentro de uma sociedade de uma hierarquização intensa e perceptível tal reivindicação poderia fazer sentido. O homem passou a ser singular, repleto de características particulares, que o diferenciavam dos demais. Apenas quando se tornou diferente o homem pode pretender ser igual.

A Revolução Francesa trouxe à tona esta nova forma de compreender o homem como um ser social e político. Apenas uma revolução burguesa poderia fazer com que os homens reivindicassem

o direito e a igualdade, consagrados no primeiro artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum."<sup>14</sup> Iguais, mas nem tanto<sup>15</sup>...

A igualdade universal (a palavra universal como fruto de uma preensão bem humana) só foi transformada em lei internacional em 1948, alguns anos depois da experiência, aterrorizante, de uma guerra atroz, fruto do ápice do racionalismo e da tecnologia. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>16</sup> proclamou: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos." Esta igualdade, desejo humano, dentre tantos outros incompatíveis com este, nasceu, sem saber exatamente o que queria dizer. Difícil hoje conceituar algo tão idílico e implacável. Como conciliar a realidade de um mundo capitalista, político, institucionalizado e burocrático, repleto de favores, privilégios, fortunas e misérras com o desejo do ideal proclamado pelos filósofos, profetas e poetas, que sonharam com o mundo ideal? Como falar em igualdade, se a lei precisa proteger nossos institutos da ira da política e do desejo (muito humano?) de ser sempre desigual?

O princípio de que "todos são iguais perante a lei", hoje consagrado na maior parte das constituições do mundo ocidental, deverá ser interpretado levando-se em consideração as desigualdades existentes entre os indivíduos. Significa dizer que não se podem colocar diante das mesmas condições (imposições legais) indivíduos desiguais, como, por exemplo, adultos e crianças, sadios e alienados. Neste diapasão, não se pode negar a influência do pensamento judaico-cristão na criação de um conjunto de prerrogativas e garantias que pudessem constituir uma base ética para as relações humanas.

## II. Duplo grau de jurisdição

A história da humanidade é a história da busca da justiça, ainda que este conceito tenha um significado diferente em cada período histórico. Para alcançar este ideal, o homem resolveu entrar em resolução de suas lides a um terceiro (neuro no conflito) que, provavelmente, chegaria a um resultado menos parcial. Este poderia ser um sábio, um anão, um membro ilustre da comunidade; alguém que pudesse simbolizar respeito e confiança. No entanto, o homem é fãbio, e nem sempre a resposta era a desejada. Muitas vezes era maculada de erro e corrupção, por isso se instituiu um sistema de reexame da sentença por um tribunal superior, denominado segundo grau, para o qual poderiam recorrer as partes vencidas e inconformadas com a sentença proferida em primeiro grau.<sup>17</sup>

O reexame dos pronunciamentos jurisdicionais é algo quase tão antigo quanto o próprio direito dos povos. A reformação ou reafirmação de uma decisão de primeiro grau possibilitou a criação de um sistema de tribunais distintos, autônomos e hierarquicamente justapostos e de um sistema de recursos que reunia a matéria decidida a uma nova apreciação, agora aos órgãos superiores. O recurso passou a ser uma forma de permitir o acesso ao segundo grau de jurisdição das ações julgadas em primeiro grau.<sup>18</sup> Assim, toda decisão de um magistrado que prejudique um direito ou um interesse da parte deve ser recorrível, como uma forma de corrigir os erros e falhas inerentes aos seres humanos.

