

O Duplo Grau de Jurisdição como regra ou princípio?

Alessandra Villaça Gorgulho Ferretti¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O Conceito de Princípio 3. Distinção entre Princípio e regra. 4. Considerações finais. 5. Referências.

Resumo

O presente artigo tem por escopo refletir se o duplo grau de jurisdição é, de fato, um princípio constitucional ou uma regra jurídica. Para tanto, a análise terá por base a teoria crítica hermenêutica do Direito, apoiada nas lições de Lenio Streck que desenvolve a necessária compreensão da origem da diferença entre regra e princípio. Em síntese, os princípios geram compromisso político (democrático), pois sempre estão presentes em toda interpretação do Direito. O princípio vale e a regra vige. Consoante reflexão exposta, conclui-se que o duplo grau de jurisdição é uma regra, um preceito normativo, que se existencializa a partir dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, visto que resulta deles.

1. Introdução

Neste artigo, discute-se se o duplo grau é um princípio constitucional ou uma regra. Para Dworkin, citado por Streck,² o termo *princípio* retira seu significado da própria condição humana, ao se reconhecer que determinada pessoa é um homem de princípios, ou seja, alguém que se comporta, em suas relações com os outros e com o mundo, procurando não ferir os padrões de conduta que se formaram a partir de uma autocompreensão que determina seu próprio caráter. Desse modo, ser um homem de princípios é ser um homem virtuoso, com a virtude (e não o valor) de conduzir sua vida segundo os princípios estabelecidos.

Streck, então, desloca essa ideia da pessoa para a comunidade política e, por meio da filosofia hermenêutica, rompe com a ontologia da coisa e com a filosofia da consciência, recorrendo ao procedimento denominado “ontologia da compreensão”.³

¹ Doutora em Direito pela UNESA. Professora de Direito Processual Penal da UNESA, UNIGRANRIO e EMERJ. Advogada. E-mail: alessandravgorgulho@gmail.com

² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 551.

³ Idem, p. 551. A ontologia da compreensão nasce com a filosofia hermenêutica e une homem e mundo, sujeito e objeto na estrutura do “ser no mundo”, por aquilo que Ernildo Stein chamou de “boa circularidade”. Essa boa circularidade demonstra que não há conhecimento dos entes disponíveis sem uma interpretação prévia do ente que conhece. Ou seja, em toda relação com os entes, está pressuposta uma interpretação que o ser-á tem de si mesmo, e essa interpretação de si se transforma na medida em que o ser-á se relaciona com o mundo e vice-versa.

Dessa forma, é necessário atentar para a história institucional que impulsiona a formação e a identificação dos princípios. Como pondera esse estudioso,⁴ princípios são normas e têm força normativa. Desse modo, um possível “catálogo de princípios” seria, a rigor, reduzidíssimo, não sendo possível nomear qualquer coisa como princípio, muito menos inventar um princípio a cada momento.

2. O Conceito de Princípio

Princípio é aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade à normatividade assim instituída.⁵ Princípios geram compromisso político (democrático), pois sempre estão presentes em toda interpretação do Direito; aquilo que aparece apenas de maneira episódica na cadeia interpretativa do Direito é apenas um padrão interpretativo de caráter persuasivo.⁶

Assim, nessa mesma esteira, os princípios não podem ser considerados valores,⁷ como há muito consagrado pelo senso comum teórico, influenciado por alguma doutrina clássica. Princípios são padrões de julgamento que têm determinada função em um código lícito ou ilícito, sendo ligados a uma justificativa moral e, portanto, devendo ser aplicados em defesa dos direitos.

De fato, a ideia de princípio reclama força normativa, no sentido ser um padrão interpretativo que gera deontologia, de acordo com o raciocínio preconizado por Ronald

⁴ Idem, p. 588.

⁵ Idem, p. 589.

