

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Edson Fachin: Acompanho a e. Ministra Relatora, que julga procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “o Delegado Geral da Polícia Civil” contida no inc. II do art. 74 da Constituição do Estado de São Paulo, na redação originária e após a alteração pela Emenda Constitucional n. 21/2006.

Peço vênua, porém, a Sua Excelência para declarar a inconstitucionalidade por arrastamento da expressão “e o Comandante-Geral da Polícia Militar”.

O dispositivo impugnado tem o seguinte teor:

“Artigo 74. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente: [...]

II - nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os juízes do Tribunal de Justiça Militar, os juízes de Direito e os juízes de Direito do juízo militar, os membros do Ministério Público, exceto o Procurador-Geral de Justiça, o Delegado Geral da Polícia Civil e o Comandante-Geral da Polícia Militar”.

É contrária à jurisprudência desta Corte norma que estende o alcance do foro por prerrogativa de função a cargos que não foram diretamente contemplados na Constituição.

A razão para que não se admita a extensão do foro é singela: o foro por prerrogativa contraria normas convencionais que asseguram o duplo grau de jurisdição em matéria penal. Trata-se, portanto, de grave restrição de direitos fundamentais. Apenas à luz de expressa previsão constitucional é que se poderia cogitar de sua aplicação.

Nessa linha de compreensão, parece evidente que se esteja a reexaminar o sentido da norma constitucional. Faz-se necessário, portanto, que, ao lado de eventuais alterações da realidade social, avalie-se também a emergência de nova visão jurídica sobre a tarefa interpretativa, forte na cláusula material de abertura constante do art. 5º, § 2º, da CRFB.

O voto do Ministro Celso de Mello no citado HC 96.772 apresenta relevante diretriz interpretativa a guiar essa tarefa. Nesse precedente,

discutia-se a compatibilidade da prisão de depositário infiel com a Constituição da República. Como registrou o e. Ministro Celso de Mello, o papel do Poder Judiciário na exegese atualizadora em face das normas internacionais é prestigiar a regra interpretativa *pro homine*:

“O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”.

Assim no entender do Ministro Celso de Mello, as normas internacionais constituem importante guia na ressignificação que a Corte deu no que tange ao cabimento da prisão civil do depositário infiel.

O mesmo raciocínio é, sem dúvidas, aplicável ao caso dos autos. Com efeito, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu Artigo 8 (2), “h”, garante a todos o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior, em linha, portanto, com o que dispõe o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em seu Artigo 14 (5). Embora não se encontre na Constituição da República dispositivos com idêntico teor, inclui-se, na cláusula do *due process of law*, prevista no art. 5º, LIV, da CRFB, o direito ao recurso.

Esse problema foi explicitado pelo Ministro Celso de Mello, quando do julgamento sobre a admissibilidade dos embargos infringentes opostos em face do julgamento da ação penal 470. Registrou o Decano desta Corte:

“O magistério da doutrina, por sua vez, ao examinar a garantia constitucional do “*due process of law*”, nela identifica, no que se refere ao seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post*”

facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (l) direito à prova; e (m) direito ao recurso.

Vêse, daí, na abordagem tradicional do tema, que o direito ao recurso qualificase como prerrogativa jurídica intimamente vinculada ao direito do interessado à observância e ao respeito, pelo Poder Público, da fórmula inerente ao “due process of law”, consoante adverte expressivo magistério doutrinário (ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “Garantias Processuais nos Recursos Criminais”, p. 48/50, item n. 1.5, 2002, Atlas; VICENTE GRECO FILHO, “Tutela Constitucional das Liberdades”, p. 110, 1989, Saraiva; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais”, p. 364/366, item n. 2.1.1, 2010, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, p. 71/74, 2ª ed., 2004, RT, v.g.), valendo observar, ainda, que alguns autores situam o direito de recorrer na perspectiva da Convenção Americana de Direitos Humanos, como o faz GERALDO PRADO (“Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Brasileiro: Visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier” “in” “Direito Processual Penal: Uma visão garantista”, p. 105/119, 2001, Lumen Juris), ou, até mesmo, invocam, como suporte dessa prerrogativa fundamental, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a que o Brasil aderiu em 1992 (ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 42/44, item n. 3.7.5, 2ª ed., 2010, Campus Jurídico).”

Em seguida, tendo reconhecido o alcance da cláusula do duplo grau de jurisdição, assentou o Ministro Celso de Mello:

“Esse direito ao duplo grau de jurisdição, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro, decretadas, em sede originária, por Cortes Supremas de Justiça estruturadas no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, como obrigatória, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.