O duplo grau de jurisdição é um modelo de organização processual em que todo o litígio pode ser submetido a dois órgãos julgadores diversos, a fim de sanear qualquer tipo de injustiça. Procura garantir à parte vencida, total ou parcialmente, o direito de submeter a matéria decidida a uma nova apreciação, no mesmo processo, desde que atendidos determinados pressupostos específicos, estabelecidos em lei.<sup>19</sup> A Constituição brasileira não dispõe expressamente sobre o direito ao duplo grau de jurisdição, mas a interpretação do texto entre os arts. 102 e 108 revela que existe uma previsão legal implícita. Existe, entretanto, uma divergência sobre o duplo grau ser ou não princípio constitucional. Alguns autores, como Arruda Alvim e Manuel Ferreira Filho, não admitem a previsão legal deste princípio no texto constitucional, uma vez que não está expresso. A previsão está implícita, por exemplo, nos seguintes artigos:

"Art. 5º (...): 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; Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – omisiss; II – julgar, em recurso ordinário; III – julgar, mediante recurso extraordinário (...); e Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – omisiss; II – julgar, em recurso ordinário; III – julgar, em recurso especial (...)."

Acrescenta Rubens Casara que "o duplo grau de jurisdição associa-se à norma de tratamento que se extrai do princípio constitucional da presunção de inocência."<sup>20</sup> O Decreto nº 678, de 6/11/1992, tomou o direito à ampla revisão das decisões judiciais expresso ao incorporar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22/11/1969, que assegura no seu art. 8º:

"1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legitimamente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior."<sup>21</sup>

Embora não haja dúvidas de que o exercício do direito recursal seja um dos aspectos mais importantes dos princípios do contraditório e da ampla defesa,<sup>22</sup> Nilo Batista lembra que "na delicada controvérsia do duplo grau de jurisdição, reconhecido como 'garantia judicial' pela Convenção Americana (art. 8º, inc. 2, al. h) e excluído, no Brasil, das chamadas ações penais originárias, cuja decisão não pode ser impugnada por recurso ordinário, a Corte Suprema"<sup>23</sup> optou, mesmo após a promulgação da Convenção entre nós (quer dizer, após a internalização em sede constitucional de tal garantia, por força de art. 5º, § 2º, CR), por afirmar que o duplo grau de jurisdição não constitui uma garantia constitucional.<sup>24</sup>

## II.1 O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição

A expressão "devido processo legal" apareceu pela primeira vez "em 1354, sob o reinado de Eduardo II, em lei aprovada pelo Parlamento inglês. Mas sempre se entendeu que a locução *law of the land* significava o mesmo que *due process of law*, tendo esta sido consagrada como sucessora daquela, com idêntico teor, tanto pelas cortes inglesas como norte-americanas."<sup>25</sup>

Modelo de obediência aos princípios da justiça, o *due process of law* cria uma norma com validade ampla e indistinta que variava de acordo com a evolução da sociedade. Ele tinha como principal objetivo tutelar os direitos fundamentais do homem demonstrando uma natureza instrumental dentro do sistema liberal democrático. O devido processo varia conforme as condições histórico-políticas e econômico-sociais do momento. Convinha uma análise histórica mais complexa para indicar o fundamento objetivo das normas, mas existe um mínimo necessário e imprescindível, onde o duplo grau de jurisdição está inserido.

No devido processo legal, toda pessoa tem direito a um julgador, a uma atividade jurisdicional precisa e imparcial, e de ver recolhidos no contraditório os elementos necessários para a realização da justiça no caso concreto.<sup>26</sup> Essas garantias precedentes precisam estar acompanhadas de meios de controle, sem os quais ficaria desprovida da segurança de que necessitam revestir-se.

Segundo Oreste Nessor de Souza Laspro, "o fato de os princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição estarem ligados entre si, não se traduz numa relação de dependência ou continência. Seria possível assegurar o devido processo sem o duplo grau de jurisdição (...). Porém, se na Constituição consta a garantia do duplo grau de jurisdição, a lei que impedir o acesso aos meios de impugnação é inconstitucional porque desobedece a este princípio e não porque desatende ao devido processo legal."<sup>27</sup> Este princípio, ao ser adotado por um país, passa a ser de ordem pública, o que significa dizer que as partes não podem de forma bilateral modificá-la ao ponto de se criar um terceiro grau, ou de suprimir o segundo.

