

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ

MANUAL DOS RECURSOS PENAIIS

DE ACORDO COM:

- O novo CPC – Lei 13.105/2015
- Lei 13.256/2016

2.^a edição
revista, atualizada e ampliada



THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIIS™

GUSTAVO HENRIQUE **BADARÓ**

MANUAL DOS **RECURSOS PENAIIS**

DE ACORDO COM:

- O novo CPC – Lei 13.105/2015
- Lei 13.256/2016

2.^a edição

revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIIS™**

3

FUNDAMENTO DOS RECURSOS: O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A razão de ser dos recursos pode ser analisada sob diversos enfoques. Do ponto de vista pessoal, há uma justificativa psicológica para a existência dos recursos. Já numa perspectiva mais ampla, que extrapola o indivíduo, a parte e o próprio processo em si, pode-se ver uma razão de ser de natureza política, relacionada ao exercício imperativo do poder, para que haja recurso das decisões estatais. Por fim, mas não menos importante, há a tradicional abordagem que procura explorar o fundamento jurídico dos recursos.

3.1. Fundamento psicológico dos recursos

Antes de analisar o fundamento jurídico do recurso, é necessário observar, em uma dimensão mais ampla, que o recurso visa a satisfação de uma *necessidade psicológica*, inata no ser humano, de que ninguém se contenta com um julgamento desfavorável.¹ O ser humano não quer e não gosta de perder. E se perde, é comum afirmar que “perdeu a batalha, mas não a guerra”.

Essa insatisfação com a perda e, por isso, a desconfiança diante de um juízo adverso não se verifica só no campo jurídico. Se um médico dá ao seu paciente um diagnóstico desfavorável, de uma doença de certa gravidade, a primeira reação é “vou buscar uma segunda opinião”.

Ninguém se conforma com um juízo único desfavorável, o que é fruto da consciência da imperfeição humana.²

3.2. Fundamento político dos recursos

Os atos jurídicos, enquanto atos de autoridade judiciária que exerce parcela do poder estatal, são imperativos.

A decisão judicial traz em si o sinal de todo ato de poder. Isto é, uma decisão incontestável, decorrente de quem tem a capacidade de decidir imperativamente e impor a sua decisão.

1. Tourinho Filho, *Processo Penal...*, v. 4, cap. 59, n. 2, p. 370. Nesse sentido, no processo civil: Mendonça Lima, *Introdução...*, p. 127.

2. Bermudes, *Comentários...*, v. 7, n. 4, p. 8.

Isso não significa, contudo, que essa incontrastabilidade tenha que ser uma característica de todos os atos jurídicos. Sendo o processo uma sucessão de atos intercalados, evidente que o ato final deverá ser um ato imperativo. Não teria sentido o desenrolar de todo um processo para buscar uma solução justa, se ficasse ao alvedrio das partes cumpri-la ou não.

Esse ato de poder deve ser sujeito a controles, sob pena de o poder se transformar em arbítrio ou autoritarismo. Por isso, na sua construção até o momento final, os atos podem e deve estar sujeitos a controles.

O recurso exerce, exatamente, esse papel de controle dos atos estatais, no caso, dos atos do Poder Judiciário, em especial das sentenças, que é o momento culminante do processo, por meio do qual se realiza a prestação jurisdicional ou, mais especificamente no processo penal, decide-se sobre a imputação formulada, com a conseqüente manutenção do estado de inocência do acusado ou, ao contrário, a sua superação após o devido processo legal, liberando-se legitimamente, o poder punitivo estatal.

Há, pois, *um fundamento político* para o princípio do duplo grau de jurisdição: toda decisão estatal deve estar sujeita a reexame. A ausência de controle daria ao titular de tal decisão um poder ilimitado e absoluto, o que não pode ser aceito em um Estado de Direito.³ Evidente que haverá um ato final, em relação ao qual não caiba mais recursos e, portanto, controle, mas isso decorre, inclusive, da possibilidade anterior de ter funcionado um ou mais mecanismos de controle.

Com o duplo grau de jurisdição, diz Bermudes, a liberdade do juiz se torna uma liberdade vigiada.⁴

3.3. O fundamento jurídico dos recursos

Finalmente, chega-se ao *fundamento jurídico* do direito ao recurso: o princípio do duplo grau de jurisdição, que assegura o direito ao reexame das decisões por um órgão jurisdicional diverso daquele que proferiu a decisão, em grau de hierarquia superior.⁵

Isso não significa, porém, que todo e qualquer recurso tenha que ser julgado por um órgão distinto. Há recursos, como os embargos de declaração, em que não há devolução para um órgão superior. Um sistema processual poderia sobreviver sem os embargos de declaração, ou mesmo como ocorre, desde 2008, sem protestos por novo júri. Todavia, não seria viável conceber uma sentença que não fosse

recorrível. E, mais do que isso, o recurso contra uma sentença de mérito deve ser julgado por um órgão jurisdicional hierarquicamente superior ao que a proferiu.

O direito ao duplo grau de jurisdição assegura o direito a um único reexame. Diante da organização judiciária brasileira, em que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal podem funcionar, respectivamente, como terceiro e quarto graus de jurisdição, a possibilidade de interposição de recurso especial e extraordinário não pode ser vista como manifestação do duplo grau de jurisdição.⁶

De outro lado, o duplo grau de jurisdição significa que, salvo nos casos de competência originária dos Tribunais, o processo deve ser examinado uma vez em primeiro grau de jurisdição e uma segunda vez em sede recursal pelo Tribunal. O exame direto da matéria pelo Tribunal constitui supressão do primeiro grau de jurisdição, o que também viola o princípio do duplo grau de jurisdição.

A Constituição de 1988 assegurou explicitamente várias garantias processuais, como contraditório e ampla defesa (art. 5.º, LV), devido processo legal (art. 5.º, LIV), juiz natural (art. 5.º, LIII), publicidade e motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), entre outros. Não há, porém, uma previsão explícita do duplo grau de jurisdição.⁷

Há recursos expressamente previstos na Constituição, como recurso extraordinário (art. 102, III) e recurso especial (art. 105, III), que não têm por função assegurar o duplo grau de jurisdição.⁸ São recursos com função nomofilática, isto é, de controle da correta aplicação da Constituição e da lei federal.⁹ O escopo é a preservação do direito objetivo, isto é, a autoridade e uniformidade da aplicação das normas, e não o direito subjetivo da parte processual que se sinta prejudicada e interponha tais meios de impugnação.¹⁰

6. Grinover, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes, *Recursos...*, n. 4, p. 24.

7. O princípio do duplo grau de jurisdição foi previsto expressamente na Constituição do Império de 1824, no art. 158: "Para julgar as Causas em segunda, e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos".

8. Já o recurso ordinário em *habeas corpus* para o STF e para o STJ (CR, art. 102, II, a, e art. 105, II, a) tem a função de assegurar o duplo grau de jurisdição, no âmbito limitado do *habeas corpus*.

9. Na doutrina italiana, com relação ao *ricorso per cassazione*, afirma-se ser uma impugnação de mera "legitimidade" (Pisapia, *Compendio...*, p. 413). E Nappi (*Guida...*, § 49, p. 791) afirma que a Corte de Cassação "tem no ordenamento italiana uma função nomofilática, porque o art. 65 do Ordenamento Judiciário lhe assinala a função de realizar a unidade do direito objetivo nacional, assegurando a correta observância e a interpretação uniforme da lei". No mesmo sentido, Pisani, "Le impugnazione", in Pisani et al., *Manuale...*, p. 589; Spangher, *Il Doppio Grado di Giurisdizione...*, p. 498; Gaito, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità...*, p. 521; Sottani, *Il controllo delle decisioni giurisdicarie...*, p. 44.

10. Nesse sentido: Araken de Assis, *Manual dos Recursos...*, n. 3.1, p. 71.

3. Nesse sentido, referindo-se a uma necessidade de controle interno das partes, cf.: Schietti, *Garantias Processuais nos Recursos Criminais...*, cap. 2, n. 1.3, p. 44.

4. Bermudes, *Comentários...*, v. 7, n. 4, p. 11

5. Araken de Assis, *Manual dos Recursos...*, n. 5.1, p. 93.

Por outro lado, como a Constituição, ao estruturar os órgãos do Poder Judiciário, prevê órgãos de primeiro e órgãos de segundo grau de jurisdição, sendo função precípua de esses últimos reverem as decisões proferidas em primeiro grau, tem-se entendido que o princípio do duplo grau de jurisdição é um *princípio constitucional implícito*.¹¹

Em verdade, a discussão se o duplo grau de jurisdição é um princípio explícito ou implícito pouco representa.¹² O fundamental é definir se é possível que uma decisão penal e, em especial a sentença, seja ela absolutória ou condenatória, poderá ser irrecorrível.¹³ Em caso de resposta negativa, isto é, admitindo-se que toda e qualquer sentença penal de mérito deve estar sujeita a recurso, é necessário, ainda, definir qual a abrangência de tal meio impugnativo e qual a sua finalidade.

O que o recurso pode garantir é apenas a *possibilidade de reduzir as chances de erro*.¹⁴ Isso porque o segundo julgamento não será uma análise inicial que partirá

11. Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes (*Recursos...*, n. 4, p. 23) consideram o duplo grau de jurisdição um princípio constitucional implícito. Já Oreste Nestor de Souza Laspro (*Duplo grau de jurisdição no direito processual civil...*, p. 172), embora considere tratar-se de um princípio constitucional implícito, entende que não se trata de uma garantia absoluta, podendo ser excepcionada pelo legislador infraconstitucional. Vicente Greco Filho (*Manual de processo penal*, p. 54-55) considera que o direito de recorrer da decisão favorável é inerente à ampla defesa. Por sua vez, Rogério Schietti (*Garantias processuais nos recursos criminais...*, p. 49-50) manifesta-se pela natureza constitucional do duplo grau, por ser inerente ao regime democrático, por decorrer de tratados internacionais de direitos humanos, em especial da CADH, e por ter fundamento no art. 5.º, LV, da CR. Jaques de Camargo Penteado (*Duplo grau de jurisdição no processo penal...*, p. 123) entende que o duplo grau de jurisdição tem natureza constitucional entre nós, por força do art. 8.2.h da CADH e do art. 14.5 do PIDCP, incorporados ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto 678/1992 e pelo Decreto 592/1992, respectivamente. Por sua vez, Nelson Nery Jr. (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 169), invocando o art. 8, n. 2, letra h, da CADH, conclui que, no processo penal, o duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional absoluta.

12. O STF, em antigo julgado afirmou que inexistente, no ordenamento jurídico brasileiro, a garantia do duplo grau de jurisdição (STF, HC 71.124/RJ, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1.ª T, j. 28.06.1994, v.u.). No mesmo sentido: STF, AgRg no AgIn 513.044/SP, rel. min. Carlos Velloso, 2.ª T, j. 22.02.2005, v.u.

13. Por exemplo, no processo civil, Araken de Assis (*Manual dos Recursos...*, n. 5.2, p. 96) afirma que “prevalece o entendimento que autoriza o legislador ordinário, ponderando outros princípios constitucionais, tão relevantes quanto o duplo grau, a exemplo da efetividade e da duração razoável do processo, a estabelecer barreiras ao duplo grau”. E, complementa (*op. cit.*, p. 76). “Em relação às causas cíveis, o princípio não se afigura irrestrito”.

