

**O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA COMPATILIDADE COM O
DIREITO BRASILEIRO NOS CASOS DE FORO POR PRERROGATIVA DE
FUNÇÃO**

Luiz Magno Pinto Bastos Junior¹

Rodrigo Mioto dos Santos²

**EL DERECHO A RECURRIR EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU COMPATIBILIDAD CON EL
DERECHO BRASILEÑO EN LOS CASOS DE FUERO PRIVILEGIADO**

RESUMO

A literatura jurídico-processual penal brasileira é praticamente unânime em reconhecer como vigente no ordenamento brasileiro o princípio do duplo grau de jurisdição, em que pese também apontar com tranquilidade que tal postulado não consta do Texto Constitucional de 1988. Com efeito, ainda que não haja expressa previsão do princípio, entende-se seja ele corolário do princípio da ampla defesa e da própria configuração do Poder Judiciário, em especial sua estrutura recursal. Contudo, na atual ordem constitucional existem várias autoridades que possuem foro por prerrogativa de função, sem que do julgamento se possa propriamente apelar com amplo efeito devolutivo. No entanto, a Convenção Americana sobre Direito Humanos (doravante Convenção) assegura, em seu art. 8, item 2, alínea *h*, a todo acusado, o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. A contrariedade com os casos de foro por prerrogativa de função parece evidente. Desse modo, o **objetivo geral** deste artigo consiste em verificar se (e em que medida) os casos de foro por prerrogativa de função previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 compatibilizam-se com a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CorteIDH) confere ao disposto no art. 8, item 2, alínea *h*, da Convenção. Com esse fim, tem-se como *objetivos específicos* do escrito: (a) a delimitação do princípio do duplo grau segundo a doutrina brasileira; (b) a identificação dos casos de foro por prerrogativa de função no ordenamento constitucional brasileiro bem como as possibilidades recursais advindas de cada caso; (c) verificar, por meio de precedentes, o exato sentido atribuído pela CorteIDH à garantia do duplo grau prevista na Convenção; e, por fim, (d) verificar quais alterações poderiam ser feitas na legislação brasileira a fim de adequar a regulação da matéria

¹ Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional da Universidade do Vale do Itajaí, na graduação (Direito e Relações Internacionais) e pós-graduação (Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica). Advogado e sócio do Escritório Menezes Niebuhr Advogados Associados. E-mail: lmagno@univali.br; lmagno@mnadvocacia.com.br

² Mestre Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade do Vale do Itajaí e da Escola Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. E-mail: rms@univali.br

à jurisprudência da Corte. A fim de cumprir os objetivos de pesquisa, será adotado o **método indutivo** tendo em vista que o sentido do duplo grau na Convenção será extraído a partir de análises de decisões da CorteIDH.

Palavras-chave: 1: Duplo grau de jurisdição; 2. Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3. Compatibilidade entre a jurisprudência da Corte a configuração constitucional brasileira.

RESUMEN

La literatura jurídico-procesal penal brasileña es casi unánime en reconocer que prevalece como vigente en el ordenamiento jurídico brasileño la garantía de recurrir, aún que también reconozca que tal principio no se encuentra expreso en el texto constitucional de 1988. De hecho, aunque no haya una disposición expresa del principio, se lo comprende cómo un corolario del principio de defensa y de la configuración constitucional del poder judicial, en especial su estructura recursal. Sin embargo, en el orden constitucional actual hay varias autoridades que tienen la prerrogativa de foro especial en razón de la función que ejercen, sin que el fallo pueda ser impugnado con amplia apreciación. Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención) establece en su art. 8, punto 2, párrafo “h”, a todos los acusados, "el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior." La divergencia con los casos de prerrogativa de foro en razón de la función parece evidente. Así, el objetivo general de este trabajo es verificar si (y en qué medida) los casos de prerrogativa de foro en razón de la función en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 es conciliada con la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en ahora CorteIDH) otorga al dispuesto en el art. 8, punto 2, apartado “h”, de la Convención. Así, tiene como objetivos específicos: (a) la definición del derecho a recurrir de acuerdo con la doctrina brasileña, (b) la identificación de los casos de foro por prerrogativa de función en el orden constitucional brasileño y de las posibilidades de apelación que surge de cada caso, (c) verificar, por los precedentes, el sentido exacto asignado por la CorteIDH a la garantía del derecho de recurrir presente en la Convención, y, por fin, (d) constatar cuales cambios podrían hacerse en la legislación brasileña con el fin de alinear la regulación de la materia a la jurisprudencia de la Corte. Con el fin de cumplir con los objetivos de la investigación, el método inductivo se adoptó con el fin de que el significado del derecho de recurrir en la Convención se extrae del análisis de las decisiones de la CorteIDH .

Palabras clave: 1: Derecho de recurrir; 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos; 3. Compatibilidad entre la jurisprudencia de la Corte e la configuración constitucional brasileña.

1. INTRODUÇÃO

Os manuais de processo penal existentes no Brasil são unânimes em elencar dentre os princípios processuais o do duplo grau de jurisdição. Apesar de não gozar de previsão constitucional expressa, o mesmo é comumente reconhecido como desdobramento direto do princípio da ampla defesa e como decorrente da própria estrutura organizacional do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de acordo com o entendimento doutrinário consolidado, como

diretriz inerente à estrutura e à operacionalização de um sistema de garantias que conecta as diferentes instâncias recursais. O que de vê, portanto, é que o ordenamento jurídico brasileiro prevê como regra geral a garantia do duplo grau de jurisdição em matéria penal que se materializa, sobretudo, pela previsão legal da apelação criminal que devolve ao tribunal a competência para ampla reapreciação dos fatos e do direito aplicado pelo juiz singular.