⁶ Idem, pp. 590–591. Streck explica que o modo adequado de se testar se determinado *standard* é ou não um princípio consiste em verificar se o princípio pode invalidar uma regra ou “determinar” o rumo de uma decisão judicial. Oferece como exemplo o “princípio da cooperação processual” e indaga: “Em que circunstâncias uma regra se sobrepõe a outra – no plano das antinomias *stricto sensu*, tendo por base essa ‘cooperação processual’?”. E conclui: “A resposta parece óbvia. A ‘cooperação processual’ não é um princípio; não está dotada de densidade normativa; as regras que tratam dos procedimentos processuais não adquirem espessura ontológica face à incidência desse *standard*. Dito de outro modo, a ‘cooperação processual’ – nos moldes como vem sendo propalada – ‘vale’ tanto quanto dizer que todo o processo deve ter instrumentalidade ou que o processo deve ser tempestivo ou que as partes devem ter boa-fé. Sem o caráter deontológico, o *standard* não passa de elemento que ‘ornamenta’ e fornece ‘adereços’ à argumentação. Pode funcionar no plano performativo do direito. Mas, à evidência, não pode funcionar como “dever ser”. Por outro lado, devem ser preservados – e reforçados –, a toda evidência, os princípios que dizem respeito à igualdade (que, com Dworkin, chamo de virtude soberana da República), ao devido processo legal, à presunção de inocência, à publicidade dos atos no Estado Democrático de Direito, à proibição de discriminação de qualquer espécie, em que está inserido o conjunto de liberdades públicas explicitadas na Constituição.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 297. Streck, em referência a Habermas, questiona em que medida é possível falar em “valores” nas sociedades complexas como as nossas. Esclarece a fragilidade do pensamento ao se sustentar um “método de ponderação”, visto que supõe a presença de valores intersubjetivamente compartilhados, além de negar o caráter deontológico do Direito.

Dworkin,⁸ ou seja, princípio é o que vale – portanto, tem de ser um princípio sempre válido (e não apenas eventualmente). O princípio vale e a regra vige, pois, se o princípio não for uma coisa dura, o direito ficará à mercê de soluções pragmáticas que só servirão para incrementar a crise institucional que a jurisdição constitucional atravessa no Brasil.

Desse modo, se o Direito tem de ser produzido de forma coerente, é necessário entender a fala de Streck no sentido de que cada regra tem um princípio que a institui. Além disso, garantem-se a coerência e a integridade do Direito pelos princípios jurídicos. Assim, princípios jurídicos e respostas corretas são faces de uma mesma moeda.⁹

A diferença “genética” entre regras e princípios desenvolvida por Streck,¹⁰ embora aparentemente paradoxal, revela que os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”. Essa é a razão para os princípios fecharem a interpretação (e não abrirem, como defendem alguns, especialmente aqueles que endossam as teorias da argumentação). Isso porque, para os adeptos das teorias da argumentação, a distinção fraca ou forte entre regras e princípios é marcada por um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete.

De acordo com as teorias da argumentação,¹¹ e parece residir nesse ponto o equívoco, os princípios seriam mandados de otimização, enquanto as regras traduziriam especificidades. Assim, em caso de colisão, uma regra afastaria a outra, dentro da dinâmica do “tudo ou nada”. Segundo essa linha de pensamento, os “princípios” seriam “cláusulas abertas”,¹² espaço reservado à “livre atuação da subjetividade do juiz”,

⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 254. Segundo o modelo de comunidade de princípios, Dworkin elucida que “o terceiro modelo é a comunidade de princípios, em que a comunidade política concorda com o modelo de regras, mas exige uma compreensão compartilhada com um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão”. Nessa comunidade, “as pessoas aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Nessa comunidade, as pessoas concebem a política com uma natureza diferente, sendo uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, qual deve ser a concepção de justiça, equidade e devido processo legal, e não a imagem diferente, utilizada em outros modelos, em que cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível”. “Uma comunidade de princípios aceita a integridade. Condena as leis conciliatórias e as violações menos clamorosas desse ideal como uma violação da natureza associativa de sua profunda organização” (p. 258).

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 301.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 171.

¹¹ Idem, p. 260. Segundo Streck, o equívoco de Alexy reside em separar regras e princípios, pois a regra não existe isoladamente – se isso fosse procedente, o princípio não cumpriria com sua função de introduzir a razão prática no Direito.

¹² Idem, p. 171. Para essa doutrina, as cláusulas gerais são normas “que se caracterizam pela abertura e possibilidade de criação conferida ao intérprete” e o “esforço intelectual do operador do direito que

segundo premissa sustentada por alguns civilistas das cláusulas gerais do Novo Código Civil.