14. Nesse sentido, no processo civil: Mendonça Lima, *Introdução...*, p. 133. Por sua vez, Tornaghi (*Curso...*, v. 2, p. 305) refere-se à “maior probabilidade de acerto e, portanto, de justiça”.

do nada. Ao contrário, terá por base uma decisão anterior, que já será fruto de uma análise das questões de fato e de direito, cujo acerto ou equívoco será verificado pelo Tribunal. Trata-se, nas palavras de Carnelutti, de um “julgamento sobre o julgamento e, dessa maneira, um julgamento elevado à segunda potência”.¹⁵ O recurso ocorre quando o debate da causa já esmiuçou as pretensões conflitantes e a sentença de primeiro grau já situou a intervenção judicial em um certo sentido, “apresentando-se o debate escoimado de superfluidades”.¹⁶

Além disso, a decisão inicial será, por sua vez, submetida a um novo confronto dialético propiciado pelas razões e contrarrazões recursais, tudo isso a permitir uma *depuração* de seu conteúdo, facilitando que seus erros, se existirem, possam estar mais visíveis para o Tribunal.¹⁷

Some-se a isso, que no sistema brasileiro, em que o primeiro grau de jurisdição, em regra, é monocrático, e o segundo grau, colegiado, a revisão por um órgão plúrimo, minimiza a probabilidade de erro. Num ato de juiz singular, se o magistrado se equivoca, haverá uma injustiça consumada. Já no caso de uma decisão colegiada, o erro individual será, apenas, um voto errado, que poderá ser superado por uma posição correta dos demais julgadores.¹⁸ A colegialidade das decisões, afirma Pontes de Miranda, assegura diversos exames ao mesmo tempo, “que se transforma em superioridade sempre que desejamos maior certeza”.¹⁹

Também por esse aspecto, outro fator de redução de erros que o duplo grau possibilita é que, sendo os tribunais compostos por magistrados mais experientes, o maior tempo de judicatura tende a ser acompanhado de um maior cabedal de conhecimentos jurídicos.²⁰ Não se trata, porém, de uma regra indefectível. Um

15. *Lecciones...*, v. IV, p. 102.

16. Bermudes, *Comentários...*, v. 7, n. 4, p. 10. Na doutrina italiana, esse argumento já era utilizado, em 1931, por Bellavitis, *Sui limiti del concetto di doppio grado di giurisdizione...*, II, p. 3.

17. Ou, como diz Barbosa Moreira (*Comentários...*, v. V, n. 137, p. 236): “o juízo *ad quem* beneficia-se da presença, nos autos, de material já trabalhado, já submetido ao crivo do primeiro julgamento, e ao da crítica formulada pelas próprias partes, ao arazoarem, num sentido e noutro, o recurso”.

18. O juízo de muitos, diz Borges da Rosa (*Comentários...*, p. 696), “traz consigo bem fundada presunção de superioridade sobre o de um só”. Em sentido contrário, para Nereu Giacomolli (*O devido processo penal...*, n. 11.3, p. 294) “o maior acerto do *decisum* não se dá, necessariamente, pelo fato de haver julgamento coletivo”.

19. *Comentários...*, t. VII, p. 11.

20. Tourinho Filho, *Processo Penal...*, v. 4, c. 59, n. 2, p. 370. João Monteiro (*Programa...*, v. III, § 199, p. 53) já dizia ser mais comum “achar nos tribunais de segunda instância maior soma de instrução jurídica” e, ainda, acrescia outro argumento em favor do melhor julgamento em segundo grau: “a maior independência do que nos juízos inferiores”, uma vez que, para chegar ao Tribunal, “a satisfação das ambições de acesso, em geral dependente da prestação de serviços políticos”.

jovem magistrado estudioso e dedicado poderá decidir melhor do que um experiente magistrado enfastiado com a atividade jurisdicional.²¹

Por fim, mas não menos relevante, a simples possibilidade de recurso e correção do erro gera um maior cuidado no juiz de primeiro grau, ao proferir a sua decisão,²² pois sabe que o ato poderá ser revisto.²³ Se sua decisão não fosse passível de qualquer censura ou correção, poderia não se esmerar tanto em sua qualidade.

É inegável, porém, que a despeito de todos os fundamentos – psicológico, jurídico e político – que justificam sua existência, o recurso não assegura, necessariamente, uma melhor decisão, de qualidade superior, legalmente mais acertada e, substancialmente mais justa. Nada impede que, hipoteticamente, a decisão correta fosse a primeira, e o provimento do recurso, substitua-a por outra, errada e ilegal.²⁴

3.4. Conteúdo do duplo grau de jurisdição

Definir o duplo grau de jurisdição significa, nas palavras de Spangher, “definir uma criatura do pensamento jurídico, um paradigma pertencente ao conjunto dos conceitos jurídicos dos quais a ciência se serve como instrumento de análise”.²⁵

Do conteúdo semântico da expressão “duplo grau de jurisdição” e com alguma complementação lógica, o mínimo a se extrair de tal direito é que seria um modelo de sistema judiciário segundo o qual o conteúdo das decisões de mérito poderia ser objeto de duas estatuições sucessivas, por órgãos diversos, sendo que a decisão posterior prevalece sobre a anterior.²⁶

Não violará o duplo grau de jurisdição, portanto, um sistema que trabalhe com a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Neste caso, obviamente, se não há recurso contra uma decisão proferida no curso do processo que causou gravame à parte, se ao final o julgamento de mérito lhe for desfavorável, deverá apelar e, no recurso contra a sentença, também trazer como matéria recursal a impugnação da decisão anterior.

21. Para uma crítica a tais fundamentos, cf.: Araken de Assis, *Manual dos Recursos...*, n. 5.1, p. 94.

22. Frederico Marques, *Elementos...*, v. IV, n. 1033, p. 186.

23. Nesse sentido: Tornaghi, *Curso...*, v. 2, p. 306; Tourinho Filho, *Processo Penal...*, v. 4, c. 59, n. 2, p. 370.

24. Nesse sentido: Pizzorusso, *Doppio grado di giurisdizione...*, p. 45; Sottani, *Il controllo delle decisione giuricarie...*, p. 43.

25. Spangher, *Il Doppio Grado di Giurisdizione...*, p. 495.

26. Nesse sentido: Spangher, *Il Doppio Grado di Giurisdizione...*, p. 495; Aragüena Fanego, *El Derecho al Doble Grado de Jurisdicción...*, p. 279.

Normalmente não é suficiente assegurar que o recurso seja endereçado a um órgão hierarquicamente superior.²⁷ Esse órgão hierarquicamente superior, em geral, deve ter uma composição colegiada, em razão da própria finalidade do recurso, que é o controle da decisão do juiz *a quo*, reduzindo a possibilidade de erro do Poder Judiciário.²⁸

O direito ao duplo grau de jurisdição, exercitável por meio do recurso, não é absoluto ou totalmente incondicionado²⁹ podendo a lei subordinar seu exercício ao cumprimento de determinadas condições, entre nós denominadas “requisitos de admissibilidade recursal”, desde que estes não sejam de tal natureza que cheguem a impedir ou dificultar excessivamente o acesso ao recurso,³⁰ como era o caso de exigir que o acusado se recolhesse à prisão para poder apelar da sentença condenatória, no revogado art. 594 do CPP. O TEDH também considerou que viola o direito ao duplo grau em matéria penal a possibilidade de o Tribunal agravar a pena pelo órgão inferior, em recurso exclusivo do acusado. Isso porque o apelante não poderá analisar as possibilidades de êxito de seu recurso perante o Tribunal superior, porque a apresentação do recurso lhe infundirá o temor lógico de um possível agravamento da condenação.³¹

3.5. O direito de recorrer nas declarações internacionais de direitos humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada e proclamada pela 183.^a Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 10.12.1948, não assegurou, de forma explícita, o direito ao duplo grau de jurisdição, embora tenha

27. Entre nós, Nereu Giacomolli (*O devido processo penal...*, n. 11.2, p. 292) afirma que não há necessidade de que o órgão seja hierarquicamente superior, desde que seja distinto do primeiro órgão e funcionalmente superior, com poder de revisar a decisão impugnada: “A relação que há de ser estabelecida é julgador-revisor e não necessariamente inferior superior”. Nesse sentido, na doutrina argentina, Binder, *Introdução...*, p. 223.

28. Mendonça Lima, *Introdução...*, p. 145.

29. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentários...*, p. 1035, n. 2.

30. Montón Redondo, Los medios de impugnación, in Montero Aroca et al., *Derecho Jurisdiccional III...*, p. 377. No mesmo sentido posiciona-se Chiavario (*Proceso e garanzie...*, v. II, p. 191), admitindo que o direito ao recurso seja subordinado a determinadas condições, desde que “razoáveis”. Na mesma linha é jurisprudência da Corte Interamericana: CoIDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. sentença de 02.07. 2004. Serie C n. 107, § 161; Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 17.11. 2009. Serie C n. 206, § 90.

31. TEDH, Caso Baucher vs. França, sentença de 24.04.2007, § 47. No mesmo sentido, na doutrina, Julio Maier (*Derecho procesal penal...*, t. I, p. 717) entende que o direito a impugnar a sentença inclui a proibição da *reformatio in pejus*.

previsto, no art. XI.1, que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

No âmbito das organizações regionais, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, aprovada em Roma, dia 14.11.1950, estabeleceu várias garantias processuais, que serviram de modelo para os tratados posteriores. O art. 6.º da CEDH, considerado a síntese dos “cânones europeus do justo processo penal”,³² não assegurou explicitamente a garantia do acusado de recorrer da sentença condenatória. Posteriormente, o Protocolo VII à referida Convenção, de 22.11.1984, em seu art. 2.1, assegurou o “direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal”, nos seguintes termos: “1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um Tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior³³ a declaração de culpabilidade ou a condenação.³⁴ O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei”.³⁵

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 16.12.1966, em seu art. 14.5, estabelece que: “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância, em conformidade com a lei”.³⁶

32. Pisani, Nozioni Generali. In PISANI, Mario et al. *Manuale...*, p. 19.

33. Para Arangüena Fanego (*El Derecho al Doble Grado de Jurisdicción...*, p. 282) é indiferente o caráter unipessoal ou colegiado do órgão superior.

34. Sobre a expressão “declaração de culpabilidade ou a condenação, Arangüena Fanego (*El Derecho al Doble Grado de Jurisdicción...*, p. 279) explica que abarca tanto os casos que o acusado tenha sido sancionado com pena, quanto os que lhe sejam impostas medidas de segurança. No mesmo sentido: Spangher, *Diritto ad un doppio grado di giudizio in materia penale...*, p. 945.

35. Por outro lado, o item 2 do mesmo art. 2.º, prevê que: “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”. Todavia, o Corte Interamericana já decidiu que as exceções do art. 2.2 do Protocolo VII à CEDH, não servem para interpretar o art. 8.2.h, da CADH, que diferentemente do que ocorre no sistema europeu, não prevê exceções à garantia do direito ao recurso: CoIDH, Caso Mohamed vs. Argentina, *Objecções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*, julgado em 23.11.2012, Série C, n. 255, § 94; CoIDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, *Objecções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*, julgamento em 30.01.2014, Série C, n. 276; § 96.

36. No sentido de que o recurso de cassação não satisfaz à exigência do art. 14.5 do PIDCP: Chiavario, *Processo e garanzie...*, v. II, p. 177; Ferrua, *Il ‘giusto processo’...*, p. 204; Bacigalupo, *El debido proceso penal...*, p. 131-132; Parma, *Recursos y acciones...*,

De forma semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22.12.1969, igualmente assegura, no art. 8.2.h, a toda pessoa acusada de um delito “o direito de recorrer da sentença a um juiz ou Tribunal superior”.

Inicialmente, a garantia convencional não assegura o direito ao recurso de toda e qualquer decisão de primeiro grau, mas somente das sentenças e, no caso, de sentença condenatória.³⁷ Como não há explicitação, a apelação pode se insurgir contra a condenação ou a pena imposta. Também será cabível nos casos em que se impuser medidas de segurança.

Seria perfeitamente compatível com a CADH um sistema em que nenhuma das decisões interlocutórias admitisse recurso,³⁸ mas que da decisão final, isto é, da sentença, coubesse recurso. Evidente que, em tal contexto, de irrecorribilidade absoluta das decisões interlocutórias não haveria preclusão e as matérias deveriam se tratadas, ao final do procedimento em primeiro grau, no mesmo recurso em que se impugnasse a sentença.