Esta situação, no entanto, não se verifica em relação às autoridades que possuem foro privilegiado por prerrogativa de função (Prefeitos, Governadores, Juízes, Deputados Federais, Senadores e Ministros de Estado, por exemplo). Nestes casos, a Constituição determina que os processos criminais instaurados contra estas autoridades devem ser processados originariamente em órgãos colegiados, e não perante o juiz singular. Nestes casos, contra as decisões proferidas por estes órgãos, não existe nenhum meio recursal que permita a estas autoridades o direito à ampla revisão por um órgão judicial posto em posição hierarquicamente superior. Isto é assim porque o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário não permitem que essas Cortes façam amplo escrutínio sobre os fatos e sobre as provas discutidas nos autos (Súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça; Súmula n. 279, do Supremo Tribunal Federal).

Em razão desta restrição, não se pode falar na existência de uma autêntica instância recursal, pois o manejo destes recursos extraordinários só admite a discussão sobre as teses jurídicas adotadas na decisão proferida originariamente pelo tribunal com competência originária. A situação é ainda mais sintomática quando se trata de julgamentos proferidos originariamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal, já que nestes casos, não existe qualquer instância judicial a que possam ser direcionados recursos judiciais no interior do ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina brasileira, tradicionalmente, resolve esta aparente contradição admitindo a existência de uma espécie de restrição à plena aplicabilidade do princípio do duplo grau de jurisdição. Só há que se falar na existência de um “direito” ao duplo grau de jurisdição em face de decisões proferidas por juízes singulares. Em outras palavras, contra decisões colegiadas, por não estar sujeito o réu ao julgamento por um único magistrado, não há que se falar na existência de um autêntico “direito” ao duplo grau de jurisdição, até mesmo porque, como visto, não há previsão constitucional expressa nesse sentido.

Ocorre que, por ser signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, desde 1993, passou a vigor no ordem jurídica interna, a garantia expressa de que a todo acusado tem direito a “recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (art. 8º, item 2, alínea h). O dispositivo convencional é claro, não admite qualquer exceção, não flexibiliza a

garantia diante de julgamento originário proferido por órgão colegiado. O direito ao duplo grau de jurisdição foi alçado à condição de direito humano de todo acusado. Norma esta devidamente internalizada na ordem jurídica interna e que, em face do disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Brasileira, deve ser compreendido como dotada de especial fundamentalidade no plano doméstico.

Nesse sentido, o presente artigo científico tem por objetivo verificar se as restrições recursais impostas pela ordem jurídica brasileira aos detentores do foro por prerrogativa (flexibilização do direito ao duplo grau de jurisdição) é compatível com as normas emanadas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No entanto, essa compatibilidade (ou sua ausência) será analisada não somente a partir da simples confrontação entre o ordenamento jurídico nacional e o texto normativo da Convenção. A análise pretende confrontar a legislação brasileira (na forma com que é compreendida pela dogmática nacional) com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CorteIDH) sobre o conteúdo e o alcance destes dispositivos e sobre as obrigações que a norma convencional impõe aos Estados signatários. Isto é assim porque o marco normativo supranacional não se restringe à literalidade da norma convencional, mas deve ser analisado a luz de seu contexto normativo de significação, em outras palavras, em conjunto com o acervo jurisprudencial emanado da Corte responsável pela sua adjudicação (como intérprete qualificado de seus dispositivos) e pela interpretação dada pelos órgãos judiciais dos diferentes países igualmente signatários deste mesmo diploma internacional. Afinal de contas, a norma internacional deve ser interpretada de acordo com seu contexto.

Especificamente em relação à regra em comento, existem dois importantes precedentes da CorteIDH que enfrentaram especificamente esta questão ao tratar da análise da compatibilidade da ordem jurídica interna de dois países, o primeiro (o caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, de 2 de julho de 2004) em que discutiu sobre a extensão da revisão de julgado pela corte superior; e o segundo (o caso “Barreto Leiva Vs. Venezuela”, de 17 de novembro de 2009) que analisou uma condenação proferida em única instância por órgão judicial localizado no topo da hierarquia judicial.

Essas decisões exigem que se desencadeie uma profunda revisão da compreensão nacional sobre o alcance da garantia do duplo grau de jurisdição. Isto assim porque, no primeiro caso, a Corte Interamericana entendeu que os denominados “recursos de cassação” (aqueles que não reapreciam integralmente o mérito do caso) não se prestam a garantir o direito assegurado na Convenção. Enquanto que, no segundo caso, a Corte Interamericana

entendeu que julgamentos originários por tribunais de última instância (como seria o caso da competência penal originária do STF, por exemplo), também não se compatibilizam com a garantia convencional.

Trata-se pois de analisar em que medida os meios recursais assegurados aos detentores de prerrogativa de função, na forma como são delineados na ordem nacional, se compatibiliza com a obrigação internacional assumida pelo Estado brasileiro de respeitar e de assegurar o “direito ao duplo grau de jurisdição” em matéria penal (art. 1º, 1 e art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Para subsidiar toda a abordagem a ser feita com vistas a atingir os fins da pesquisa, os **referenciais teóricos** adequar-se-ão a três grupos distintos. Primeiramente, a partir das obras de processualistas brasileiros, buscar-se-á configurar o exercício do duplo grau de jurisdição no Brasil, com ênfase na situação dos detentores de foro por prerrogativa de função. Em um segundo momento, os referenciais restringir-se-ão às decisões da CorteIDH acerca do tema, em especial os dois casos já citados. Por fim, em um terceiro passo, entram em cena as obras de Ernesto Rey Cantor (2009) e Juan Carlos Hitters (2008), autores que exploram as dificuldades relacionadas à engenharia de articulação entre a ordem interna e internacional a ser desempenhado pelo juiz nacional, dentro do que se tem denominado *controle de convencionalidade*.