3. Distinção entre Princípio e Regra

De acordo com o estudo desenvolvido por Streck,¹³ tanto os princípios como as regras “acontecem” sempre no “caso concreto”; do contrário, estaríamos cindindo situações de direito e situações fáticas. Aí está a razão pela qual não é possível instituir uma hierarquia metodológica para a aplicação dos princípios a partir de critérios à primeira vista. Segundo esse estudioso,¹⁴ é necessário compreender a origem da diferença entre regra e princípio.

Na regra, faz-se uma justificação de subsunção (um problema hermenêutico-filosófico) que, no fundo, é uma relação de dependência e, portanto, uma relação de objetivação (um problema que surge da predominância do esquema sujeito-objeto). No caso do princípio, não se opera mais a partir de dados ou quantidades objetivos, pois, ao se trabalhar com princípios, o que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é a causa e o outro o efeito; o que está em jogo é o acontecimento daquilo que resulta do princípio, que pressupõe o ponto de partida, como um processo compreensivo.

Existe uma questão de fundo que torna clara essa compreensão.¹⁵ Há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, ou seja, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituído. É, pois, um algo que antecipa o sentido que deve ser dado ao direito. Vale dizer que a regra está subsumida ao princípio, o que não significa afirmar que as regras dependeriam dos princípios. Entre regras e princípios, há uma diferença que não é lógico-estrutural. Os

trabalha com normas abertas, como o são as cláusulas gerais, é sobremaneira dimensionado”, porque carecem de “complementação valorativa”, o que faz com que o intérprete se veja “obrigado a buscar em outro espaço do sistema, ou até mesmo fora dele, a fonte que inspirará e fundamentará sua decisão (nesse sentido, ver *Verdade e consenso*, p. 172). Importante registrar a crítica de Streck no sentido de que, com o paradigma do Estado Democrático de Direito, em que os princípios buscam a recondução da razão prática, permitir que o Código Civil reintroduza no Direito cláusulas que autorizem o juiz a colmatar lacunas ou incompletudes legislativas, tomando por base o manuseio de valores contidos em uma metajuridicidade, não parece ser a postura recomendável. Pensar assim é promover uma aproximação indevida entre os princípios constitucionais e as cláusulas gerais, além de fazer uma concessão à discricionariedade positivista, com a delegação ao juiz da possibilidade de preencher as assim chamadas “cláusulas gerais”, maculando os fundamentos do princípio democrático.

¹³ *Idem*, pp. 175–176.

¹⁴ *Idem*, p. 196.

¹⁵ *Idem*, p. 254.

princípios, assim como as regras, são textos. E textos são eventos, e não meramente enunciados linguísticos.¹⁶

Assinala-se que, não havendo “entes desnudos”, o ente só é (algo enquanto algo) no seu ser. Dessa forma, não é possível falar em regras que não digam respeito a algo, pois não existem conceitos em abstrato.¹⁷ Desse modo, quando se afirma que, entre regra e princípio, existe apenas uma diferença ontológica, de acordo com o sentido da fenomenologia hermenêutica, é porque regra e princípio acontecem no interior do círculo hermenêutico, ou seja, o sentido depende do outro.¹⁸

Com efeito, a percepção do princípio faz com que seja o elemento que acaba por se ocultar ao mesmo tempo na regra. Ou seja, ele sempre está na regra. O princípio é o elemento instituidor, aquele que existencializa a regra por ele instituída – só que está encoberto.¹⁹

À luz da interpretação hermenêutica, não é possível cindir interpretação e aplicação, do mesmo modo que não é possível isolar regra de princípio, pois, pela antecipação do sentido – que sempre é a condição de possibilidade para sua compreensão –, não é possível interpretar uma regra sem levar em conta seu princípio instituidor.²⁰ Assim, seguindo a linha de raciocínio de Streck,²¹ a maneira adequada para se testar se determinado *standard* é ou não um princípio consiste em verificar se o chamado princípio pode invalidar uma regra ou determinar o rumo de uma decisão judicial.