Também seria possível, nesse contexto, um sistema que somente admitisse recurso *pro reo*. Por exemplo, as sentenças condenatórias seriam apeláveis, mas não caberia recurso das sentenças absolutórias. Tal cenário não seria incompatível como o art. 8.2.h, da CADH, embora pudesse ser questionado sob a ótica da paridade de armas, por representar um modelo desequilibrado excessiva e injustificadamente, em prejuízo da acusação.

Efetivamente, as garantias dos tratados de direitos humanos não são declarações de direitos em favor do Estado, no caso, representado pelo órgão

p. 118. De se destacar, porém, que o TEDH tem entendido que não vulnera o direito garantido no art. 2.º do Protocolo VII à CEDH os casos em que, para fazer efetivo o direito ao duplo grau de jurisdição, os Estados-membros estabeleçam em sua legislação interna o recurso de cassação, a despeito das limitações de tal recurso, em que não se conhece de matéria fática. Nesse sentido há várias decisões de inadmissão: TEDH, Caso Ramos Ruiz vs. Espanha, demanda n. 65892/01, de 19.02.2002; TEDH, Caso Guala vs. França, demanda n. 64117/00, de 18.03.2003; TEDH, Caso Piñeiro Nogueira vs. Espanha (demanda n. 8035/05, de 22.05.2006).

37. Nesse sentido decidiu a TEDH, em relação ao art. 2.º do Protocolo Adicional VII à CEDH, e ao art. 14.5 do PIDCP: Caso Decourt vs. Bélgica, sentença de 17.02.1970; Caso Krombach vs. França, sentença de 13.02.2001; Caso Mariani vs. França, sentença de 31.03.2005; Caso Gurepka vs. Ucrânia, sentença de 06.09.2005; Caso Grecu vs. Romênia, sentença de 30.11.2006.

38. Salvo as decisões sobre liberdade, que o art. 7.6 da CADH assegura que: “Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou Tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais (...)”.

acusador oficial, mas para o indivíduo, isto é, o acusado, que por ocupar a posição mais fraca no processo, necessita de garantias mínimas.³⁹ Como explica Chiavario, no processo penal, o direito ao justo processo é essencialmente um “direito do acusado”, e a regra da “paridade de armas das partes”, longe de refletir uma exigência de absoluta simetria de posições, representa a exigência de um balanceamento estabelecido como garantia e não em prejuízo do acusado.⁴⁰

Sobre o conteúdo ou as características do recurso assegurado pela CADH, no caso de sentença condenatória, é necessário que se trate de um meio amplo de impugnação da sentença, que admita revisão de seu conteúdo tanto sobre questões de direito, quanto *sobre questões de fato*, isto é, admitindo uma nova valoração da prova por parte do Tribunal.⁴¹ O condenado deve ter possibilidade de impugnar, perante outro juiz, tanto os *errores in procedendo* quanto os *errores in iudicando*, obtendo “uma” possibilidade de obter um “reexame de mérito”, em que os erros possam ser verificados.⁴²

Outro ponto fundamental que se pode extrair da jurisprudência europeia, é que o direito ao recurso inclui o direito a uma audiência perante o Tribunal que julgará o recurso, quando tal Tribunal se pronunciar sobre o caráter do acusado ou os motivos que o levaram a cometer o crime, ou sobre matéria de fato nova ou

39. Como explica Julio Maier no art. 8.2.h a CADH “não se propõe – nem se pode propor – ‘defender’ o Estado, mas sim, ao contrário, conceder uma garantia a quem sofre a coação estatal. A Convenção se refere, precisamente, às garantias processuais frente à ação e à força aplicada pelo Estado”. (*Derecho procesal penal...*, t. I, p. 711). No mesmo sentido: Vasconcelos, *O duplo grau de jurisdição...*, p. 229-230.

40. *Processo e garanzie...*, v. II, p. 177. E, diante disso, admite o que denomina um “sistema extremo”, no qual o acusado não tivesse contra si recurso que pudesse prejudicá-lo, mas sendo assegurado o direito à impugnação que lhe favorecesse.

41. Nesse sentido é a posição do TEDH, em relação ao art. 2.º do Protocolo Adicional VII à CEDH, e ao art. 14.5 do PIDCP: Caso *Le Compt, Van Leuve e De Meyere vs. Bélgica*, (plenário) sentença de 26.06.1981; Caso *Öztürk vs. Alemanha*, (plenário), sentença de 21.02.1984; Caso *Helmers vs. Suécia*, sentença de 29.10.1991 e Caso *Krombach vs. França*, sentença de 13.02.2001. No mesmo sentido, ainda, a comunicação 701/1996, do Comitê de Direitos Humanos, no Caso *Gomes Vasques vs. Espanha*. Assim, por exemplo, foi considerado violado do duplo grau no sistema francês em que das sentenças da Corte D’Assises – Tribunal de escabinos – não cabe apelação para reexame de matéria fática, mas apenas recurso para questões de direito, sendo que tal recurso exige proposição por advogado, e o acusado havia sido julgado *in absentia* e sem defensor (TEDH, Caso *Lowenguth vs. França*, sentença de 2000; Caso *Deperrois vs. França*, sentença 2000). Em sentido contrário manifesta-se Cubero Marcos (*Derecho a un Doble Grado de Jurisdicción...*, p. 1011) para quem “del artículo 2 no parece deducirse una obligación de llevar a cabo un examen acerca de las cuestiones fácticas y jurídicas”.

42. Nesse sentido: Chiavario (*Processo e garanzie...*, v. II, p. 191) em relação à garantia equivalente do art. 14.5 do PIDCP.

que possa repercutir na severidade de sua pena, ou ainda, que possa levar a uma condenação depois da absolvição de primeira instância.⁴³

Em conhecida doutrina, Julio Maier vai além e, com base na garantia contra a dupla persecução e, em especial, no art. 8.4 da CADH – “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” – entende que não se deve admitir recurso do Ministério Público contra sentenças absolutórias. Entende que tal fórmula tem um alcance maior, que impede a *múltipla persecução*, também em sentido processual, relacionado com a renovação do processo, ainda que esteja em curso. E conclui: “O principal efeito da regra é impedir absolutamente a possibilidade de recurso de revisão contra o acusado absolvido ou do condenado por crime mais leve; em conjugação com o direito ao recurso do condenado, determina também, a ab-rogação da faculdade – comum entre nós: sistema bilateral de recursos – de o acusado recorrer da sentença, ao menos em alguma instância”.⁴⁴

3.6. Direito ao recurso: conteúdo segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Além das linhas gerais já expostas, cabe analisar mais detidamente, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob dois aspectos do direito ao recurso: (i) o direito ao recurso do acusado que foi absolvido em primeiro grau, mas em razão de recurso do Ministério Público, se vê condenado, pela primeira vez, no julgamento do Tribunal em segundo grau; e (ii) o direito ao recurso do acusado condenado em processos de competência originária dos tribunais, em especial, quando se trata da mais alta corte do país.

O direito ao recurso no caso de apelações que reformam absolvições preferidas em primeiro grau foi analisado pela Corte Interamericana, no caso *Mohamed vs. Argentina*, julgado em 23.11.2012.⁴⁵

Carlos Alberto Mohamed foi processado por crime de homicídio culposo, decorrente de um atropelamento, enquanto dirigia um ônibus, na cidade de

43. Nesse sentido: Maier, *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 720. No mesmo sentido, em relação ao sistema europeu: Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentários...*, p. 1036, n. 5. Sobre a jurisprudência do TEDH: Caso *Ekbatani vs. Suécia*, (plenário), sentença de 26.05.1988; Caso *Helmers vs. Suécia*, (plenário), sentença de 29.10.1991; Caso *Kremzow vs. Áustria*, sentença de 21.09.1993; Caso *Constantinescu vs. Romênia*, sentença de 27.06.2000; Caso *Pobornikoff vs. Áustria*, sentença de 03.10.2000; Caso *Dstrehem vs. França*, sentença de 18.05.2004; Caso *Dondarini vs. São Marino*, sentença de 06.07.2004 e Caso *Hermi vs. Itália (GC)*, sentença de 18.10.2006.

44. *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 599 e 717.

45. CoIDH, Caso *Mohamed vs. Argentina*, Objecões Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, julgado em 23.11.2012, Série C, n. 255.

Buenos Aires. Ao término do processo, foi absolvido em primeiro grau. Houve recurso do Ministério Público e o Sr. Mohamed acabou condenado a pena de 3 anos de prisão, cujo cumprimento ficaria suspenso, além de 8 anos de suspensão do direito de dirigir veículo. Contra tal acórdão condenatório era possível interpor um recurso extraordinário, que não admitia revisão da matéria fática.

A Corte considerou que o duplo grau de jurisdição somente se torna efetivo se for garantido a todo acusado que seja condenado, tendo em vista que a sentença condenatória é manifestação do exercício de poder punitivo do Estado. Seria contrário à finalidade do direito ao duplo grau de jurisdição não garantir o recurso para alguém condenado em um julgamento que reforma decisão absolutória de instância inferior. Interpretar o direito ao recurso contrariamente a isso significa deixar tal condenado desprovido do direito ao recurso contra a condenação.⁴⁶

Assim, a Corte Interamericana concluiu que o Sr. Mohamed tinha o direito de recorrer da decisão condenatória do Tribunal que reformou a decisão que o absolveu em primeira instância, vez que o direito ao duplo grau se aplica a partir da primeira decisão que condena o acusado.⁴⁷

Em suma, do Caso Mohamed vs. Argentina, extrai-se que, para a Corte Interamericana o direito ao duplo grau, assegurado ao acusado condenado pelo art. 8.2.h, da CADH, se aplica a partir da primeira decisão condenatória, ainda que esta seja uma decisão que tenha reformado uma absolvição anterior.⁴⁸

Além disso, a Corte destacou que a dupla conformidade judicial, expressa mediante o acesso a um recurso que assegure a possibilidade de revisão integral da sentença condenatória dá maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado e, ao mesmo tempo, dá maior segurança e proteção aos direitos do condenado.⁴⁹ Com base em outros julgados, a Corte Interamericana fixou parâmetros para o conteúdo do direito ao recurso: (i) o recurso deve garantir a possibilidade de um exame integral da decisão recorrida;⁵⁰ (ii) o recurso deve ser acessível, isto é, não devem ser exigidas maiores complexidades que tornem esse direito ilusório, devendo ser mínimas as formalidades exigidas, não podendo constituir um obstáculo para que o recurso concretize sua finalidade de examinar e resolver as questões trazidas pelo recorrente;⁵¹ (iii) deve possibilitar a análise das questões fáticas, probatórias

46. CoIDH, Caso Mohamed vs. Argentina ..., § 95.

47. Idem, § 96.

48. Em sentido contrário, o Protocolo VII à CEDH, em seu art. 2.2, prevê que o direito ao duplo grau pode ser excepcionado no caso de o acusado ser “declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição”.

49. CoIDH, Caso Mohamed vs. Argentina ..., § 97.

50. Idem, § 97.

51. Idem, § 99.

e jurídicas da sentença impugnada, posto que há uma interdependência entre as determinações fáticas e a aplicação do direito, devendo o recurso possibilitar um amplo controle dos aspectos impugnados da sentença condenatória;⁵² e (iv) o recurso deve respeitar as garantias processuais mínimas que, conforme o art. 8.º da CADH, sejam relevantes e necessários para decidir as reclamações do recorrente, o que não significa que deva ser realizado um novo juízo oral.⁵³

Com relação aos casos de foro por prerrogativa de função, sua compatibilidade com o direito ao recurso assegurado pelo art. 8.2.h da CADH foi analisada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, julgado em 17.11.2009.⁵⁴

O Sr. Barreto Leiva, que era funcionário do Ministério da Secretaria da Presidência da República, e não gozava de foro por prerrogativa de função, foi acusado de ser cúmplice de crimes cometidos pelo ex-Presidente e por ex-parlamentares, que tinham foro por prerrogativa perante a Corte Suprema de Justiça. Em razão das regras de conexão previstas na lei venezuelana, o Sr. Barreto Leiva foi julgado, também, perante o Tribunal Supremo, sendo condenado a pena de 1 ano e 2 meses de prisão, além de penas acessórias. Contra tal condenação em única instância, não havia recurso.