O artigo elenca como problema básico de pesquisa, portanto, a seguinte questão: “a configuração atual do ordenamento constitucional brasileiro no que se refere ao foro por prerrogativa de função compatibiliza-se com a jurisprudência da CorteIDH referente ao duplo grau de jurisdição?”

Como objetivo geral, almeja-se verificar se (e em que medida) os casos de foro por prerrogativa de função previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 compatibilizam-se com a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos confere ao disposto no art. 8, item 2, alínea *h*, da Convenção.

No plano dos objetivos específicos, busca-se: caracterizar o funcionamento recursal referente aos casos de foro por prerrogativa de função previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; delimitar, a partir da jurisprudência da CorteIDH, o alcance e o sentido da garantia de recorrer das decisões condenatórias para um juiz ou tribunal superior, prevista no art. 8º, item 2, alínea *h* da Convenção; problematizar acerca dos mecanismos institucionais que se encontram à disposição do Brasil (no âmbito dos três poderes) para corrigir eventuais incompatibilidades entre o sistema nacional e o entendimento da CorteIDH

acerca do duplo grau. Cada um desses objetivos específicos serão enfrentados nas sessões desse trabalho.

2. DA ABRANGÊNCIA (E FLEXIBILIZAÇÃO) DA GARANTIA DO “DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO” NA ORDEM JURÍDICA INTERNA BRASILEIRA

O princípio do duplo grau de jurisdição não vem expresso na Constituição brasileira de 1988 (como ocorreu, por exemplo, com a de 1824, no seu art. 158). Contudo, não encontra a doutrina maiores dificuldades em reconhecê-lo (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2005, p. 25), em especial pela própria dinâmica recursal e organizacional do Poder Judiciário que a Constituição estabelece.

Eugênio Pacelli de Oliveira chega mesmo a tratar a “exigência do duplo grau” como “garantia individual” extraída da garantia constitucional da ampla defesa (2012, p. 853-854). Outros autores, como Aury Lopes Jr. (2012, p. 1156), já problematizando as alterações decorrentes da incorporação na ordem interna das disposições convencionais, entendem que “essa discussão perdeu muito do seu fundamento com o art. 8.2, letra ‘h’, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que expressamente assegura o *direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*”.

E o princípio adquire *status* de centralidade, a ponto de Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 853) estabelecer que “o duplo grau de jurisdição integra o exercício da ampla defesa, como uma de suas manifestações, e, mais, [...], uma de suas manifestações mais importantes”.

Apesar desta centralidade, os autores nacionais reconhecem a dificuldade em conferir-lhe plena aplicabilidade “nos crimes que, por decorrência da prerrogativa de função do agente, são julgados originariamente pelos tribunais” (LOPES JR, 2012, p. 1157). Pois nesses casos, as hipóteses recursais são limitadas, cingindo-se basicamente a recursos de cassação, ou seja, que versam exclusivamente sobre matéria de direito, não de fato.

Se um Deputado Federal, por exemplo, que detém foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal é julgado e condenado por esta Corte, as possibilidades recursais restringem-se a embargos de declaração e a embargos infringentes (que, ressalte-se, serão apreciados pelos mesmos julgadores responsáveis pela condenação). De outra banda, se um Prefeito é condenado pelo Tribunal de Justiça de um Estado, para além de embargos declaratórios no próprio Tribunal, só lhe resta os recursos especial e extraordinário, para o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, respectivamente. Contudo, tais

recursos são profundamente restritos a questões de direito, não sendo vias hábeis para rediscussão de matéria fático-probatória (como se dá com os chamados *recursos ordinários*).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vários são os casos de foro por prerrogativa de função.

Primeiramente, compete privativamente “aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns [...], ressalvada a competência da Justiça Eleitoral [*caso em que a competência será transferida ao respectivo Tribunal Regional Eleitoral*]” (CF/88, art. 96, III). Ademais, possuem os Tribunais de Justiça outras competências que lhes sejam atribuídas pela Constituição (para julgar Prefeitos, nos termos do art. 29, X, e para julgar Deputados Estaduais, esta uma competência implícita pacificamente aceita) e mesmo nas Constituições Estaduais (como, por exemplo, a competência para originariamente julgar os Secretários de Estado).

Já aos Tribunais Regionais Federais compete processar e julgar “os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns [...] e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral [*casos em que a competência recairá sobre o Tribunal Regional Eleitoral*]” (CF/88, art. 108, I, “a”).

Ao Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, compete julgar, em caso de crimes comuns, “os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, [...] os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais” (CF/88, art. 105, I, “a”).

Por fim, ao Supremo Tribunal Federal compete julgar, em caso de crimes comuns, “o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República” (CF/88, art. 102, I, “b”), e, ainda, “os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, [...] os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente” (CF/88, art. 102, I, “c”).

Em todos esses casos de foro por prerrogativa de função são inviáveis recursos de apelação. Nestes casos, a dogmática processual (pautada por uma interpretação sistemática do texto constitucional) não confere aos recursos a serem interpostos contra as decisões

proferidas por essas instâncias colegiadas, o caráter ordinário que permitiriam amplo efeito devolutivo e, portanto, integral reanálise do caso.

As hipóteses limitam-se basicamente ao recurso especial (art. 105, III, CF/88), para o Superior de Justiça, e ao recurso extraordinário (art. 102, III, CF/88), para o Supremo Tribunal Federal. Nos casos de competência originária perante o Superior Tribunal de Justiça, somente o recurso extraordinário é possível. Nos casos de competência originária perante o Supremo Tribunal Federal, somente são cabíveis embargos infringentes.³

A doutrina processual e constitucional brasileira não costuma enxergar maiores problemas nessa engenharia recursal. Para Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 497), por exemplo, de forma muito tranquila,

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

Na mesma linha de raciocínio, Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 854) afirma que:

[...] em uma ação penal da competência originária dos tribunais de segunda instância, por exemplo, não se poderá alegar violação ao duplo grau de jurisdição, pela inexistência de recurso ordinário cabível. O referido órgão colegiado, nessas situações, estará atuando diretamente sobre as questões de fato e de direito, realizando, então, a instrução probatória e o julgamento. Estará garantido, portanto, o reexame da matéria por mais de um único juiz (a pluralidade da decisão, pois), sobretudo quando a competência para o julgamento for atribuída, no respectivo Regimento Interno, ao Plenário do Tribunal. De todo modo, o afastamento da exigência do duplo grau em tais casos decorreria da própria Constituição.