## II.2 Vantagens e desvantagens do duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição torna o processo mais democrático, uma vez que a decisão não se concentra apenas no arbítrio de um indivíduo, mas passa a ser uma decisão coletiva, debatida. Ela impede os desvios e a parcialidade, que podem conduzir a um erro de valoração dos fatos ou a um

erro na aplicação do Direito. Muitas vezes, o que observamos é uma ilegalidade ou um abuso de poder a serviço do dissimulado arbítrio, o que precisa ser remediado de alguma forma.

A decisão proferida com violência ao direito objetivo é a decisão da qual nasce uma lesão nova, ao julgamento sujeito de alguém, lesão que não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Um novo julgamento ajuda a conformar e pacificar os ânimos, no caso de uma confirmação da primeira decisão.<sup>17</sup>

Para Maurício Zanoid de Moraes,<sup>18</sup> a possibilidade de revisão das decisões surge, portanto, numa primeira aproximação, como forma de se melhorarem os provimentos jurisdicionais através de nova apreciação do problema inicialmente discutido. Os pontos até aqui expendidos, por derivarem da própria consciência de nossa falibilidade, formam o fundamento subjetivo à existência do duplo grau de jurisdição. Os homens, por serem e se saberem falíveis, também têm consciência da falibilidade dos julgadores. (...) Outro argumento de cunho subjetivo é a natural tendência psicológica do ser humano em não se conformar com a derrota.<sup>18</sup>

O reexame do processo em segundo grau não anula o trabalho desenvolvido pelo juiz singular. Não é um retorno ao início do processo, ao contrário, o colegiado trabalha a partir do que foi feito, é uma soma de esforços, que contribui trazendo um novo olhar que pode corrigir eventuais erros e omissões.

O principal argumento favorável ao duplo grau de jurisdição está na indispensabilidade do controle do ato jurisdicional como ato autoritativo estatal. A nova apreciação possui uma natureza política, na medida em que não se pode admitir uma atividade estatal que não seja fiscalizada. É um controle interno, exercido por órgão de jurisdição diferente do que julgou em primeiro grau, e que visa aferir a legalidade e a justiça da decisão por este proferida. Este controle interno do Poder Judiciário se daria, então, através do juiz de segundo grau, ao julgar em grau recursal.<sup>19</sup>

Mesmo diante das vantagens apresentadas acima, o duplo grau de jurisdição não é um instituto inquestionável; ele também possui algumas desvantagens. Entre elas, destaca-se a demora na prestação jurisdicional, o que pode prejudicar o caráter democrático que se pretende dar ao processo, tendo em vista que, via de regra, a demora irá privilegiar a parte economicamente mais forte, que terá condições de esperar mais por uma decisão judicial. Além do risco de propiciar a desigualdade entre as partes, o distanciamento do julgador de segundo grau da produção da prova também é prejudicial à avaliação da prova que foi colhida por outro julgador, em momento diverso.

O prejuízo em razão da precariedade para a avaliação do processo, cuja instauração foi presidida por outro juiz, tomar-se-á mais evidente diante da prova oral produzida no *juízo a quo*. O sistema da oralidade no processo penal é sem dúvida o mais célere e democrático, daí a importância de se proporem soluções para permitir uma avaliação adequada em segundo grau de jurisdição.<sup>20</sup>

Acrescente-se ainda às críticas ao duplo grau de jurisdição a falta de uma orientação comum a toda jurisprudência, uma vez que as decisões podem ser completamente diferentes. Aponta-se também a falta de autonomia e a vulneração da autoridade do juiz de primeiro grau. Nada garante que a última decisão seja mais correta e legítima que a primeira, além do que, sempre que for reformada a sentença de primeiro grau, haveria um abalo no prestígio do Poder Judiciário, em face da divergência de decisões. Ademais, não se tem condições de afirmar que o exame feito em segundo grau de jurisdição, que é o predominate, traz melhores resultados que o de primeiro grau. Nesse passo, é fundamental lembrar que o exame do litígio, que se baseia nas provas trazidas e no direito alegado, sofre enormes deficiências quando realizado em segundo grau de jurisdição, no tocante ao primeiro aspecto, em função do afastamento da oralidade.<sup>21</sup>