¹⁶ Idem, p. 254. Nesse sentido, Streck destaca a diferença conceitual de princípio tanto para Dworkin como para Alexy. Para Alexy, a distinção entre regra e princípio é estrutural, de natureza semântica; para Dworkin, por sua vez, a distinção tem natureza fenomenológica. Todavia, Streck assinala que, apesar dessas diferenças, ambos concordam que um dos fatores que distinguem os princípios das regras é o fato de que sua não incidência (ou aplicação) em determinado caso concreto não exclui a possibilidade de sua aplicação em outro cujo contexto fático-existencial seja diferente daquele que originou seu afastamento. As regras, por outro lado, se afastadas de um caso, devem, necessariamente, ser afastadas de todos os outros futuros – exigência decorrente de um princípio, que é a igualdade de tratamento. Para Dworkin, os princípios representam uma comunidade: assim, uma comunidade política se articula a partir de um conjunto coerente de princípios que justificam e legitimam sua ação política. Ora, os princípios têm uma “dimensão de peso”, o que significa dizer que, em determinados casos, um princípio terá maior incidência que em outro (ou outros). Isso não impede que, em outro caso com circunstâncias distintas de aplicação, aquele princípio anteriormente afastado volte com mais força, dependendo da construção que se faz, com base na reconstrução da cadeia da integridade do direito.

¹⁷ Idem, p. 255.

¹⁸ Idem, p. 257.

¹⁹ Idem, p. 257.

²⁰ Idem, p. 257.

²¹ Idem, p. 590.

Nesse passo, ao se refletir sobre o suposto princípio do duplo grau de jurisdição, indaga-se: a regra da competência por prerrogativa de função pode invalidar o princípio do duplo grau? Em outras palavras, a previsão da competência por prerrogativa de função é inconstitucional ou ilegal, por violar o duplo grau de jurisdição? A resposta parece ser negativa.

Deve-se insistir ainda em outra questão: a observância do duplo grau de jurisdição pode determinar o rumo da decisão judicial, impondo sua revisão, na hipótese de competência por prerrogativa de função? De igual modo, a resposta parece ser negativa. Cabe buscar, nas palavras de Streck,²² aludindo a Dworkin e Habermas, a reconstrução da história institucional do direito, para compreender que, se o sujeito alvo da acusação já é julgado no Supremo Tribunal Federal, onde todas as demandas constitucionais são julgadas, qual é o sentido, de esse mesmo indivíduo recorrer à Corte Suprema – local em que todas as demandas vão chegar?

É notório que todo acusado, em um processo criminal, aspira levar seu recurso final a um julgamento pelo STF. No entanto, indaga-se se o sujeito alvo de uma acusação que tem seu processo constituído no próprio STF – instância máxima de jurisdição constitucional brasileira – já não teria, exatamente em razão do foro por prerrogativa, um ônus que também se revela como um bônus. O fato é que o acusado pode escolher fazer outra coisa na vida, mas, ao aceitar exercer um cargo de ministro de Estado ou ministro do STF, por exemplo, já sabe que será julgado onde não há segunda instância.

Dessa forma, a toda evidência, não funciona o duplo grau de jurisdição. E, sem o caráter deontológico, não cabe falar em princípio fundamental. A hipótese seria diferente se dissesse respeito à igualdade, ao devido processo legal, à presunção de inocência, à publicidade dos atos no Estado Democrático de Direito ou à proibição de discriminação de qualquer espécie. Em casos tais, indiscutivelmente está-se diante de princípios que devem ser preservados.

4. Considerações finais

Conclui-se que o duplo grau de jurisdição é uma regra, um preceito normativo, que se existencializa a partir dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, visto que resulta deles. Daí decorre sua natureza jurídica, consubstanciada em garantia

²² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, pp. 332–333.

constitucional dos princípios que o instituíram. Nesse exato sentido, as garantias processuais são concebidas como construções históricas que o processo civilizatório legou para o direito.²³ Segundo Dworkin, nesse caso, é necessário recorrer à reconstrução do direito e à integridade entendida como uma comunidade de princípios.²⁴ Isso adquire significância diante da compreensão de que toda e qualquer decisão jurídica só seria correta se, a partir dela, fosse possível extrair um princípio.²⁵ Exatamente nesse sentido é que Streck,²⁶ com Dworkin, vai chamar decisão como argumentos de princípios. No caso, esses argumentos de princípios, que definem a autonomia do Direito, são desenvolvidos a partir do que Dworkin²⁷ identificou como “leitura moral da Constituição norte-americana”.