Como será visto no item seguinte, este não é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3. O ALCANCE DA GARANTIA AO “DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO” SOB A PERSPECTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especificamente no que se refere ao sistema interamericano, a flexibilização da garantia ao duplo grau em casos de foro por prerrogativa de função não é tão simples como defende segmento significativo da literatura jurídica brasileira.

³ Essa posição do STF firmou-se, por maioria apertada (seis votos a cinco), no julgamento de questão de ordem no âmbito da Ação Penal 470.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tem-se que a Convenção Americana, em seu art. 8º, item 2, alínea “h”, fixa textualmente a garantia ao duplo grau:

8º Garantias judiciais

[...]

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

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

E aqui há um ponto importante. Ao contrário do que se passa com outros documentos internacionais de proteção dos direitos humanos – como a Convenção Europeia (art. 2. do Protocolo n. 7)⁴ e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, item 5)⁵ – a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não faz qualquer exceção à regra estabelecida. Trata-se, como diz o texto, de uma garantia que recai sobre “toda pessoa acusada de um delito”, garantia esta consubstanciada no “direito de recorrer da sentença a um juiz ou tribunal superior”.

É justamente nesse sentido, inclusive, que caminha a posição da CorteIDH. Com efeito, nos dois principais precedentes tratam sobre a matéria, a Corte é enfática em colocar em xeque estruturas recursais similares à brasileira, quando se trata de análise de compatibilidade de ordens normativas nacionais concernentes a julgamento de acusados dotados de foro por prerrogativa de função.

No primeiro destes precedentes, *Caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”*, julgado em 02 de julho de 2004, a Corte enfrentou o debate sobre a (in)suficiência da previsão de simples recursos de cassação para fazer valer a garantia convencional ao duplo grau.

Na demanda submetida à CorteIDH estava em pauta, dentre outras, a temática do sistema recursal penal costarriquenho. Segundo tal ordenamento, contra uma sentença penal

⁴ Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, artigo 2º (Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal): “1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei. 2. Este direito pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.”

⁵ Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 14, item 5: “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.”

condenatória somente se pode manejar o recurso de cassação.⁶ Inicialmente, ao final do processo, o senhor Mauricio Herrera Ulloa restou absolvido. Contudo, um recurso de cassação levou à anulação do julgamento que, quando levado a cabo novamente, resultou em sentença condenatória. Em seguida, em recurso de cassação de autoria do senhor Herrera Ulloa, o mesmo órgão julgador que antes havia cassado sua absolvição, manteve a sentença condenatória.

A CorteIDH, ao apreciar a questão, inicialmente ressaltou que:

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.

Ao adentrar propriamente na análise do mérito do caso, a CorteIDH estabeleceu que o direito de recorrer deve ser livre de formalismos que impeçam seu bom exercício. E, ainda, a Corte assinala expressamente que o recurso deve permitir um “exame integral da decisão recorrida”, portanto, não poderia a Corte ad quem restringir sua apreciação a determinadas matérias definidas pela legislação processual.

Diante disso, para a CorteIDH:

167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico “La Nación”, respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.

168. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.

⁶ Trata-se de recurso de efeito devolutivo limitado às hipóteses expressamente previstas em lei, e que, caso provido, leva à cassação da decisão, mas não a sua substituição.

Por fim, no caso costariquenho, a CorteIDH estipulou, para além de uma reparação econômica, que a Costa Rica deveria considerar sem efeito a condenação de Herrera Ulloa, bem como adequar, em um prazo razoável, seu ordenamento interno ao art. 8º, item 2, alínea ‘h’, da Convenção.

Em precedente mais recente, julgado em 17 de novembro de 2009, e que ficou conhecido como caso “Barreto Leiva Vs. Venezuela”, apreciando o caso venezuelano em que a Corte Suprema de Justiça daquele País condenou o Sr. Oscar Enrique Barreto Leiva, em julgamento único, a CorteIDH fixou a impossibilidade de se julgar originariamente no Pleno das mais altas Cortes dos Países os acusados da prática de um delito.

Na parte resolutiva da decisão, a CorteIDH claramente fixou que:

90. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.

91. En razón de lo expuesto, el Tribunal declara que Venezuela violó el derecho del señor Barreto Leiva reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, en relación con el artículo 1.1 y 2 de la misma, puesto que la condena provino de un tribunal que conoció el caso en única instancia y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, de la posibilidad de impugnar el fallo. Cabe observar, por otra parte, que el señor Barreto Leiva habría podido impugnar la sentencia condenatoria emitida por el juzgador que habría conocido su causa si no hubiera operado la conexidad que acumuló el enjuiciamiento de varias personas en manos de un mismo tribunal. En este caso la aplicación de la regla de conexidad, admisible en sí misma, trajo consigo la inadmisibles consecuencia de privar al sentenciado del recurso al que alude el artículo 8.2.h de la Convención.

No caso venezuelano, além de reparação econômica, a CorteIDH ainda determinou que a Venezuela concedesse a oportunidade do Sr. Barreto Leiva recorrer da decisão, além de, incisivamente, “[...] ordenar al Estado que, dentro de un plazo razonable, adecue su ordenamiento jurídico interno, de tal forma garantice el derecho a recurrir de los fallos condenatorios, conforme al artículo 8.2.h de la Convención, a toda persona juzgada por un ilícito penal, inclusive a aquéllas que gocen de fuero especial.”.