A Corte considerou que o foro por prerrogativa de função, perante o mais alto Tribunal do país, não é, em si, incompatível com o art. 8.2.h da CADH, mas nesse caso a legislação interna deve estabelecer a possibilidade de o acusado apelar do julgamento condenatório.⁵⁵ E a Corte exemplifica, dizendo que para tanto o procedimento poderia ser conduzido, em primeira instância, pelo presidente por uma turma do Tribunal superior, sendo assegurado um recurso de apelação para o Tribunal pleno, excluindo-se de tal julgamento os juízes que já tivessem

52. Idem, § 100.

53. Idem, § 101.

54. CoIDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 17.11.2009, Série C, n. 2006.

55. CoIDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela ...*, § 90. Diverso é o regime no sistema europeu, em que o Protocolo VII à CEDH, em seu art. 2.2, prevê que o direito ao duplo grau pode ser excepcionado no caso de o acusado ter sido “julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição”. A razão de ser de tal exceção seria a crença de que o fato de o processo estar sendo julgado originariamente pelo Tribunal superior já seria, por si mesmo, uma garantia de respeito às garantias do acusado. Todavia, a exceção ao duplo grau é criticada por Arangüena Fanego (*El Derecho al Doble Grado de Jurisdicción...*, p. 284) que, com razão, considera-a injustificável, porque a restrição do direito ao recurso é desproporcional em comparação com a garantia que pretendidamente a justificaria e legitimaria. Contudo, a exceção foi aplicada pelo TEDH, no *Caso Saiz Oveja, Hierro Maset e Planchuelo Herrera vs. Espanha*, decisão de inadmissibilidade parcial de 30.11.2004.

proferido decisão no mesmo caso.⁵⁶ Como nada disso ocorreu, a Corte entendeu que houve violação ao direito ao recurso, previsto no art. 8.2.h da CADH.⁵⁷

O tema voltou a ser analisado no Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, julgado pela Corte Interamericana em 30.01.2014.⁵⁸ Tratava-se de acusado que, por ter sido Ministro de Estado, gozava de foro por prerrogativa de função perante a Suprema Corte de Justiça. A Corte reiterou o entendimento no sentido de que o estabelecimento de foro por prerrogativa de função perante a Suprema Corte de Justiça, em princípio, é compatível com a CADH, mas o fato de o julgamento em única instância ser realizado perante a corte suprema de um Estado, isto é, a mais alta corte do país, não assegura que não haverá erros ou defeitos. Por isso, mesmo em tais processos, o Estado deve garantir o direito ao reexame completo e abrangente da decisão, tendo em vista a natureza de garantia mínima do devido processo legal do direito ao duplo grau de jurisdição.⁵⁹

Ao interpretar o conceito de “Tribunal superior”, do art. 8.2.h da CADH, a Corte considerou que, como o Sr. Alibux fora julgado perante a mais alta corte do país, não havia “Tribunal superior” que pudesse julgar uma possível apelação da decisão condenatória. Nesse caso, entendeu que superioridade do Tribunal exigida no dispositivo da CADH é satisfeita quando o plenário ou uma câmara dentro do mesmo Tribunal, mas com composição diversa, julga o recurso, possuindo competência para revogar ou reformar a decisão condenatória.⁶⁰ No caso

56. CoIDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela ..., § 90.

57. Idem, § 91.

58. CoIDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, Objecões Preliminares, Mérito, Reparações e Custos julgamento em 30.01.2014, Série C, n. 276.

59. CoIDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname ..., § 103. E, no referido jugado, observou, ainda, a Corte Interamericana, que “De igual manera, la Corte observa que en estos supuestos, en donde no existe una instancia superior al máximo órgano, que pueda hacer una revisión íntegra del fallo condenatorio, algunos Estados de la región han adoptado distintas fórmulas jurídicas con el fin de garantizar el derecho a recurrir el fallo. En este sentido, el Tribunal constata que ello se ha logrado a través de diversas prácticas, a saber: a) cuando una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es la que juzga en primera instancia, para que luego el Pleno de la misma, sea la instancia que revise el recurso interpuesto; b) cuando una determinada Sala de la Corte Suprema juzga en primera instancia y otra Sala, de distinta composición, resuelve el recurso presentado, y c) cuando una Sala conformada por un número determinado de miembros juzga en primera instancia y otra Sala conformada por un número mayor de jueces que no participaron en el proceso de primera instancia, resuelva el recurso. Asimismo, el Tribunal observa que la composición de las instancias revisoras incluye miembros que no conocieron del caso en primera instancia y que la decisión emitida por aquellas puede modificar o revocar el fallo revisado” (§ 98).

60. CoIDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname ..., § 105.

concreto, contudo, como não existiu tal recurso, houve violação ao referido direito convencional.

Em suma, do caso Barreto Leiva vs. Venezuela e Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname se extrai que o julgamento por tribunais superiores, em decorrência de foro por prerrogativa de função, não viola o art. 8.2.h da CADH, desde que em caso de condenação seja assegurado ao acusado o direito de recorrer de tal decisão, para uma turma ou o plenário do mesmo Tribunal, sem a participação dos julgadores da primeira instância, e que tal órgão tenha poderes para reformar ou revogar a decisão condenatória.

3.7. A eficácia da regra do art. 8.2.h da CADH e do art. 14.5 do PIDCP

Sem entrar em longas discussões sobre relacionamento entre ordenamento jurídico interno e internacional, ou da celeuma entre monismo e dualismo, ou mesmo qual terá primazia, se a ordem interna ou a internacional, o fundamental é que se promova a integração do sistema constitucional com os tratados e convenções de direitos humanos.

Como visto, o duplo grau de jurisdição é *expressamente previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos* (art. 8.2.h) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.5). Aceita a premissa de que as garantias dos tratados de direitos humanos têm *status* constitucional, ainda que por força de integração da CR com a CADH e o PIDCP, é possível afirmar que, *no processo penal brasileiro, o direito ao recurso contra a sentença condenatória é uma garantia constitucional*.⁶¹

Não é esse, contudo, o entendimento do STF sobre o tema. Por décadas, o STF se posicionou no sentido de que os tratados internacionais, sejam eles de direitos humanos ou não, ingressavam no ordenamento interno em regime de paridade com as leis ordinárias.

Retratando esse primeiro período, em relação especificamente ao duplo grau de jurisdição, o STF, em emblemático julgamento, decidiu: “Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio – sem concessões que o desnaturem – não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo

61. Nesse sentido: Vasconcellos, *Duplo grau de jurisdição...*, p. 229. Aliás, mesmo no processo civil, em que não há tal fundamento convencional, Araken de Assis (*Manual dos Recursos...*, n. 5.3, p. 101) afirma que “não se podem pregar a supressão de apelo e a eliminação do duplo grau, com o fito de ganhar tempo, mudança que suprimirá as esperanças de aperfeiçoar a decisão da causa e a fé no valor da justiça”.

grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do *juízo de única instância ordinária*, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8.º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de ‘toda pessoa acusada de delito’, durante o processo, ‘de recorrer da sentença para juiz ou Tribunal superior’.⁶²

O referido acórdão também declarou que, no caso de confronto entre a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos, deve se dar prevalência à Constituição.

Posteriormente, o STF passou a entender que os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* supralegal, isto é, superior à lei ordinária, mas inferior à Constituição. O *overruling* ocorreu com o julgamento, pelo Plenário, do Recurso Extraordinário 466.343/SP.⁶³ Deste relevantíssimo precedente extrai-se, como consequência, que as leis ordinárias, anteriores ou posteriores à CADH e ao PIDCP que com eles colidirem, não terão eficácia jurídica. Restaria, porém, a possibilidade de uma colidência entre tais tratados e a própria Constituição, que na linha do decidido, provavelmente seria solucionado com base no critério da hierarquia: *lex superior derogat legi inferiori*, prevalecendo a Constituição.

Não é possível concordar com tais entendimentos sobre a força dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro, seja antigamente, quando eram equiparados às leis ordinárias, seja atualmente, em que se lhes dá hierarquia supralegal. Isso porque, no caso de colidência entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, a regra de solução do conflito normativo deve seguir o critério de interpretação *pro homine* e o princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo. O critério de interpretação *pro homine* exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre a mais favorável ao indivíduo; já o princípio da *primazia da norma mais favorável* significa que, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais), deve prevalecer a seja mais *benéfica* ao indivíduo. Como explica André de Carvalho Ramos, “por esse critério, não importa a origem (pode ser uma norma internacional ou nacional), mas sim o resultado: o benefício ao indivíduo”.⁶⁴

62. STF, RHC 79.785/RJ, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.03.2000, v.u.

63. STF, RE 466.343/SP, Pleno, rel. min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008. Destaque-se, ainda, que, posteriormente, em outros julgados, o STF reconheceu a que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil *possuem status normativo supralegal*: STF, HC 90.172/SP, 2.ª T., rel. min. Gilmar Mendes, j. 05.06.2007, v.u.

64. *Curso de Direitos Humanos...*, p. 106. O TEDH, por exemplo, analisando essa temática, decidiu, no *Caso Söring*, que a interpretação de um tratado de direitos humanos deve

Por outro lado, no ponto de interesse específico desse Manual, qual seja, o direito ao recurso do acusado condenado, não há colidência entre o art. 8.2.h da CADH – ou o art. 14.5 do PIDCP – e qualquer artigo da Constituição. Inexiste dispositivo constitucional que preveja: “o condenado não tem direito a recorrer da sentença”. O que haver é, de um lado, previsões de processo penais de competência originária dos tribunais (CR, art. 102, I, *b e c*; art. 105, I, *a*; art. 108, I, *a*; art. 29, X; art. 96, III); e, de outro, previsões constitucionais – regulamentadas pela legislação ordinária – de apenas algumas hipóteses em que se admite recurso ordinário para o STF (CR, art. 102, II) e para o STJ (CR, art. 105, II). Entre essas últimas hipóteses, não se inclui um recurso ordinário dos acórdãos condenatórios proferidos em processos de competência originária dos TJs ou TRFs (que por lógica, deveria ser para o STJ) e dos proferidos pelo próprio STJ (que naturalmente seria julgado pelo STF). Também não há previsão de um recurso interno do STF para julgamento de suas condenações em ações de competência originária. Não há, pois, antinomia entre normas, que somente ocorre, segundo Bobbio, em três casos: “(1) entre uma norma que *ordena* fazer algo e uma norma que *proíbe* fazê-lo (contrariedade); (2) entre uma norma que *ordena* fazer e uma que *permite* não fazer (*contraditoriedade*) (3) entre uma norma que *proíbe* fazer e uma que *permite* fazer (*contraditoriedade*)”.⁶⁵

O art. 8.2.h da CADH *ordena* que o Estado assegure, a todo condenado, um recurso pleno. Os arts. 102, II e 105, II, ambos da CR não são normas que *proíbem* tais recursos (situação 1), nem norma que “permite não fazer” (situação 2), isto é, não instituir o recurso. Logo, não havendo relação de contrariedade ou contraditoriedade, inexistente antinomia. O mesmo se diga em relação às normas que estabelecem foro por prerrogativa de função – CR, art. 102, I, *b e c*; art. 105, I, *a*; art. 108, I, *a*; art. 29, X; art. 96, III – que não permitem, nem permitem não instituir recurso contra a condenação.

Por outro lado, as normas de tratados de direitos humanos são *autoaplicáveis*, conforme decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seu Parecer Consultivo 07/86. Isso significa que, uma vez em vigor, os direitos convencionais nela protegidos devem ser aplicados perante todos os órgãos estatais, inclusive os do Poder Judiciário, sem que haja necessidade de edição de lei ou de ato administrativo.