Nesse ponto, a Constituição brasileira de 1988 foi privilegiada, pois encampou, em seu texto, uma série de questões que, ao contrário da realidade americana, por exemplo, são objeto de discussão no âmbito jurisdicional, uma vez que tais pontos não foram explorados no texto da Constituição.

Em reforço ao argumento antes sustentado, cabe refletir ainda o seguinte: se o duplo grau de jurisdição fosse, de fato, um princípio fundamental, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento de José Dirceu, teria incorrido em uma decisão claramente inconstitucional, porque, como justificar, a possibilidade de, desde logo, executar a pena – como ocorreu no caso vertente – sem a observância ao princípio da presunção de inocência, que, por determinação constitucional, exige que só seja considerado culpado aquele que teve sua condenação baseada em decisão da qual não caiba mais recurso.

²³ STRECK, Lenio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomaz, op. cit., p. 111.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Dworkin divide em três os modelos gerais de associação política. O primeiro deles é o acidental, em que os membros de uma comunidade tratam sua associação apenas como um acidente de fato da história e da geografia. O segundo modelo é o das regras, em que os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer a regras de certo modo estabelecidas, o modo específico para essa comunidade. Segundo Dworkin, os modelos acidental e de regras são incompatíveis com a integridade. O terceiro modelo é a comunidade de princípios. De acordo com esse modelo, a comunidade política concorda com o modelo de regras, mas exige uma compreensão compartilhada com um ponto de vista mais generoso e abrangente. Nessa comunidade, as pessoas aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *O que é isto: as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 11. Nesse sentido, ver a obra de OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁶ Idem, p. 71.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 50 e ss.

Todavia, não há que se desconsiderar a atenção que o intérprete deve ter no modo como tradicionalmente retrata um princípio, especialmente no caso do princípio da presunção de inocência. Isso porque, como assinala Streck,²⁸ a forma como um princípio é tratado se assemelha muito mais a uma regra do que realmente a um princípio. Por isso, a insistência no discurso de que “as regras é que são abertas, enquanto os princípios fecham a interpretação”.²⁹ Assim, quando se trata a presunção de inocência de um modo universalizante, o que se está fazendo é uma espécie de regramento do princípio da presunção de inocência.³⁰ Com isso, acaba-se por desvirtuar uma importante garantia processual em um relativismo jurídico completamente ineficaz.³¹

Por outro lado, é importante registrar que o próprio STF, no julgamento das ações diretas de constitucionalidade n. 29 e n. 30 e da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.578, orientou-se em outra direção quanto ao tratamento da questão da presunção de inocência, sustentando uso hipossuficiente do conceito do referido princípio.³² A referida expressão traduziria a hipótese de, em vez de identificar qualquer *standard* argumentativo ou qualquer enunciado performático de princípio, o Judiciário começar a negar densidade normativa de princípio àquilo que, de fato, é um princípio. E o que é mais grave: denominando-o como regra.³³

5. Referências

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomaz, op. cit., p. 76.

²⁹ Idem, p. 76.

³⁰ Idem, p. 77.

³¹ Idem, p. 79. Streck, ao tratar da adequada interpretação ao princípio da presunção de inocência, chama a atenção para o fato de esse princípio não ser visto de uma maneira tão dogmática, pois há uma possibilidade de que, em determinadas situações, a aplicação principiológica determine a suspensão da regra de presunção. É o que ocorre nos casos em que o acusado reúne, em torno de si, circunstâncias suficientes para afirmar que, possivelmente, é o autor do delito. Processualmente, isso é chamado de indícios de autoria, o que, aliado à prova da materialidade delitiva, constitui o primeiro requisito para decretação cautelar da privação da liberdade. Assim, presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, de acordo com o previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, tem-se o primeiro requisito para a decretação da preventiva (pp. 77–78).

³² Idem, p. 92.

³³ Idem, p. 92. Foi o que ocorreu no caso do julgamento da Lei n. 135/2010 (chamada de Lei da “Ficha Limpa”). Nas palavras do Ministro Luiz Fux: “A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição deve ser reconhecida, segundo lição de Humberto Ávila, como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação penal até que transitada em julgado decisão penal condenatória. Concessa vênias, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo”.

FERRETTI, Alessandra Villaça Gorgulho. O duplo grau de jurisdição e o foro por prerrogativa de função. Rio de Janeiro: Publit, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O que é isto; as garantias processuais penais? Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.