Fica patente, pois, que existe uma divergência entre a configuração recursal para os casos de foro por prerrogativa de função no Brasil, bem como a opinião que a doutrina possui

acerca dela, e o que entende a CorteIDH acerca do exposto no art. 8º, item 2, alínea ‘h’ da Convenção.

O fato é que a CorteIDH considera as normas internas – atos administrativos, leis, constituição, decisões judiciais – como “meros fatos”, expressões de vontade dos Estados e procede ao cotejo destes fatos com a Convenção (RAMOS, 2003), buscando proteger a eficácia do objeto e fim do instrumento internacional (LONDOÑO LÁZARO, 2010). Constatando a incompatibilidade, declara a responsabilidade internacional do Estado por descumprimento da Convenção e condena-o a adequar o ordenamento interno à Convenção (REY CANTOR, 2009). Trata-se, portanto, de um exame de adequação de uma conduta do Estado com uma prescrição internacional estabelecida (LONDOÑO LÁZARO, 2010). Nesse contexto, é irrelevante justificativas internas – ainda que baseadas nas próprias Constituições – sobre mitigações do duplo grau.

E, nesse contexto, não é dado aos Estados a faculdade de cumprirem ou não as determinações da CorteIDH, sob pena de descaracterização do próprio Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Desse modo, fica patente a discrepância entre o estabelecido na Constituição brasileira no que se refere ao duplo grau em matéria de foro por prerrogativa de função, e o que entende a CorteIDH sobre o duplo grau.

Em ambos os precedentes anteriores, a par do reconhecimento do direito à reparação econômica pelo dano experimentado pela vítima, a Corte determinou aos Estados que realizassem, em um prazo razoável, a adequação de seus ordenamentos jurídicos nacionais à obrigação convencional tida por violada. Desta forma, a Corte determinou que fossem removidos os óbices legislativos e/ou que fosse adequada a norma processual doméstica a fim de que as diretrizes fixadas fossem devidamente incorporadas à legislação nacional.

A primeira conclusão a que se pode chegar, portanto, é de que a legislação nacional deve ser alterada, de forma que a flexibilização da garantia do duplo grau de jurisdição seja removida. Uma adequada compatibilização envolveria, pois, tanto a realização de reformas constitucionais (no sentido de prever a hipótese de recurso ordinário aos tribunais superiores, de forma similar ao que ocorre nos remédios constitucionais em que a segurança tenha sido denegada em única instância por tribunal), quanto de remoção de óbices regimentais e regulamentares a ser empreendida especificamente no âmbito dos tribunais superiores.

No entanto, defende-se neste artigo que a compatibilização do ordenamento jurídico interno não depende, exclusivamente, do desencadeamento de alterações legislativas (Emenda Constitucional e alteração na legislação processual correlata); mas a implementação das

garantias convencionais pode ser realizada diretamente pelo próprio Poder Judiciário, por intermédio do exercício do controle de convencionalidade, como se verá adiante.

4. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E AS POSSIBILIDADES DE ADEQUAÇÃO DO ORDENAMENTO PÁTRIO AOS TERMOS DA CONVENÇÃO

4.1 Controle de Convencionalidade: conceito, histórico, fundamentos e operacionalização

O controle judicial de convencionalidade surge no âmbito do sistema regional de proteção de direitos humanos americano “como uma ferramenta sumamente eficaz para o respeito, a garantia e a efetivação dos direitos descritos no Pacto [de San José da Costa Rica]” (SAGÜES, 2010, p. 118), resultado da construção pretoriana da Corte Interamericana (REY CANTOR, 2009). Por este controle, “as normas locais passam a ter a compatibilidade aferida diante das normas internacionais” (RAMOS, 2003, p. 86).

À semelhança da contraparte nacional (o controle de constitucionalidade), o controle judicial de convencionalidade afirma-se discursivamente como meio de salvaguarda dos direitos humanos previstos em normas plasmadas em documentos internacionais. Ademais, o recurso a este mecanismo igualmente é justificado a partir do recurso aos postulados da integridade sistêmica (unidade, coerência e completude dos ordenamentos jurídicos), como se depreende da função de preservação da integridade da Convenção Americana, assinalada por Alberto Lucchetti (2008), ou a preocupação em salvaguarda de uma suposta “aplicação harmônica do direito vigente” genericamente preconizada por Susana Albanese (2008, p. 15).

A noção de confrontação e de compatibilidade vertical fica evidente na definição analítica de Rey Cantor (2009, p. 8-9), para quem:

[...] [t]rata-se de um exame de confrontação normativa (material) do direito interno com a norma internacional, sobre alguns fatos – ação ou omissão internacionalmente ilícitos. A confrontação é uma técnica jurídica que se denomina controle, e tem por objeto “assegurar e fazer efetiva a supremacia” da Convenção Americana.

O marco histórico de assentamento do controle judicial de convencionalidade, no contexto interamericano é a decisão da CorteIDH no caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” (26.9.2006), em que, pela primeira vez, uma decisão fez expressa alusão à terminologia “controle de convencionalidade” (HITTERS, 2009). Neste episódio, assim se pronunciou a Corte:

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (sem grifos no texto original).

Posteriormente, no mesmo ano, no caso “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru*” (24.11.2006), a Corte ratificou a obrigatoriedade do controle judicial de convencionalidade, introduzindo elementos adicionais e tratando do tema de forma mais específica. Na ocasião, argumentou, no parágrafo 128 da decisão:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (sem grifos no texto original).