O juiz de primeiro grau tem contato direto com as provas, valorizando a percepção do julgador que, em contato direto com as partes e com a produção de provas, tem melhores condições de extrair a verdade dos fatos, não havendo razão, portanto, para que num segundo julgamento novamente se repetisse a análise. Mais importante do que os acontecimentos narrados pelas partes diante do julgador, o que deve ser levado em conta, e este é o destaque psicológico do procedimento oral, é o modo como são narrados.

Um dos principais objetivos do procedimento oral é a aproximação entre as partes e o juiz, cuja se destaca principalmente nos debates e na fase instrutória. É claro que isto está diretamente ligado à participação efetiva do juiz nos atos processuais, por isso, de nada adiantaria respeitar o

princípio da imediação, se o juiz instrutor não fosse o mesmo que julgasse; a identidade física do juiz, de seu turno, relaciona-se diretamente com a imediação.

No entanto, mesmo diante das críticas a este instituto, o duplo grau de jurisdição garante a possibilidade de corrigir possíveis erros. E um controle necessário, uma garantia do cidadão contra alguma arbitrariedade cometida pelo Estado (Poder Judiciário). Tanto e assim que este instituto passou a ser uma garantia prevista em tratado internacional. Todo condenado em processo penal tem direito a uma segunda apreciação e muitos autores defendem que o recurso só deve ser permitido a defesa.<sup>22</sup>

### III. Foro por prerrogativa de função ou foro "privilegiado"?

A justificativa para a criação de um foro por prerrogativa de função reside na tentativa de se proteger a instituição que o detentor do cargo representa, nunca pessoa investida.

Para Roberto Lyra, o foro por prerrogativa de função é apenas um eufemismo para ocultar uma benesse.<sup>23</sup> Caso o foro se limitasse restritivamente ao período em que o acusado exerce a função que se protegia, poder-se-ia, em tese, se não houvesse conflito entre esse direito e cláusula pétra da Constituição, aceitar que não se trata de um privilégio, mas sim de uma prerrogativa, na medida em que não contraria o princípio da isonomia por que a pessoa não recebe um tratamento diferenciado dos demais cidadãos, sem haver razoabilidade na vantagem concedida, ou seja, o benefício existe em prol do cargo, e não da pessoa.

Nos Tribunais brasileiros muitos e longos foram os debates sobre a condição dos indivíduos que não estavam mais investidos no cargo. A resistência do Supremo Tribunal Federal à extensão do benefício após o exercício da função durou até, simbolicamente, 3 de abril de 1964, quando o STF editou a Súmula 394: "Competido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício."

Entretanto, após inúmeros debates sobre a matéria ao longo de 35 anos, em 1990 os Ministros do STF concluíram que não tinha razão de ser a existência de um foro que privilegiasse pessoas que não mais exercessem qualquer cargo ou função que possuísssem prerrogativa de foro, de modo que, ao julgar questão de ordem suscitada no inquérito n. 687-SP (DJ 9/11/2001), em que figurava como indiciado um ex-deputado federal, o STF cancelou a súmula em questão, decidindo que, "ao fim do mandato ou da função pública, a ação penal deveria seguir para a primeira instância, sem prejuízo dos atos processuais até então praticados".