Como explica André de Carvalho Ramos, “para melhor defesa dos direitos humanos *adota-se a aplicabilidade imediata dos textos normativos às situações fáticas existentes*, de modo que se reconhece que, sob o aspecto formal (jurídico normativo), tais direitos são tendencialmente completos, ou seja, aptos a serem

ser feita de modo a tornar seus dispositivos efetivos: TEDH, *Söring vs. Reino Unido* 14038/88, sentença de 07.07.1989, § 87.

65. *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 85.

invocados desde logo pelo jurisdicionado”.⁶⁶ Aliás, a mesma regra de aplicação imediata dos direitos fundamentais está prevista no art. 5.º, § 1.º, da Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.⁶⁷

Ou seja, tanto no plano internacional, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, quanto no plano normativo interno, o que se tem é o reconhecimento do caráter *self-executing* das normas de direitos humanos. E há uma regra que prevê que todo condenado tem direito a um recurso, que como visto, tem que ser amplo, envolvendo questões de fato e de direito. Por outro lado, o art. 8.2.h da CADH e o art. 14.5 do PIDCP são suficientemente específicos para serem aplicados pelos tribunais no caso concreto. Há previsão do titular de tal direito: “toda pessoa acusada de um delito” (CADH) ou “pessoa declarada culpada de crime” (PIDCP). Isto é, o titular de tal direito é todo o acusado que foi condenado por uma sentença ou acórdão. Há previsão do conteúdo do direito: um recurso para reexaminar a sentença condenatória. Por fim, há a definição de quem deverá prestar tal direito: um juiz ou Tribunal superior.

Esse recurso existe no sistema processual penal brasileiro: é o recurso ordinário para o STJ (CR, art. 105, II), ou recurso ordinário para o STF (CR, art. 102, II) e, no caso de condenações originárias do próprio STF, os embargos infringentes (RISTF, art. 333, I). Nem se objete que não há previsão legal sobre o prazo ou o procedimento recursal. Também não o há, na Constituição, em relação aos recursos ordinários no caso de crimes políticos, e isso não impediu o STF de conhecer e julgar tal recurso.

Ressalte-se que recurso ordinário criminal, previsto no Regimento Interno do STF, nos arts. 307 a 309, não é o recurso ordinário para os crimes políticos, previstos no art. 102, II, *b*, da CR. Todavia, a falta de previsão legal de um prazo e de um procedimento específico em lei, não impede seu julgamento. Mais do que isso, o STF entendeu que “está-se julgando recurso criminal ordinário que tem natureza de apelação, da mesma forma como são elas julgadas pelos Tribunais

66. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 196.

67. Quanto à definição do conteúdo das normas convencionais, para serem autoaplicáveis, Cançado Trindade (*Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, v. I, p. 431) explica que: “Para que uma norma convencional possa ser autoaplicável, passou-se a considerar necessária a conjugação de duas condições, a saber, primeiro, que a norma conceda ao indivíduo um direito claramente definido e exigível ante um juiz, e segundo, que seja ela suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente em um caso concreto, operando *per se* sem a necessidade de um ato legislativo ou medidas administrativas subsequentes. A norma diretamente aplicável, em suma, consagra um direito individual, passível de pronta aplicação ou execução pelos tribunais ou juízes nacionais”.

de Justiça, pelos Tribunais regionais Federais, pelos Tribunais de Alçada etc.”.⁶⁸ Assim, não havendo regra expressa, mas diante da necessidade de implementar tal direito que assegura um recurso, no caso, um recurso ordinário, é de se aplicar, com as devidas adaptações, o procedimento da apelação, previsto no art. 593 e ss. do CPP.

Já quanto aos embargos infringentes no STF, o recurso está disciplinado no art. 333 do Regimento Interno do Tribunal. De se ressaltar, que com a Emenda Regimental 49/2014, que promoveu mudanças na competência do Plenário e das Turmas do STF, para o julgamento de processos penais de competência originária do Tribunal, compete ao Plenário apenas os processos tendo por objeto os crimes comuns praticados pelo “Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do *Supremo Tribunal Federal* e o Procurador-Geral da República, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta” (RISTF, art. 5.º, I). Nestes casos, serão cabíveis os embargos infringentes, desde que haja, no mínimo, quatro votos divergentes, pela absolvição (RISTF, art. 333, *caput*, I, c/c. parágrafo único). Todavia, quando se tratar de julgamento do Plenário, com recurso para o próprio Plenário (RISTF, art. 6.º, *caput*, IV), tal recurso não será suficiente, segundo a jurisprudência da Corte Interamericana, para atender à garantia do art. 8.2.h da CADH.

Por outro lado, passou a ser competência das Turmas, julgar os processos por crimes comuns praticados por Deputados e Senadores (RISTF, art. 9.º, *caput*, I, *j*), bem como, “nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, da Constituição Federal, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente” (RISTF, art. 9.º, *caput*, I, *k*). Nestes casos, os embargos infringentes serão cabíveis desde que a decisão da Turma não seja unânime (RISTF, art. 333, *caput*, I). O julgamento será de competência do plenário (RISTF, art. 6.º, *caput*, IV) e, se não houver a participação, por impedimento, dos ministros da Turma que julgaram originariamente a ação penal, estará satisfeita a exigência da Corte Interamericana, com relação ao art. 8.2.h, da CADH.

3.8. O recurso e a reconstrução histórica do fato

A análise do fundamento e da finalidade do recurso, especialmente da apelação, que é por excelência o meio impugnativo de controle dos juízos de fato e de direito realizado na sentença, não pode prescindir de uma consideração sobre a reconstrução histórica dos fatos no processo penal.

68. STF, RC 1.468-5/RJ, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.03.2000, m.v. (a citação é de passo do acórdão, do voto preliminar do Min. Maurício Corrêa, p. 54).

A relação entre processo penal, prova e verdade é um dos temas mais discutidos ao longo dos tempos, seja pela natural evolução das teorias epistemológicas, seja pela inegável ligação com o exercício do poder estatal e o seu reflexo no processo penal. Discussões sobre possibilidade ou não de atingir o conhecimento verdadeiro, debates sobre a filosofia da consciência vs. a filosofia da linguagem, disputas entre função demonstrativa e função persuasiva da prova, métodos de raciocínio lógico, tudo isso se reflete em tal relação.

Por outro lado, para ficarmos numa questão bem simples, a relação entre o Estado e indivíduo quanto ao exercício do poder reflete diretamente no sistema de processual penal praticado. Embora se trate de uma generalização, os Estados autoritários buscam o fortalecimento do poder estatal no processo penal, por meio de um processo predominantemente inquisitório, com a proeminência da figura do juiz. De outro lado, um Estado de Direito, preocupado com a preservação dos direitos individuais, e mais especificamente, com as garantias do acusado, tende a estruturar o processo penal de modo a espelhar a organização política tripartite, de freios e contrapesos, no exercício do poder. O modelo acusatório divide o exercício da função persecutória entre os três sujeitos processuais, sendo a atividade probatória exercida preferencialmente pelas partes para, posteriormente, o material obtido ser valorado pelo juiz. O sistema inquisitório acredita na busca solipsista de uma verdade material a ser atingível por um juiz dotado de ilimitados poderes; o acusatório funda-se num modelo dialético, que politicamente legitima o exercício do poder, pela participação do destinatário do ato de poder em sua elaboração e, epistemologicamente, busca através do confronto entre tese e antítese realizar a melhor reconstrução histórica dos fatos possível, atingindo um elevado grau de probabilidade de que a hipótese fática seja verdadeira.

Com tais limitações, é possível afirmar que o processo acusatório também é um processo que busca a “verdade”, embora a “verdade” almejada no processo acusatório não seja a mesma a que aspira o processo inquisitivo. No processo inquisitório a verdade é ambiciosamente concebida como uma “verdade objetiva” ou “absoluta”. Já a “verdade” no processo penal acusatório deve ser entendida como verdade de caráter aproximativo, inevitavelmente condicionada à falibilidade dos meios de reconstrução histórica, e que deve ser buscada respeitando-se as regras e garantias processuais. Além disto, enquanto que a “busca da verdade” do processo inquisitório induz a pensar em qualquer coisa objetiva e autônoma em relação à escolha dos meios cognoscitivos, o “acertamento dos fatos” do processo acusatório depende do método empregado: variando o método, varia o resultado do acertamento probatório.⁶⁹ Como observa Ferrua na busca da “verdade” é preferível o realismo do modelo acusatório, que admite a limitação da busca da “verdade”,

que será sempre relativa, do que a perigosa utopia do modelo inquisitório, em que tudo é justificado para se atingir uma verdade absoluta.⁷⁰

Assim, o processo deve procurar obter uma verdade “menos ambiciosa”, que seja atingível como o resultado de um fruto de método indutivo, e que não sendo absoluta, seja própria do *conhecimento probabilístico*, e racionalmente controlável.⁷¹ Ainda que não possamos saber, com absoluta certeza, quando um enunciado fático é verdadeiro, podemos saber quando, com base em uma probabilidade lógica prevalecente, um enunciado é racionalmente preferível ao outro.⁷²

Nesse contexto, não se concebe um modelo justo de processo, em especial de natureza punitiva ou sancionatória, que não trabalhe com a verdade – ainda que inatingível – com o fator de legitimação de seu resultado e critério de justiça. Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder.⁷³

Num manual sobre recurso, não se pretende uma aprofundada discussão sobre o perfil epistemológico e jurídico da prova penal, mas a fixação dessas premissas é fundamental para se compreender a dimensão dada ao duplo grau de jurisdição e ao direito ao recurso do acusado.

Isso porque, além de uma exposição do estado atual da doutrina e da jurisprudência sobre os recursos utilizáveis na *praxis* forense, almeja-se também por um objetivo maior: uma análise propositiva e, por que não dizer, provocativa, do conteúdo do duplo grau de jurisdição no processo penal, como um direito ao recurso do acusado condenado, com aptidão de controlar e reforçar a estado de inocência, quanto ao juízo de fatos que possa levar à pena.

O processo penal, enquanto instrumento cognitivo de verificação factual da imputação, permite que racionalmente se supere o estado de inocência do acusado, legitimando o exercício do poder de punir estatal. Uma epistemologia garantista, como explica Ferrajoli, tem como uma das suas condições de efetividade um *cognitivismo processual na determinação do fato criminoso*, sendo assegurado um princípio de estrita jurisdicionalidade que requer duas condições: *verificabilidade* ou *falsificabilidade* das hipóteses acusatórias, em razão do seu caráter assertivo, e a sua *prova empírica*, mediante um procedimento que permita seja sua verificação, seja sua refutação.⁷⁴

A superação da presunção de inocência, portanto, só pode se dar final do devido processo legal, em que a reconstrução histórica dos fatos decorra de atividade probatória legalmente realizada, após uma valoração racional de todas as

70. Ferrua, *Contraddittorio e verità...*, p. 49.

71. Daniel R. Pastor, Prologo, in Perfecto Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal...*, p. 22.

72. Garofoli, *Verità Storica e Verità Processuale...*, p. 50.

73. Gössel, *La verdad en el proceso penal...*, p. 23.

74. Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, p. 8.

69. Iacoviello, *La motivazione...*, p. 135.

provas produzidas, com uma decisão que somente poderá validamente condenar o acusado se for comprovada a sua culpa, em nível de constatação que atinja o *standard* probatório da certeza além de qualquer dúvida razoável. E tudo isso de-saguará na sentença judicial, como resultado final de um juízo cognitivo prévio.