Estes foram os dois principais pronunciamentos da Corte Interamericana sobre a temática (VILLANOVA, 2010), de cujas análises é possível perceber uma sensível evolução: na primeira decisão (caso “*Almonacid Arellano*”), a Corte faz menção ao dever do Poder

Judiciário de realizar uma espécie de controle de convencionalidade, ao passo que no *decisum* ulterior (*Caso Trabajadores cesados del Congreso*) alude direta e categoricamente ao dever de exercer o controle de convencionalidade, consolidando a terminologia a partir de então (HITTERS, 2009). Conforme destaca Sagües (2010, p. 120), “[n]a última sentença, em síntese, o instituto de referência é apresentado, sem mais, como um ato de revisão ou fiscalização da submissão das normas nacionais à Convenção [...] e à exegese que a este instrumento dá a Corte Interamericana”.

Apesar de a Corte ter cunhado a expressão “controle de convencionalidade”, trata-se, de fato, de um autêntico “controle judicial de convencionalidade”, uma vez que o dever de exercê-lo é endereçado aos juízes – ao Poder Judiciário –, que devem realizá-lo quando o legislador esquivar-se de sua tarefa de suprimir ou de não editar normas contrárias à Convenção (GALVIS; SALAZAR, 2007; LUCCHETTI, 2008). Enfim, sinteticamente, o controle judicial de convencionalidade preconizado pela Corte Interamericana afigura-se como “um mecanismo jurídico pelo qual os juízes invalidam normas de hierarquia inferior à convenção, que não tenham sido ditadas de conformidade a ela, tendo em conta não somente a Convenção mesma, mas igualmente a interpretação que a ele efetua a Corte Interamericana” (SCHEPIS, 2009, p. 7).

Operam no controle judicial de convencionalidade tanto os juízes nacionais quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em razão disto, a doutrina distingue duas classes do controle de convencionalidade, a saber: (a) controle de convencionalidade em sede interna; e, (b) controle de convencionalidade em sede internacional, respectivamente. (REY CANTOR, 2009; SAGÜES, 2010).

Em relação ao controle em sede interna, a Corte assinala que, previamente à realização da tarefa ordinariamente conhecida como subsunção – correlação do fato com a porção de direito aplicável –, o juiz nacional deve realizar o controle de convencionalidade entre a porção de direito doméstico aplicável e a norma convencional (VILLANOVA, 2010). Ainda de acordo com a preceito fixado pela CorteIDH, a prática de controle não se afigura como mera faculdade dos magistrados, mas consiste em um dever diretamente decorrente da obrigação convencional.

Portanto, os juízes nacionais encontram-se obrigados a rechaçar a norma interna “inconveniente” *ex officio*, independentemente de requerimento das partes (SAGÜES, 2010). Afirmar este dever de declaração *ex officio*, como assinala Hitters (2009), implica em conferir preponderância ao princípio do *iura novit curia* em detrimento do princípio da congruência (comum no direito processual interno de adstrição do magistrado às alegações das partes).

Havendo observância dos ditames convencionais e das pautas interpretativas fixadas pela Corte pelos juízes internos, não há necessidade de acudir ao sistema internacional (REY CANTOR, 2009). Em suma, o controle de convencionalidade é realizado previamente pela instância doméstica, donde a intervenção da Corte Interamericana só se realizará necessária em face da inoperância ou ineficácia dos órgãos nacionais. (HITTERS, 2009).

A título de conclusões parciais, pode-se perceber que, de acordo com a construção pretoriana da Corte Interamericana, o exercício do controle de convencionalidade incumbe primariamente aos próprios juízes nacionais e, de forma subsidiária, às instâncias de controle supranacional. Desta feita, o controle de convencionalidade a cargo da Corte Interamericana (controle de convencionalidade em sede internacional) constitui a atividade por excelência da Corte, sua razão de existir, que o realiza desde sua instituição, ao confrontar os fatos que traduzem a conduta dos Estados Partes com as normas convencionais. Não há novidade.

Por seu turno, o dever de controle de convencionalidade atribuído aos juízes nacionais (controle de convencionalidade em sede interna) é uma simples decorrência do dever geral de observar as obrigações internacionais assumidas pelo Estado – *pacta sunt servanda*. Sua deflagração está ligada diretamente ao reconhecimento de omissão ou inoperância das demais esferas de poder do Estado de adequar a ordem interna à Convenção e de respeitar as obrigações convencionais contraídas. Não há aqui, igualmente, grandes inovações teóricas.

Portanto, apresentada a incompatibilidade entre o texto da ConvençãoIDH e a interpretação que lhe confere a CorteIDH e a dinâmica recursal brasileira no âmbito do foro por prerrogativa de função, faz-se mister, no próximo item, apresentar e discutir alguns elementos de harmonização jurisprudencial com vistas a uma adequada efetivação do direito internacional dos direitos humanos.

4.2 Foro por prerrogativa de função e duplo grau de jurisdição: elementos de compatibilização

Como se pôde constatar das análises anteriores, apesar da dogmática processual nacional atribuir especial relevância ao duplo grau de jurisdição, o entendimento consolidado entre nós é de que não se trata de uma garantia constitucional expressa e que, portanto, há de ceder nos casos em que os acusados gozariam da “imunidade processual relativa” do foro privilegiado; hipóteses em que, diante do favor constitucional (serem julgados

originariamente por um órgão colegiado), seria legítima a relativa restrição nas prerrogativas recursais.

Esta flexibilização se concretiza entre nós a partir de duas restrições específicas: a restrição na cognição dos recursos especial e extraordinário (impossibilidade de reapreciação do acervo probatório) e a inexistência de instância recursal superior nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, apesar de sua ampla aceitação dentre nós, estas atenuações à garantia do duplo grau de jurisdição não são tidas pela Corte Interamericana como compatíveis com a garantia convencional insculpida no art.8º, item 2, alínea “j”.