Não custa lembrar que o Brasil, apoiandose em soberana deliberação, submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que significa – considerado o

formal reconhecimento da obrigatoriedade de observância e respeito da competência da Corte (Decreto nº 4.463/2002) – que o Estado brasileiro comprometeuse, por efeito de sua própria vontade político jurídica, “a cumprir a decisão da Corte em todo caso” de que é parte (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 68). “Pacta sunt servanda”...

Com efeito, o Brasil, no final do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (Decreto nº 4.463, de 08/11/2002), reconheceu como obrigatórias a jurisdição e a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção” (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 62), o que legitima o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, do controle de convencionalidade, vale dizer, da adequação e observância, por parte dos Estados nacionais que voluntariamente se submeteram, como o Brasil, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, no contexto do sistema interamericano, pela Convenção Americana de Direitos Humanos.”

Assim, como indicou o Ministro Decano, a admissão do recurso de embargos “busca permitir, ainda que de modo incompleto, a concretização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visaria a amparar o direito consagrado na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realiza, embora insuficientemente, a cláusula convencional da proteção judicial efetiva”.

Essa interpretação é respaldada pela jurisprudência internacional. O Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos afirmou, no Comentário Geral n. 32 (CCPR/C/GC/32/ par. 47), que:

“O Artigo 14, parágrafo 5 é violado não apenas se a decisão de uma corte de primeira instância é final, mas também se o juízo de culpa é imposto por uma corte de apelação ou uma corte de instância final, em seguida de uma absolvição por uma corte inferior, conforme o direito doméstico, sem que haja revisão por outra corte superior. Quando a mais alta corte de uma país age como primeira e única instância, a ausência de um direito de revisão a um tribunal não é mitigada pelo fato de ser processado pelo supremo tribunal do Estado parte concernente; ao contrário, tal sistema é incompatível com o Pacto, salvo se o Estado parte houve formulado uma reserva em relação a esse efeito”.

(Tradução livre).

“Article 14, paragraph 5 is violated not only if the decision by the court of first instance is final, but also where a conviction imposed by an appeal court or a court of final instance, following acquittal by a lower court, according to domestic law, cannot be reviewed by a higher court. Where the highest court of a country acts as first and only instance, the absence of any right to review by a higher tribunal is not offset by the fact of being tried by the supreme tribunal of the State party concerned; rather, such a system is incompatible with the Covenant, unless the State party concerned has made a reservation to this effect.”

Deve-se ter em conta que não houve, por parte do Estado brasileiro, qualquer reserva ao artigo 14(5) do Pacto Internacional.

Tal reserva seria fundamental para afastar a incompatibilidade desse dispositivo com o texto constitucional, tendo já sido reconhecida pelo Comitê a compatibilidade de uma reserva que, nos moldes da que fez a Itália, declarasse que “o artigo 14, parágrafo 5, é empregado sem prejuízo da aplicação de normas italianas que, de acordo com a Constituição da República Italiana, governem a conduta, apenas em um nível, dos procedimentos estabelecidos perante a Corte Constitucional relativamente a acusações formuladas contra o Presidente da República e seus Ministros”. Esse entendimento decorre da decisão proferida no caso *Duilio Fanali v. Itália*, Comunicação n. 75/1980.

Registre-se, ainda, que, de acordo com o Comentário Geral, o direito de reexame é substantivo, isto é, abrange tanto aspectos probatórios quanto jurídicos. Assim, sequer supririam essa exigência os recursos especial e extraordinário, presente na prática processual brasileira, porquanto, consabido, não são recursos hábeis ao reexame do contexto fático.

Há que se ressaltar, também, que a incompatibilidade da prerrogativa de foro decorre do que se decidiu em diversas comunicações individuais. No caso *Terrón v. Espanha*, por exemplo, o Comitê decidiu que (Comunicação n. 1.073/2002, CCPR/C/82/D/1073/2002 (2004)/ par. 7.4):

“O Estado parte sustenta que em situações como a do autor, se um indivíduo foi processado pela mais alta corte criminal comum, a garantia prevista no artigo 14, parágrafo 5, do Pacto não é aplicável; que a ausência desse direito de revisão por um tribunal superior é contrabalançada pelo fato de ser julgado pela mais alta corte, e que essa situação é comum em vários Estados partes do Pacto. O Artigo

14, parágrafo 5, do Pacto estipula que qualquer pessoa considerada culpada de um crime deve ter o direito de seu juízo de culpa e de sua sentença serem revistas por um tribunal hierarquicamente superior de acordo com o direito. O Comitê observa que “de acordo com o direito” não significa que a mera existência de um direito de revisão é deixado à discricionariedade dos Estados partes. Embora a legislação do Estado parte disponha que em algumas circunstâncias o processamento de um indivíduo, por causa de sua posição, por uma corte superior a que normalmente seria o caso, essa circunstância tomada individualmente em consideração não podem restringir o direito do acusado a ter sua revisão de sentença e convicção pela corte. O Comitê conclui, portanto, que houve uma violação do artigo 14, parágrafo 5, do Pacto relativamente aos fatos indicados na comunicação.”