Evidente que, se para a condenação for assegurado um duplo grau, a chance de erro, em tese, diminuiria. Menor ainda será o risco, no caso em que se pense no recurso de apelação como exclusivo da defesa. Isso porque, em tal hipótese, o sistema seria construído tendencialmente sobre a necessidade de dois juízos sucessivos de culpabilidade, para a liberação do poder de punir estatal. Nesse sentido é a proposta de Julio Maier, para quem, em tal dimensão, o duplo grau seria “uma exigência de que, para que se execute uma pena contra uma pessoa, necessita-se de uma dupla conformidade judicial, caso o condenado faça tal requerimento”.⁷⁵

Por outro lado, o direito ao recurso, principalmente no que se refere à função clássica do segundo grau, de ser uma oportunidade de revisão das sentenças de mérito, gera um complicador no que diz respeito ao processo penal com um instrumento cognitivo. A função cognitiva exercida por meio do recurso coloca o problema não de um segundo juízo – seja como juízo sobre o juízo (*revisio prioris instantiae*), seja como um segundo primeiro grau de jurisdição (*novorum iudicium*) –, mas de uma terceira reconstrução histórica dos fatos.

Diferentemente do processo civil, em que normalmente não há uma prévia atividade investigativa, a persecução penal se desenvolve em duas fases: investigação preliminar e instrução processual. Essa instrução processual, por sua vez, pode ser subdividida em atividade cognitiva de primeiro e de segundo grau, quando se admite amplamente nova atividade probatória no Tribunal revisor. Em tese, será uma chance a mais de um resultado melhor, embora não se desconheça os problemas que tal possibilidade também traz.

Primeiro haverá uma *atividade cognitiva-investigativa*, decorrente da necessidade de que não se instaure um processo penal como mera criação mental exige que haja justa causa ou, *reasonable cause*. Como já escrevemos em outro momento, “a finalidade da justa causa é evitar que denúncias ou queixas infundadas ou mesmo sem uma viabilidade aparente possam prosperar”. Inegável o caráter infamante do processo penal. É exato que, sob o ponto de vista jurídico, a garantia constitucional da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, assegura que nenhuma diferenciação possa existir entre aquele que é acusado de um delito, sem que haja uma condenação transitada em julgado contra si e, qualquer cidadão que nunca foi processado. Mas também é certo que, do ponto de vista moral, social e mesmo psicológico, o simples fato de estar sendo

75. No mesmo sentido, na doutrina nacional: Vasconcellos, *Duplo grau de jurisdição...*, p. 233.

processado criminalmente é um pesadíssimo fardo a ser carregado pelo acusado. Ser réu em processo criminal é, portanto, de alguma forma, já estar sendo punido.

Diante do caráter infamante e apenador do simples “estar sendo processado”, seria uma intolerável agressão à dignidade do cidadão admitir que se pudesse processar alguém, imputando-lhe a prática de um delito, sem que houvesse uma mínima base probatória quanto à existência do crime e a autoria delitiva. Isto é, sem que houvesse elementos, normalmente colhidos no inquérito policial, a indicar que a ação penal não é temerária. “Ilusório seria o ‘Estado de Direito’ em que qualquer acusação infundada pudesse prosperar”.⁷⁶

Assim, é necessária uma prévia investigação, que confira esse suporte probatório mínimo, a caracterizar a justa causa para alguém ser denunciado e colocado no banco dos réus. Há, pois, uma necessidade de uma primeira atividade cognitiva. Investiga-se e conhece, para que o acusador possa formar um juízo sobre se denuncia ou não o investigado.

Se a resposta for positiva, depois de denunciado, realiza-se uma nova atividade cognitiva. Na investigação, houve uma atividade cognitivo-investigativo, com escopo de formulação de hipóteses e obtenção fonte de provas aptas a formar um juízo de probabilidade de autoria delitiva. Agora no processo, haverá uma *atividade cognitivo-probatória*, em que a hipótese narrativa posta na imputação deverá ser verificada mediante a produção em contraditório de meios de provas que serão valorados racionalmente pelo julgador, que terá que justificar as suas escolhas. Essa atividade de reconstrução fática com base nas provas pode levar a três resultados: (i) certeza positiva da existência do crime e de sua autoria, além de qualquer dúvida razoável, com a consequente condenação; (ii) certeza negativa da autoria ou da existência de um crime, com a necessária absolvição; e (iii) dúvida razoável sobre a autoria ou existência do crime, reafirmando-se o estado de inocência, mediante absolvição.

Admitir, portanto, um duplo grau de jurisdição sobre tais sentenças é partir para uma terceira etapa, de *atividade cognitiva-revisional*, ainda mais distante dos fatos, com inegáveis complicações do ponto de vista da obtenção de elementos de prova que possam racionalmente confirmar a versão acusatória ou a narrativa defensiva. Bastaria pensar no fator tempo, seja em relação ao esquecimento que provoca nas fontes pessoais de provas, como testemunhas e vítima, seja do próprio perecimento de fontes reais de prova, para verificar que há, de plano, um dano marginal do ponto de vista epistemológico ineliminável num terceiro grau.

Essa atividade de “julgar o julgamento” de primeiro grau é mais complexa no que se refere aos juízos de fatos da etapa cognitivo-probatória, mas não impossível em um modelo racional.

76. *Processo Penal...*, p. 163-164.

Um modelo processual penal cognitivo, fundado numa valoração racional das provas, com escolhas justificadas em motivação adequada, será intersubjetivamente controlável. A condenação decorrerá da consideração de que a hipótese acusatória é correta e está racionalmente confirmada pelas provas, segundo um modelo de constatação ou *standard* probatório exigente de “certeza além de qualquer dúvida razoável”. Logo, a hipótese acusatória deverá estar racionalmente justificada, por encontrar apoio em uma pluralidade de meios de prova de confirmações. Não é tudo. Além de encontrar suporte em mais de um elemento de confirmação, a hipótese acusatória será confrontada, diante uma ou mais narrativas defensivas, a outras possíveis explicações do fato imputado, devendo resistir a todas elas. Bastará uma contraprova tornando razoável uma hipótese contrária ou alternativa à acusatória, para que não se justifique racionalmente a escolha da hipótese condenatória.⁷⁷ Esse método poderá e deverá ser seguido pelo juiz de primeiro grau, que justificará racionalmente suas escolhas, e poderá ser refeito e controlado, pelos magistrados de segundo grau, que poderão realizar sua própria trilha lógica e verificar a coincidência ou não com o resultado do juízo *a quo*.

Enfim, os problemas que o duplo grau pode causar, em termos de reconstrução histórica do fato, são compensados pelo ganho epistêmico que ele proporciona, sempre sob a ótica de um instrumento efetivo de cognição da imputação para, uma vez superada a presunção de inocência, legitimar o exercício do poder punitivo estatal.

3.9. Duplo grau em matéria de fato e renovação da instrução em segundo grau

Quando se coloca o princípio do duplo grau de jurisdição em relação à matéria de fato, se pode imaginar, em linhas gerais, três sistemas: (i) o julgamento em segundo grau como sendo um novo julgamento; (ii) o julgamento de segundo grau como uma revisão da sentença, sem qualquer atividade probatória nova; (iii) o julgamento de segundo grau, como uma revisão da sentença e, quando constatada errônea valoração da prova, cassa-se a decisão e se determina um novo juízo em primeiro grau.

Na primeira situação, que é adotada no sistema processual penal alemão, tem-se o que Binding denominou “uma segunda ‘primeira instância’”.⁷⁸ Assim, dentro dos limites traçados pelo recorrente, isto é, a matéria que foi devolvida ao segundo grau, haverá um novo exame e uma nova decisão, tanto no aspecto fático quanto no jurídico, e neste, tanto a respeito do direito material, quanto

77. Nesse sentido: Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, p. 129-130; Perfecto Andrés Ibáñez, *Sobre a motivação dos fatos...*, p. 97.

78. A expressão foi citada por Beling, *Derecho...*, § 79, V, p. 305. Também é utilizada por Roxin, *Derecho Procesal Penal...*, § 53, A, I, p. 466. Maier (*La Ordonanza...*, v. II, p. 272) afirma que se preferiu “duplicar ou repetir o julgamento”.

processual.⁷⁹ Há, pois, um verdadeiro *novum iudicium*. A prova será produzida novamente em segundo grau, sendo o acusado reinterrogado e, ao final, se profere uma nova decisão, como se o Tribunal fosse um julgador de primeira instância, com base na situação jurídica e processual atual, isto é, produzida perante o próprio Tribunal.⁸⁰ Na audiência em segundo grau, são admitidos novos meios de prova (p. ex.: novas testemunhas) e também podem ser consideradas alegações factuais introduzidas posteriormente ao primeiro grau.⁸¹ Em suma, com diz Roxin, “através da aceitação da apelação, o momento central do processo é trasladado para a segunda instância”.⁸²

O outro modelo, em que o segundo grau é um verdadeiro juízo de revisão da decisão de primeiro grau, é o que se pratica no processo penal brasileiro e na maioria dos países em que, por força de uma tradição inquisitória, há autos escritos e baixa importância é dada ao princípio da imediação.⁸³ O recurso não implica o “refazimento” do juízo de primeiro grau, concebendo-se a apelação como uma *revisio prioris instantiae*. O Tribunal, que não tomou contato com a produção da prova, para analisar se a sentença está correta ou equivocada, revaloriza a prova produzida em primeiro grau, com base nos registros escritos da prova produzida. Binder critica severamente o modelo de apelação com falta de imediação: “o juiz revisor perde totalmente o contato com os sujeitos processuais e com a prova: ele analisa os documentos, os registros e, sobre a base desta leitura, profere um novo veredicto”.⁸⁴

Esse modelo possibilita que os julgadores do Tribunal *ad quem*, que não participaram da instrução, possam revalorizar a prova e reformar a decisão anterior em matéria de fato e coloca o delicado problema da necessidade ou não de renovação da instrução. Isso porque, o duplo grau de jurisdição convive com outros princípios, como publicidade, imediação, contraditório que são bastante mitigados, se houver novo juízo de fato sem nova realização da prova.

79. Semelhante, em parte, é o modelo português em que, nos termos do art. 423.1.2.3 do CPP, admitido o recurso há uma audiência, com renovação da prova, se for o caso, alegações do Ministério Público e dos representantes do Recorrente e do Recorrido, com posterior elaboração do acórdão. Sobre tal sistema, cf.: Em Portugal: Pinto, *Dos Recursos Penais...*, p. 40.

80. Nesse sentido, no modelo alemão: Beling, *Derecho...*, § 79, VI, p. 307.

81. Roxin, *Derecho Procesal Penal...*, § 52, E, III, p. 461.

82. *Derecho Procesal Penal...*, § 52, B, p. 457.

83. Toda a organização e estrutura do procedimento respondem à necessidade dessa revisão da decisão no efeito devolutivo, sob a ótica histórica de devolução ao rei. Como explica Julio Maier (*Derecho procesal penal...*, t. I, p. 706) em tal sistema resultava imprescindível que os atos do processo fossem documentados em atas escritas e que, em consequência, a sentença tivesse como única base esses autos, pois essa era a única maneira de o Tribunal *a quo* e *ad quem* decidirem sobre um mesmo objeto.

84. *Introdução...*, p. 226.

O terceiro modelo decorre de sistemas em que não há um recurso ordinário em relação à matéria de fato, sendo previsto apenas o recurso de cassação. Provido o recurso, má aplicação da lei caracterizadora de *error in procedendo*, ou mesmo no caso em que se prevê maior amplitude de hipóteses de cabimento, como o controle da logicidade e integridade da motivação, o julgamento errôneo é cassado e os autos retornam ao primeiro grau, para que nova instrução e sentença sejam proferidas.

3.9.1. A solução espanhola

Na Espanha considera-se que o direito ao duplo grau de jurisdição decorre do direito a tutela jurisdicional efetiva, incluído o processo com todas as garantias ou devido processo, assegurado pelo art. 24 da Constituição espanhola.⁸⁵

A grande referência sobre as garantias processuais em segunda instância, no sistema espanhol foi a Sentença 167/2002, de 18.09.2002, do Tribunal Constitucional, e a jurisprudência que se desenvolve a partir dela.