Não obstante, desprezando solenemente todo o debate e fundamentos doutrinários expostos nos votos dos "possuidores de notório saber jurídico", no dia 24 de dezembro de 2002, foi promulgada a Lei n.º 10.628, que dava nova redação ao artigo 84, do Código de Processo Penal:

"Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. § 1.º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2.º A ação de improbidade, de que trata a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1.º"

Esta Lei trouxe, novamente, a questão da continuidade do foro por prerrogativa de função após a cessação do exercício da função pública ao centro das discussões, ao alterar a redação do artigo 84 do Código de Processo Penal, tópico que já havia sido pacificado pelo Supremo Tribunal Federal três anos antes, ao cancelar a Súmula 394.

A Lei 10.628/02 transformou a prerrogativa funcional em um benefício pessoal, criando categorias diferenciadas de cidadãos, o que contraria o princípio da isonomia, cláusula pétra da Constituição da República que no artigo 5.º estabelece que todos são iguais perante a lei.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIns 2.797-2 e 2.860-0 (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 19/12/2006, ambas), por maioria, reconheceu "a pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e a usupação da competência do STF", razão pela qual declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, que acrescentou os §§1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal.

As desigualdades apenas poderiam ser admissíveis quando se tem uma razoabilidade na vantagem concedida. Porém, os critérios que estabelecem diferenciações, seja na lei ou perante a lei, devem ser razoáveis, plausíveis e não arbitrários, sem justificativas para a distinção.

Ao se estender o foro por prerrogativa de função para após a cessação do exercício da função pública, ofende-se o princípio da isonomia, criando um benefício desproporcional, que tornou a lei inconstitucional, assim reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

O foro por prerrogativa de função objetiva proteger o cargo (instituição) e não o indivíduo. Se o benefício passa a ser da pessoa, deixa de ser prerrogativa e passa a ser privilégio. O ex-ocupante do cargo, diante do princípio da isonomia, deve ser julgado no foro comum, como qualquer outra pessoa.

Corroborando este entendimento, na sessão de julgamento do dia 22 de março de 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento, por maioria, a dois Recursos Extraordinários (RE 546609 e RE 549560) interpostos por desembargadores aposentados que pretendiam o reconhecimento do direito ao foro por prerrogativa de função após a aposentadoria. Segundo o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, a prerrogativa de função não deve ser confundida com privilégio.

#### IV. Considerações finais

O direito ao duplo grau de jurisdição é um direito fundamental e por esse motivo foi expressamente alinhado entre os direitos fundamentais consagrados na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, o mesmo não acontecendo com o direito ao foro por prerrogativa de função.

Ao analisar os institutos em conflito, duplo grau de jurisdição e foro por prerrogativa de função, verificou-se uma discrepância entre ambos. O primeiro inserido no contexto dos direitos humanos, veio nos dias atuais como o mais importante alicerce para o convívio pacífico entre os homens. A proteção aos direitos humanos é uma das poucas intervenções imprescindíveis do direito, hoje voltado para proteger a liberdade, o indivíduo e não mais para fortalecer ao Estado. Enquanto o segundo, um resquício do Império e retrato de um sistema político absolutista que dependia do fortalecimento estatal como forma de sobreviver às mudanças exigidas pelo ideal burguês de liberdade e igualdade.

Em outras palavras, deparou-se com um instituto caduco impedindo a vigência de instituto criado exatamente para atender aos anseios de uma sociedade mais justa. Em face deste raciocínio, a opção adotada foi sobre a correção de que a norma que estabeleceu expressamente o duplo grau de jurisdição afaste os dispositivos que com ela conflitam, como aqueles que estabeleceram a competência originária de Tribunais Superiores para julgar pessoas que exerceram (ou exerceram, no caso do privilégio) determinadas funções.

Como demonstrado, o duplo grau de jurisdição pertence a uma categoria especial de direitos, cujo conceito não pode estar baseado no primado de uma minoria.