No entanto, como visto, em decorrência da obrigação internacional de observância das regras pactuadas (*pacta sunt servanda*) e em atendimento à garantia constitucional de aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º da Constituição Federal), os órgãos judiciais não podem se furtar do dever (constitucional e convencional) de conferirem plena eficácia às garantias jusfundamentais previstas em diplomas internacionais devidamente internacionalizados na ordem jurídica doméstica. Trata-se, pois, em última instância, de obrigação internacional reconhecida pela Corte Interamericana como controle de convencionalidade. Em outras palavras, do dever imposto aos juízes nacionais de remover os óbices legislativos (inclusive, decorrentes de omissão legislativa) que inviabilizam a plena eficácia das normas convencionais.

Em relação à primeira situação, inexistência de recurso que devolva ao tribunal superior cognição ampla sobre o caso julgado originariamente por órgão colegiado, deve-se colmatar a lacuna legislativa (de índole constitucional) e reconhecer a possibilidade de interposição de recurso ordinário contra decisões proferidas em ações penais julgadas em única instância pela instância *a quo*, tanto pelos tribunais regionais (recurso a ser dirigido ao Superior Tribunal de Justiça), tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior Militar (recurso ordinário a ser dirigido ao Supremo Tribunal Federal).

Neste caso, a autorização decorreria não de previsão constitucional expressa, mas de obrigação imposta diretamente pela própria Convenção Americana de Direitos Humanos; que impõe não somente o dever de garantir a observância do duplo grau de jurisdição, mas que impõe ao Poder Judiciário a tarefa de conferir plena eficácia às normas convencionais.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de enfrentar esta questão quando, em 29.03.2000, julgou o caso Jorgina de Freitas por meio do recurso ordinário em *habeas corpus* 79.785. A recorrente havia sido condenada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em sede

de ação penal originária tendo em vista que um dos envolvidos no esquema criminoso era juiz de direito, portanto detentor de foro por prerrogativa de função. Inconformada com a decisão, interpôs “recurso inominado” (em verdade, almejando uma apelação) para o Superior Tribunal de Justiça, local em que foi liminarmente rejeitado, ensejando o recurso ordinário em *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal.

Porém, quando do julgamento, o Tribunal além de fixar que em razão da engenharia constitucional que assegurava o foro por prerrogativa sem possibilidades recursais amplas seria inviável falar no reconhecimento do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, ainda estabeleceu que no conflito entre a Constituição e a Convenção, prevalecia aquela. Inclusive, chega-se a intitular o item II da ementa da seguinte forma: “A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas”.

Se a questão referente à ampliação da cognição na via recursal pode ser resolvida através de integração legislativa pela via hermenêutica, igual sorte não possui o problema suscitado pela previsão constitucional de julgamento originário pelo Supremo Tribunal Federal. A questão, necessariamente, depende de uma reflexão mais abrangente sobre o papel do duplo grau de jurisdição na ordem jurídica brasileira e sobre o papel do próprio Supremo Tribunal Federal.

Existem dois possíveis caminhos, ambos de *lege ferenda*. O primeiro, consiste em implementar uma reforma mais profunda que coloca em xeque o papel mesmo a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional do país, trata-se de esvaziar a competência constitucional do STF subtraindo-lhe a competência originária em matéria penal. O segundo, a ser implementado através de uma mudança no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que consiste em subtrair a competência para julgamento de processos criminais de competência originária do plenário da Corte, de forma tal que uma Turma pudesse atuar como instância de instrução e de julgamento e a outra turma como instância revisional.

Ambas as alterações são polêmicas e passíveis de causarem grande controvérsia; razão porque devem ser objeto de reflexão mais abrangente que envolva toda a sociedade brasileira. Se por um lado, a alteração no Regimento Interno do STF, a despeito de qualquer alteração legislativa (na Constituição e/ou na Lei n. 8.038/90), poderia ter sua legitimidade contestada (poderia a norma regimental esvaziar a competência do plenário do Supremo Tribunal em questão tão sensível?). Por outro lado, uma alteração constitucional que colocasse em

discussão o papel a ser desempenhado pelo STF, em face das dificuldades inerentes à estrutura rígida do texto constitucional brasileiro, poderia acabar demorando muito tempo para se materializar.

Por fim, ainda em relação à competência originária do Supremo Tribunal Federal, talvez seja possível suscitar, como fez o Min. Celso de Mello como *obter dicta* em seu pronunciamento em favor do cabimento dos Embargos Infringentes na AP 470, se a admissão dos Embargos Infringentes não representa exatamente a consagração do direito ao duplo grau de jurisdição, mas a existência desta garantia convencional milita em favor de sua admissão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que do ponto de vista da política legislativa se possa estabelecer um debate sobre a pertinência da figura do foro por prerrogativa de função, ocorre que no âmbito do direito internacional dos direitos humanos não há problemas intrínsecos nessa opção tão adotada pelas atuais democracias constitucionais. Assim, o Brasil, valendo-se de sua soberania, pode decidir se e quais autoridades serão submetidas a julgamento por órgãos diferentes daqueles que apreciam originariamente os crimes cometidos pelo cidadão não detentor de foro por prerrogativa.

Contudo, ao mesmo tempo que tal opção abrange o âmbito soberano do País, a operacionalização do foro por prerrogativa de função, à evidência, deve submeter-se aos direitos e garantias de cunho fundamental, sejam os previstos no texto constitucional, sejam aqueles decorrentes dos tratados e convenções dos quais o Brasil seja parte.

E quando tal harmonização não se mostrar presente, faz-se necessário recorrer aos canais de proteção dos direitos humanos para que o ruído seja silenciado. Nesse âmbito, o controle de convencionalidade adquire centralidade. Isso porque, como visto, a necessidade de realização do controle de convencionalidade, especialmente por parte do Poder Judiciário, decorre de obrigação internacional assumida pelo Brasil a partir do momento em que passa a integrar o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Nesses termos, considerando que a Convenção Americana sobre Direito Humanos estabelece em seu art. 8º, item 2, alínea “h” a garantia ao duplo grau de jurisdição, bem como que a jurisprudência da Corte IDH nos dois casos acima apresentados é inequívoca no sentido

de que a garantia não comporta mitigações, e tendo em vista que nenhum dos casos de foro por prerrogativa de função que se tem no Brasil permite um adequado exercício recursal, é mister que se trabalhe artifícios de compatibilização de nosso ordenamento com o disposto na Convenção.