Até então, entendia-se que o direito a um processo com todas as garantias não era violado quando ao julgar a apelação e revalorar todas as provas produzidas em primeiro grau, o Tribunal chegava a uma conclusão diversa da adotada na sentença, reformando-a. Isto é, era possível pela simples leitura dos autos, condenar em segundo grau quem fora absolvido em primeira instância.

Todavia, com a Sentença 167/2002, o Tribunal Constitucional espanhol modificou tal doutrina e considerou que as garantias da valoração da prova, e em especial, da imediação, se aplicam a segunda instância. Isso não significa que a segunda instância está impedida, no recurso de apelação, de revalorar as provas produzidas em primeiro grau, mas para fazê-lo deve respeitar todas as garantias processuais, o que implica a necessidade de que o Tribunal de apelação ouça pessoalmente as testemunhas em que se baseou o pronunciamento absolutório de primeiro grau. A regra básica constou do primeiro fundamento jurídico da referida sentença: “no caso de apelação de sentenças absolutórias, quando aquela se funda na apreciação de provas, se na apelação não foram produzidas novas provas, não pode o Tribunal *ad quem* revisar a valoração praticada em primeira instância, quando pela índole das mesmas é exigível imediação e contradição”.

Como facilmente se percebe, a “índole das mesmas” se refere às provas constituídas, decorrentes de fontes pessoais, envolvendo a credibilidade dos depoimentos das testemunhas e o interrogatório do acusado.⁸⁶

Por outro lado, os aspectos da valoração probatória que não dependam de um contato direto com o meio de prova, poderiam ser realizados pelo Tribunal *ad quem*, sem necessidade de refazimento da instrução, como é o caso de valoração de provas documentais ou laudos periciais, ou mesmo uma distinta inferência probatória a partir dos indícios não controvertidos.⁸⁷

O tema foi melhor esclarecido na Sentença 272/2005, de 24.10.2005, na qual o Tribunal Constitucional esclareceu: “Segundo essa doutrina consolidada, resulta contrário a um processo com todas as garantias que um órgão judicial, conhecendo, em via recursal, condene quem havia sido absolvido em instância, como consequência de uma nova fixação dos fatos provados que encontre sua origem na reconsideração de provas cuja concreta e adequada apreciação exija necessariamente que se pratiquem na presença do órgão judicial que as valora. Corolário disso será que a determinação de em que hipóteses se produziu uma vulneração do direito fundamental de um processo com todas as garantias (cristalizado na garantia da imediação) é eminentemente circunstancial, pois o decisivo é se a condenação de quem havia sido absolvido na instância decorra, em primeiro lugar, de uma alteração substancial dos fatos provados e, sendo assim, se tal apreciação probatória encontra fundamento em uma nova reconsideração de meios probatórios cuja correta e adequada apreciação exige imediação; isto é, que seja o órgão judicial que as valora o órgão perante quem elas se praticaram”.⁸⁸

Inegável a importância da imediação.⁸⁹ Todavia, a grande crítica que se pode fazer a tal posicionamento, é considerar que a imediação é um fator ou princípio da valoração da prova. Não o é. Como afirma Iacoviello, “a oralidade-imediação é uma técnica de formação das provas, não um método para o convencimento do juiz”.⁹⁰

Não se ignora ou despreza a importância dos sinais paralinguísticos dos depoimentos. Para o bem ou para o mal, tenta-se interpretar circunstâncias comportamentais como uma testemunha que gagueja ou ruboresce, o depoente que faz uma longa pausa antes de responder, a pessoa que mostra-se irrequieta etc. Todavia, num modelo cognitivo de processo penal, que deve produzir resultados racionalmente controláveis, é inaceitável que tais fatores possam determinar a absolvição ou condenação de alguém. Cabe lembrar a advertência de Perfecto

85. Montón Redondo, Los medios de impugnación, in Montero Aroca et al., *Derecho Jurisdiccional III...*, p. 374.

86. Nesse sentido foi a Sentença 124/2008, de 20.10.2008, do Tribunal Constitucional, em seu fundamento jurídico 2. Sobre o tema, cf: Alcácer Guirao, *El derecho a una segunda instancia...*, p. 19 e ss.

87. Para uma análise crítica da pretensa objetividade de tal demarcação, cf. Alcácer Guirao, *El derecho a una segunda instancia...*, p. 21-29.

88. TC espanhol, Sentença 272/2005, de 24.10.2005, FJ2.

89. Para Binder (*Introdução...*, p. 225) o desafio do duplo grau é “estabelecer algum recurso que imponha o máximo de controle possível com o máximo de respeito aos princípios e garantias processuais, especialmente ao princípio de imediação”.

90. *La motivazione della sentenza penale...*, p. 151. No mesmo sentido: Perfecto Andrés Ibáñez, *Sobre o valor da imediação...*, p. 9.

Ibañez: “a informação que as pessoas podem transmitir mediante a linguagem gestual ou corporal, que normalmente acompanha as suas palavras, está carregada de ambiguidades e é de muito difícil interpretação sem risco de erro. Mais ainda em um só contato e por quem carece de recursos técnicos para esse fim”.⁹¹ Qualquer juiz que pretenda proferir suas decisões segundo regras racionais de valoração da prova não encontrará lugar para utilização em seu convencimento de elementos cuja utilização não seja suscetível de justificação racional. Fora de um modelo de íntima convicção, em que impressões subjetivas podem contar mais do que a razão, de nada adiantará, para fins de formação do convencimento judicial, o contato “cara a cara” do juiz com o acusado. Por outro lado, essa forma de conceber a imediação, somada a um caráter personalíssimo e intransferível da percepção, veda o controle externo da decisão fundada em tais aspectos, nada ou pouco tem a se motivar.⁹²

A grande virtude da imediação está em permitir às partes, que têm o direito à prova e formulam as perguntas à testemunha, ou ao juiz, em sua atuação supletiva, perceber em tais comportamentos “dicas” sobre possível eficácia em explorar ou não um determinado tema. Verifica, por exemplo, em determinados pontos, que o tema já foi suficientemente esclarecido de forma segura e sem hesitação, não necessitando de aprofundamento. Por outro lado, seja pelo conteúdo do que foi respondido, seja pelos sinais paralinguísticos emitidos pela testemunha, muitas vezes fica clara a insegurança e vacilação, demonstrando que o ponto merece ser aprofundado na exploração fática. Como diz Perfecto Ibañez, o embaraço das testemunhas, perante quem a interroga, será um indicador de que, provavelmente, nesse ponto deverá aprofundar e intensificar o questionamento, insistindo nessa direção.⁹³

Pensando apenas sob a ótica de uma correta reconstrução histórica dos fatos, é melhor que o julgamento do recurso seja precedido de uma reprodução da prova, com imediação, entre a fonte pessoal e julgador do Tribunal, do que ocorra simplesmente mediante a reavaliação baseada na leitura fria dos autos do processo. O teor da reprodução de um depoimento poderia ter deixado o julgador em dúvida sobre um ou outro ponto, que o contato direto com a testemunha poderá facilmente afastar. Há, porém, outros valores, epistêmicos e não epistêmicos, a serem ponderados. Em relação ao passar do tempo, é inegável que a passagem do tempo favorece a diminuição da memória, e um segundo depoimento, alguns anos depois, provavelmente será menos preciso que o primeiro. Por outro lado, há questões como economia processual, gestão de tempo e pessoal nas atividades do Tribunal e o próprio direito do acusado a ser julgado em prazo razoável, que ocuparão o outro prato da balança em tal ponderação.

91. Perfecto Andrés Ibañez, *Sobre o valor da imediação...*, p. 28.

92. *Idem*, p. 9.

93. *Prueba y convicción judicial...*, p. 61.

Por fim, do ponto de vista do direito ao recurso como instrumentalização do duplo grau de jurisdição, é interessante notar que a Corte Constitucional da Espanha considera que tal direito não implica uma dupla instância no sentido de que o órgão de segundo grau conheça o processo, em igualdade de condições com o órgão de primeiro grau que proferiu a decisão recorrida. Em consequência, admite que a função de duplo grau possa ser satisfeita não só por um recurso de apelação, mas também pelo recurso de cassação.⁹⁴

1.9.2. A solução italiana

O sistema italiano, diante do mesmo problema, tentou uma solução diversa: restringir a apelação do Ministério Público em caso de absolvição em primeiro grau. Para entender o mecanismo que se tentou implementar é preciso analisar as hipóteses, mais teóricas do que práticas, de renovação da instrução em segundo grau.

No processo penal italiano, embora em linha de princípio seja precluso ao Tribunal *ad quem* renovar a instrução, o art. 603 do CPP prevê algumas hipóteses em que isso poderá ocorrer. A doutrina, contudo, observa que tais situações devem ocorrer “somente em via residual”.⁹⁵ De qualquer forma, poderá ser realizada nova atividade probatória em segundo grau quando: (i) a parte requerer, na apelação, a renovação da prova produzida em primeiro grau ou o juiz considerar que não está em condições de decidir no estado do processo; (ii) novas provas forem descobertas após o julgamento em primeiro grau; e (iii) o próprio juiz, *ex officio*, reputa absolutamente necessária sua reprodução.

Foi para tentar eliminar os problemas da transformação de uma absolvição obtida em pleno contraditório e imediação em primeiro grau, numa condenação decorrente de apelação do Ministério Público,⁹⁶ no qual o Tribunal *ad quem* somente analisa os autos, sem contato direto com a prova, é que o modelo italiano buscou restringir as hipóteses em que o Ministério Público poderia apelar da sentença absolutória.

No regime originário do CPP italiano, as hipóteses de apelação do acusado e do Ministério Público eram correlatas. Porém, com a Lei 46 de 2006, que ficou conhecida como “Lei Pecorella”, foi acrescentado um *comma* 2.º ao art. 593, prevendo que acusado e Ministério Público poderiam apelar nas mesmas hipóteses, contra sentença absolutória, nos casos em que fosse requerida a renovação da

94. Por exemplo, TC, Sentença 116/2006, de 24.04.2006; Sentença 48/2008, de 11.05.2008.

95. Spanger, Libro IX – Impugnazione, in Conso; Grevi, *Profili...*, n. 2, p. 696.

96. Afirmava Tonini (*Manuale...*, p. 648) que o CPP italiano de 1988 “não oferecia uma tutela satisfatória ao acusado absolvido em primeiro grau, quando o Ministério Público tivesse apelado”.

instrução para produção de “prova nova” em segundo grau, por se tratar de “prova decisiva”, isto é, a prova capaz de conduzir o Tribunal a uma decisão diversa.

Na prática, tratava-se de uma grande limitação à possibilidade de o Ministério Público apelar da sentença absolutória. Chamada a se manifestar sobre o tema, a Corte Constitucional, com a sentença 26, de 2007, declarou a ilegitimidade constitucional do novo *comma* 2.º do art. 593, na parte em que excluía do Ministério Público a possibilidade de apelar contra sentença absolutória, salvo nos casos do art. 603 (i. e.: de produção de prova nova). Para tanto, considerou que a restrição do poder do Ministério Público, em relação aos poderes de impugnação do acusado caracterizava uma radical assimetria, porque enquanto este poderia recorrer de uma sentença condenatória, aquele não podia apelar de uma sentença de absolvição, que caracteriza sua sucumbência no processo. Ou seja, a possibilidade de o Ministério Público apelar das sentenças absolutórias voltou a ser ampla.

O posicionamento da Corte Constitucional foi duramente criticado pela doutrina, por partir de premissas equivocadas, como uma pretensa coincidência entre o princípio de paridade entre as partes, e o princípio de paridade de armas. Segundo Bargi e Gaito, o princípio da paridade de partes não comporta uma necessária identidade entre poderes processuais do Ministério Público e do Acusado, não sendo, ademais, imanente ao sistema de impugnação da CPP italiano.⁹⁷ Além disso, o conceito de sucumbência no processo penal, em relação ao Ministério Público, é inaplicável.