(Tradução livre).

“The State party contends that in situations such as the author's, if an individual is tried by the highest ordinary criminal court, the guarantee set out in article 14, paragraph 5, of the Covenant does not apply; the absence of a right to review by a higher tribunal is offset by the fact of being tried by the highest court, and this situation is common in many States parties to the Covenant. Article 14, paragraph 5, of the Covenant stipulates that everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law. The Committee points out that "according to law" is not intended to mean that the very existence of a right to review is left to the discretion of the States parties. Although the State party's legislation provides in certain circumstances for the trial of an individual, because of his position, by a higher court than would normally be the case, this circumstance alone cannot impair the defendant's right to review of his conviction and sentence by a court. The Committee accordingly concludes that there has been a violation of article 14, paragraph 5, of the Covenant with regard to the facts submitted in the communication.”

É verdade que, no sistema europeu de proteção aos direitos humanos, esse direito tem tido interpretação menos elástica, em vista do que dispõe o Protocolo 7, Artigo 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos que prevê que o direito ao duplo grau pode ser excepcionado “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”.

Ocorre, no entanto, que, no sistema interamericano, a Corte de São José expressamente rechaçou a alegação feita pela Argentina de que a garantia do duplo grau poderia ser restringida à luz do disposto na Convenção Europeia:

“El Estado ha sostenido que sería permitido establecer excepciones al derecho a recurrir condenas penales (supra párr. 68), con base en que el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales permite determinadas excepciones. Al respecto, la Corte no coincide con el alcance que Argentina otorga a esa norma del Sistema Europeo para interpretar la correspondiente norma de la Convención Americana, ya que precisamente esta última no previó excepciones como sí lo hizo expresamente la disposición del Sistema Europeo.”

Ademais, o ex-juiz da Corte Interamericana Sergio García Ramírez, em obra doutrinária sobre o sistema interamericano afirmou:

“A determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos implica uma “nova leitura” dos meios impugnativos. O tribunal não se pronunciou a favor da cassação – clássica ou modificada – nem da apelação, que foi removida do sistema penal. Apenas exigiu a revisão cabal do caso, atendendo ao texto do artigo 8.2.h e a interpretação que outorga o maior alcance garantista em favor do recorrente, critério que igualmente se aplica em casos de atuação de um foro especial, na qual houvesse julgamentos em primeira e única instância pelo mais alto tribunal de seu país, assim como nos casos de condenação na segunda instância. Trata-se de um exemplo relevante da prevalência do princípio *pro homine* a despeito de obstáculos materiais e de considerações processuais que passam ao segundo plano.

(RAMÍREZ, Sergio García. Garantías Judiciales: Doble Instancia y Amparo de Derechos Fundamentales (Artículos 8.2.h y 25 CADH. In: La Protección de los Derechos Humanos a través del debido proceso. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013).”

Assim, como advertiu o Ministro Celso de Mello, quer no sistema global, quer no sistema interamericano, a regra de prerrogativa de foro cria grandes entraves para a plena realização do direito ao duplo grau de jurisdição.

Essas considerações demonstram que a interpretação sobre o alcance da regra de prerrogativa de foro deve ser feita à luz de uma legítima limitação do direito ao duplo grau de jurisdição, a qual só pode constar de modo expresso da própria Constituição Federal, sendo certo que, em hipótese alguma, poderia decorrer de interpretação do legislador ou mesmo do constituinte derivado.

Não fossem essas razões que, de resto, demonstram a inaplicabilidade do princípio da simetria relativamente ao alcance da prerrogativa de foro, há ainda a grave circunstância de, como bem apontou a e. Ministra Relatora, subtrair dos membros do Ministério Público a tarefa de realizar o controle externo da atividade policial que, por evidente, deve recair tanto na polícia civil, como na militar. Sob esse aspecto, há nítida relação de complementariedade normativa, a exigir, portanto, a declaração de inconstitucionalidade também à expressão “e o Comandante-Geral da Polícia Militar”.

Ante o exposto, peço vênias a e. Ministra Relatora para acompanhá-la, mas, por arrastamento, também reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “e o Comandante-Geral da Polícia Militar”, constante do inc. II do art. 74 da Constituição do Estado de São Paulo, na redação originária e após a alteração pela Emenda Constitucional n. 21/2006.

É como voto.