Certamente vive-se uma época muito mais próxima de atingir o ideal preconizado por Muniz Sodré: "Um sistema judicial respeitado, capaz de exercer um controle razoável dos níveis de violência anônima, só pode existir quando a lei ainda tem de ser reconhecida por formações comunitárias ou ainda existir como incorporação de um mínimo de ética social imediata".<sup>24</sup>

A questão aqui vai muito além da dogmática. Só é direito o que a maioria acha que é válido e legítimo. Em uma República, uma das funções do Poder Judiciário é preservar o interesse das minorias e dos "grupos minorizados" (não no sentido quantitativo, mas em relação aqueles que detêm menos direitos), corrigindo por meio da interpretação constitucional os desvios que consagram diferenças de tratamentos, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

#### NOTAS

- Advogada Criminalista, Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Graduada em Comunicação Social (Jornalismo) na Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro efetivo do Conselho Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).
- ARENDEI Hamah, *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 126.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *Do Contrato Social ou princípios do direito político*. São Paulo: Hemus, p. 17.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Apropriação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151.
- "Mas importa deixar acentuado, a França que tem sido, neste século, antitíssimo fecunda em construir filosofias de tudo, da mesma forma que a sua Exposição Internacional do corrente ano foi fértil de Congressos sobre todos os assuntos, desde o que teve por objeto o direito das mulheres até o que se ocupou de direito dos cavalos e seus irmãos com sofrimento; a França que sabe filosofar de *omnibus et quibusdam aliis*, e tanto que lhe devemos até uma Filosofia da Miséria, que aliás somente serviu para pôr em relevo, como mostrou Karl Marx, a miséria da Filosofia; a França, enfim, que pouco falta se lembre de nos dar também a Filosofia da Insensatez, para ocupar lugar de honra entre as suas Filosofias... do Direito Penal, do Direito Eclesiástico *et reliqua*, mentira à missão humanitária e civilizadora, se não tivesse igualmente o seu sistema acachado, a sua Filosofia da Revolução, escrita nos livros e implantada nos espíritos. E pois de encontro aos dogmas desta velha ortodoxia filosófico-política que eu me confesso herético e rebelde. No estado atual de seu desenvolvimento, a história dos povos modernos, principalmente dos povos da América, necessita de fatos mais importantes, de soluções mais profusas, do que deturbar tonos e decuplar coroados. As exigências do século excedem muito e muito a medida das categorias estreitas de direitos do homem e soberania do povo BARRÉTO, Tobias. *Um discurso em mangas de camisa*. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1970, p. 46/47.
- "No auge do terror bélico, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, como 'ideal comum a ser alcançado por todos os povos e todos os homens'. A Declaração importa em uma baliza ou limite aos 'direitos naturais'. Não em vão se havia observado que devia plasmar uma ideologia prática (Maritain). Desde então a Declaração e todos os alicerces em plena construção de um sistema internacional de garantias aos Direitos Humanos vão configurando o limite positivo do que a consciência jurídica universal pretende impor às ideologias que regem o controle social em todas as nações. Por certo que ainda está muito longe de aperfeiçoar-se, mas, indiscutivelmente, vai-se criando uma baliza jurídica positiva que serve de referência." ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 67.
- [No mundo bárbaro], "a parte sucumbente, quando entendesse que a sentença era fruto de parcialidade maliciosa, podia por seu turno queilar contra o(s) juiz(iz)es), e este novo procedimento poderia levar a um curioso duelo judicial entre ambos. O procedimento contra o juiz existiu no chamado "crimen bárbarus" e na *latae Mediae*, cabendo ver nele um antecedente dos recursos (BATISTA, Nilo. *Matrizes libéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 43).
- BUZARD, Alfredo. *Estados de Direito*, Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 102.
- "A revisão dos decisórios judiciais tem expressa previsão na Constituição da República e nos pactos e tratados internacionais. No Estado Constitucional Democrático de Direito, a revisão dos julgados ocupa a própria estrutura do Poder Judiciário que está a assegurar um poder escorado na pluralidade de graus jurisdicionais. É a possibilidade de efetivação da garantia do contraditório e ampla defesa prevista no devido processo legal criminal, bem como o reforço da presunção absoluta de inocência ou da não culpabilidade do recorrente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória." WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Trava*. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2002, p. 32/33.
- CASARA, Rubens. "O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada". In: *Processo Penal e Democracia*. PRADO, Gerardo MALAN, Diogo (Coord). Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2009, p. 509.
- Neste sentido, GRANDINETTI, Luiz Gustavo. *Processo Penal e Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, p. 148.