Não se pode aceitar, frente a esse quadro, o silêncio que assola os manuais de processo penal de nosso País, que, ou afirmam que a própria Constituição pode excepcionar o duplo grau nos casos de foro, sequer citando a Convenção, ou então mencionam a Convenção sem avançar no debate ou, ainda, sem fazer qualquer menção às decisões da CorteIDH aqui apresentadas.

Ademais, não se pode admitir que o Supremo Tribunal Federal utilize um recurso parcial como são os embargos infringentes – julgados, destaque-se, pelos mesmos julgadores que proferiram a condenação – como exemplo de respeito ao duplo grau, como visto durante o julgamento da AP 470.

Desse modo, a primeira conclusão a que se pode chegar é de que a legislação nacional deve ser alterada, de forma que o respeito à garantia do duplo grau de jurisdição se dê sem restrições. Uma adequada compatibilização envolveria, de um lado, a realização de reformas constitucionais (no sentido de prever a hipótese de recurso ordinário aos tribunais superiores, de forma similar ao que ocorre nos remédios constitucionais em que a segurança tenha sido denegada em única instância por tribunal); de outro, a remoção de óbices regimentais e regulamentares a ser empreendida especificamente no âmbito dos tribunais superiores.

No entanto, conforme defendido anteriormente neste artigo, a compatibilização do ordenamento jurídico interno não depende, exclusivamente, do desencadeamento de alterações legislativas (Emenda Constitucional e alteração na legislação processual correlata); mas a implementação das garantias convencionais pode ser realizada diretamente pelo próprio Poder Judiciário, por intermédio do exercício do controle de convencionalidade.

Como aqui proposto, a via da admissibilidade, nos casos de prerrogativa de foro, de um “recurso inominado” que faça as vezes de apelação, de competência do Superior Tribunal de Justiça (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais), do Tribunal Superior Eleitoral (Tribunais Regionais Eleitorais) ou mesmo do Supremo Tribunal Federal (Superior Tribunal de Justiça), afigura-se como medida conforme à Convenção que não se mostra expressamente vedada pela Constituição brasileira.

Por derradeiro, para que possa caminhar em direção a uma efetiva implementação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é imprescindível uma radical mudança de

postura por parte dos órgãos judiciais brasileiros, notadamente da Corte Constitucional, para que passem a “levar a sério” o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, com especial atenção à jurisprudência da Corte Interamericana. O que não significa dizer que o judiciário doméstico deva recepcionar, irrestrita e irrefletidamente, a jurisprudência da Corte Interamericana como um autômato – fato este que não se compatibiliza com a noção de diálogo, senão de monólogo –, mas que confira a ela um valor argumentativo (vinculação argumentativa), abandonando definitivamente sua improfícua postura de recorrer a ela, somente quando conveniente, para corroborar seu discurso decisório (função retórica) por vezes sonogador de direitos humanos convencionais.

6. REFERÊNCIAS

ALBANESE, Susana [2008] (coord.). **El control de convencionalidad**. Buenos Aires: Ediar, 2008.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano: doctrina y jurisprudencia**. 2. ed. Santiago: Librotecnia, 2012.

GALVIS, Maria Clara; SALAZAR, Katya [2007]. **La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales**. Washington D.C., jan. 2007. Disponível em: <<http://www.dplf.org/uploads/1191599742.pdf>>. Acesso em 25 set. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Sistema interamericano de direitos humanos e direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal. **Revista de derecho internacional y del mercosur**, v. 7, n. 5, p. 18-27, oct.2003.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El debido proceso**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

FLEMING, Abel; VINALS, Pablo López. **Garantías del imputado**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini ; GOMES FILHO, Antônio Magalhães ; FERNANDES, Antônio Scarance . **Recursos no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, p. 131-156, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/147_171.pdf>. Acesso em 10 set. 2010.

LONDOÑO LÁZARO, Maria Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, ano LXIII, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3212723>>. Acesso em 20 mar. 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUCCHETTI, Alberto J. [2008]. Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad. *In*: ALBANESE, Susana (org.). **El control de convencionalidad**. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 131-162.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira [2009]. **O controle jurisdiccional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 02 de julio de 2004. Serie C no. 107. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em 12 mar. 2013.

_____. **Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C no. 206. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp.pdf. Acesso em 12 mar. 2013.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade**. São Paulo: RT, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 2, n. 7, p. 81-100, abr./jun. 2003.

REY CANTOR, Ernesto. Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes. **X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**, Lima (Peru), 16-19 set. 2009. Disponível em: <http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/docs/pdf/PONENCIAS-MESAS/MESA%201/REY%20CANTOR,%20Ernesto%20_Colombia_%20-%20Jurisdiccion....pdf>. Acesso em 12 mar. 2013.

SAGÜES, Nestor Pedro [2010]. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010. Disponível em: <http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano8_1_2010/articulo_4.pdf>. Acesso em: 20 set. 2010.

SCHEPIS, Marcelo. La influencia de los tratados internacionales en el derecho interno. El control de convencionalidad. **XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal**. Buenos Aires, 11-13 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.procesal2009bsas.com.ar/ponencias-consti-proceso.html>>. Acesso em 25 set. 2010.

VILLANOVA, Marcelo [2010]. Sobre el control de convencionalidad: a propósito de las implicancias del control en el sistema de garantías. **Pensamiento Penal**, 2010. Disponível em: <<http://www.pensamienatopenal.com.ar/01072010/doctrina04.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2013.