- <sup>12</sup> RHC, nº 79.785, rel. ministro Sepúlveda Pertence; AGReg. Nº 248.761/RJ, rel. ministro Ilmar Galvão.
- <sup>13</sup> BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 340.
- <sup>14</sup> GRANDINETTI, Luiz Gustavo. *Op. cit.*, p. 140.
- <sup>15</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 10 assim preceitua: "Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal."
- <sup>16</sup> LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, p. 94.
- <sup>17</sup> "Trata-se do fundamento como uma necessidade insista ao (ser humano) recorrente, que não se contenta em ser ouvido na causa, mormente por ele ter ciência do primeiro fundamento: falibilidade do julgador. A par disso, tem-se como premissa que o ser humano não se conforma com uma decisão que seja contrária aos seus interesses, havendo irresignação psicológica quanto ao decisório." WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. RJ: Editora Lumen Juris, 2002, p. 33.
- <sup>18</sup> MORAES, Maurício Zanoid de. *Interesse e legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro*. SP: RT, 2000, p. 26.
- <sup>19</sup> LASPRO, Oreste Nestor de Souza, op. cit., p. 103.
- <sup>20</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad, parte primera*. *Libreria Editrice Platense*. La Plata, 2002, p. 126.
- <sup>21</sup> Cf. CINTYA, GRINOVER E DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, 6ª ed., São Paulo: RT, 1990, p. 66 e 67.
- <sup>22</sup> "Por que somente a Defesa pode recorrer da decisão de mérito? Porque realmente devemos nos acautelar dos julgamentos injustos que causam prejuízo ao acusado, impondo-lhe sanção penal que às vezes ele não deveria receber. A acusação, por seu turno, é dado o direito de, no espaço do processo penal, provar os fundamentos de sua pretensão, de demonstrar os fatos sobre os quais sustenta seu pedido de condenação. Se não o consegue, se o acusador não convence o juiz, não há por que supor que o tribunal que normalmente não terá contato com as mesmas provas e com os mesmos argumentos, e que se limitará a uma atividade de interpretação de textos, fará justiça modificando a sentença absolutória." (PRADO, Gerardo. "Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Brasileiro: Visão a Partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em Homenagem as Ideias de Julio B. J. Mair". In: BONATO, Gilson (org.). *Direito Penal e Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 115)
- <sup>23</sup> "As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição (RT 216/41).
- <sup>24</sup> SODRÉ, Muniz. *Sociedade, mídia e violência*. Porto Alegre: Meridional e EDIPUCRS, 2002, p. 114.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDRT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- BARRETO, Tobias. *Um discurso em mangas de camisa*. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1970.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Matrizes Iéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- BONATO, Gilson (org.). *Direito Penal e Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- BIZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1972.

- CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad, parte primera*. La Plata: Libreria Editora Platense, 2002.
- CINTYA, GRINOVER E DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, 6ª ed., São Paulo: RT, 1990.
- COMPARATO, Fábio Konter. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GRANDINETTI, Luiz Gustavo. *Processo Penal e Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT.
- PRADO, Gerardo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo Penal e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social ou princípios do direito político*. São Paulo: Hemus, 2001.
- SODRÉ, Muniz. *Sociedade, mídia e violência*. Porto Alegre: Meridional e EDIPUCRS, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral, 2ª ed., São Paulo: RT, 1999.
- WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.