Como bem observa Garofoli, o que se buscou fazer com a lei depois declarada inconstitucional foi resolver um “problema de fundo” do sistema processual: o de evitar que o acusado, absolvido em primeiro grau, mas condenado em razão de apelação do Ministério Público, ficasse privado da possibilidade de uma reavaliação completa dessa segunda decisão, podendo denunciar os erros que ela poderia conter, tal qual é possibilitado a quem é condenado em primeiro grau.⁹⁸ Essa “carência” de um duplo grau efetivo fica ainda mais evidente e grave quando se constata que, enquanto a absolvição em primeiro grau se deu com base em provas formadas em contraditório perante o juiz, a condenação em grau de apelação decorre, em regra, de uma mera leitura dos autos.⁹⁹

3.10. Duplo grau de jurisdição e a competência originária dos tribunais

O Brasil tem um sistema de competência originária dos tribunais para o processo penal em caso de autoridades que exerçam funções egrégias. São inúmeras

97. *Il ricorrente ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria...*, p. 6 e 9.

98. *Diritto Processuale Penale...*, p. 483. No mesmo sentido: Bargi e Gaito, *Il ricorrente ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria...*, p. 10.

99. Garofoli, *Diritto Processuale Penale...*, p. 483.

as críticas a tal sistema, a mais frequente, de violação da igualdade. Sumariando os argumentos, quando a lei prevê foro por prerrogativa de função, na verdade, usa-se de eufemismo para esconder ou ocultar um verdadeiro privilégio pessoal.¹⁰⁰ Outro aspecto que tem sido combatido é a excessiva amplitude de que se tem dado ao foro por prerrogativa de função, muitas vezes estendido para funções que, efetivamente, não foram previstas na Constituição.¹⁰¹

Seus defensores, por outro lado, encontram legitimidade para o foro por prerrogativa de função no próprio equilíbrio hierárquico entre os Poderes, sendo um remédio preventivo contra subserviências ou abusos indevidos. Evita-se, por exemplo, que um juiz de primeiro grau julgue o Presidente da República ou um Ministro do Supremo Tribunal Federal.¹⁰²

A competência originária dos tribunais se justificaria por uma dupla perspectiva: de um lado, proteger os detentores dos cargos de persecuções indevidas, muitas vezes por motivações políticas, e de outro lado, proteger os julgadores de eventuais pressões que, mais facilmente, poderiam ser exercidas sobre órgãos jurisdicionais de primeiro grau. Trata-se, pois, a um só tempo, de garantia para o acusado e de garantia para a Justiça.¹⁰³

100. Roberto Lyra, *Competência por prerrogativa de função...*, p. 41.

101. De se lembrar, por exemplo, que o parágrafo único do art. 25 da Lei 10.683/2003, que “dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências”, com a redação dada pela Lei 12.462, de 04.08.2011, prevê: “São Ministros de Estado os titulares dos Ministérios, os titulares das Secretarias da Presidência da República, o Advogado-Geral da União, o Chefe da Casa Civil da Presidência da República, o Chefe da Controladoria-Geral da União e o Presidente do Banco do Brasil”. O STF entendeu que é de se distinguir os casos em que a lei atribui condição de Ministro de Estado daqueles em que a lei equipara à condição de Ministro de Estado, considerando que o foro por prerrogativa de função somente se aplica à primeira categoria: STF, AgRg em Pet. 1.199/SP, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05.05.1999, v.u.

102. Alcalá-Zamora y Castillo e Levene Hijo (*Derecho...*, v. I, p. 223), além de observarem que o foro por prerrogativa de função evita a subversão resultante dos inferiores julgarem os superiores, destacam: “se pueden suponer los peligros de encomendar el juicio de autoridades y funcionarios influyentes a jueces o Tribunales que non estén en condiciones de soportar las presiones que de aquéllos procedan o que, aun pudiéndolas resistir, propendan por su modesta jerarquía, a congraciarse con el poderoso, riesgo este segundo que acaso sea más de temer, sobre todo en países de independencia judicial nominal y con amplio margen para el favoritismo en su organización de la justicia”.

103. Nesse sentido registre-se o emblemático voto do Min. Victor Nunes Leal: “A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e

Além disso, no caso de parlamentares e políticos, a influência da mídia e o seu relacionamento com o Poder Judiciário têm sido apontados como fatores importantes para justificar a necessidade de foro por prerrogativa de função: “hoje em dia, a combinação de atuação judicial e imprensa se converteu em um instrumento fundamental na luta para a eliminação do rival, sem a necessidade de esperar a convicção política do eleitor. No mundo contemporâneo não há outro meio mais eficaz de desprestígio que a submissão ao Juiz penal. O aparato judicial pode pôr em destaque os mais débeis cimentos em que se baseia qualquer ‘fama’. O símbolo mais eficaz da perda da honorabilidade constitui, atualmente, o ingresso na prisão, ou o simples início do processo. Não há maior mancha que comparecer perante o juiz na qualidade de acusado. As câmaras fotográficas, o importunar dos repórteres, a imagem tomada por televisões atentas a qualquer sinal de insegurança ou temor (...)”.¹⁰⁴

De fato, o questionamento mais agudo que se pode fazer diz respeito à sua compatibilidade com o princípio da isonomia.

O foro diferenciado para os ocupantes de determinados cargos pode ser reputado, *a priori* e necessariamente, inconstitucional. Por certo, não seriam os foros expressamente previstos na Constituição, na medida em que, no máximo, tratar-se-ia de uma exceção também de natureza constitucional.

A Constituição, ao estabelecer o foro por prerrogativa de função, “tratou desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam”, para usar a célebre expressão de Ruy.¹⁰⁵ Um detentor de cargo público de alta relevância estará sujeito a muitas perseguições ou maledicências que, no geral, não atinge o comum dos

completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do Tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado” (STF, Rcl. 473/GB, Pleno, rel. Min. Victor Nunes Leal, j. 31.01.1962, v.u.). No mesmo sentido, na jurisprudência recente: STF, Inq. 2.462-7/RR, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 05.06.2008, m.v.

104. Fernández-Viagas Bartolomé, *El juez natural...*, p. 104, que ainda destaca, nesse contexto, o surgimento de “figuras tan populares como la del denominado ‘Juez estrella’ convencido de que debe desarrollar un papel activo de regeneración social y de lucha contra las corrupciones del sistema”.

105. Ruy Barbosa, *Oração aos moços...*, p. 17: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real” (destaques nossos).

cidadãos. Por outro lado, a importância de seu cargo poderá fazer temer um juiz que não se sinta suficientemente independente para julgar altos dignitários da República.

O fator de discriminação – exercer relevante função pública – é razoável. A condição de Presidente da República, de Senador ou Deputado Federal, de Ministro de Estado, entre outros, é fator de discriminação válido quando comparado com o cidadão que não exerce qualquer função pública ou a exerce em níveis hierárquicos iniciais ou inferiores. Não se está escolhendo o cidadão mais alto, ou de olhos azuis, ou o mais rico ou o que professe uma determinada crença religiosa. Por outro lado, e este é o ponto mais importante, há um claro “vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais reunidos e a discriminação estabelecida em vista deles”.¹⁰⁶ O elemento diferencial, qual seja, exercer funções eméritas, justifica a discriminação estabelecida em vista dele, no caso, ser julgado originariamente por tribunais e não por juízes de primeiro grau. Em suma, as discriminações em razão de previsões legais de foros por prerrogativa de função não caracterizam “discriminações fortuitas ou injustificadas”.¹⁰⁷

A competência originária dos tribunais, contudo, esconde outro grave problema, mormente nos casos em que é atribuída dos STF e o STJ. Tais tribunais, do ponto de vista penal, julgam recursos extraordinário, especial e recursos ordinários em *habeas corpus*, além dos próprios *habeas corpus*. Em relação aos recursos extraordinário e especial, as conhecidas limitações de atuação como cortes de controle de legitimidade, sem análise de questões fáticas e reavaliação do material probatório, faz com que a atividade heurística e de reconstrução histórica dos fatos lhes seja algo absolutamente estranha. Mesmo no caso de *habeas corpus* originário e o eventual recurso contra sua denegação, o mantra jurisprudencial repetido à exaustão, de que no âmbito limitado do *habeas corpus* não é possível a análise probatória, igualmente alija os tribunais superiores de uma cotidiana atividade de valoração racional da prova.

Por outro lado, inegavelmente o foro por prerrogativa de função, no desenho do sistema brasileiro, impede ao condenado em ação de competência originária o direito ao recurso contra a decisão condenatória.

106. A frase é de Bandeira de Mello (*O conteúdo jurídico do princípio da igualdade...*, p. 25) que ainda acrescenta: “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses protegidos pela Constituição” (destaques nossos).

107. Novamente, a expressão é de Bandeira de Mello, *O conteúdo...*, p. 18. De se esclarecer que não se trata de posicionamento formulado com vistas à questão dos foros por prerrogativa de função.

3.11. Proposta para uma leitura do duplo grau de jurisdição: direito ao recurso do acusado, para um controle epistêmico da presunção de inocência

Do que foi exposto, é de se concluir que o duplo grau de jurisdição pode ser visto sob duas perspectivas, que levarão a resultados distintos: (i) como um mecanismo que busca dar prevalência ao “valor justiça”, permitindo a correção do erro judiciário, tanto sobre as questões de direito, quanto sobre as questões de fatos; e (ii) como “garantia do acusado”, fortalecendo a sua presunção de inocência, em caso de condenação em primeiro grau ou segundo grau.¹⁰⁸

Evidente que a adoção de um ou outro modelo implicará repercussões importantes na legitimidade recursal. O duplo grau como revisão para “aprimoramento da justiça” admite o recurso de ambas as partes, acusador e acusado, bem como de terceiros intervenientes, como o assistente de acusação. Mais do que isso, como o erro, em tese, pode estar tanto na condenação quanto na absolvição, o recurso será *pro et contra*. Todas as partes podem recorrer de qualquer resultado. Por outro lado, quando lê o duplo grau sob a ótica da “garantia do acusado”,¹⁰⁹ o direito recurso – ao menos em sua amplitude máxima, com devolução de questão de fato e de direito – somente será conferido ao acusado condenado, como mecanismo que implementa a possibilidade de uma “dupla conforme” para a condenação.¹¹⁰ De outro lado, o Ministério Público e a vítima não terão legitimidade recursal para impugnar a sentença absolutória quanto à questões de fato. Como explica Julio Maier, nesse sistema em que a legitimidade para impugnar a sentença, pertence tanto ao acusado quanto aos órgãos públicos, o recurso não é uma garantia processual em favor do acusado, mas antes um meio de controle pelos tribunais superiores sobre a correção da decisão dos magistrados inferiores.¹¹¹

108. Casara (*O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 506) refere-se, de um lado, ao “nexo entre o direito ao duplo grau de jurisdição e o valor ‘verdade’” e de outro a análise da mesma garantia em “razão do valor ‘liberdade’”, defendendo que essa segunda é o fundamento do recurso. Nereu Giacomolli (*O devido processo penal...*, n. 11.3, p. 294) também nega que o fundamento do direito ao recurso seja a “busca da verdade”.

109. Nesse sentido: Casara (*O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 506) afirma que o duplo grau é “uma garantia individual daquele que se vê perseguido em juízo”. No mesmo sentido posiciona-se Vinícius Vasconcellos (*Duplo grau de jurisdição...*, p. 238) que, analisando o art. 8.2.h da CIDH e o art. 14.5 do PIDCP afirma: “os textos apresentam similaridade em sua redação, especialmente em relação ao sujeito possuidor do referido direito: ‘toda pessoa’ e ‘toda pessoa declarada culpada’, ou seja, cristalinamente refere-se ao indivíduo que sofre a persecução penal e deve ter seus direitos fundamentais garantidos frente ao poder punitivo estatal”. Na doutrina estrangeira: Maier, *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 710. No mesmo sentido, em relação ao art. 2.º do Protocolo VII à CEDH, Aragüena Fanego, *El Derecho al Doble Grado de Jurisdicción...*, p. 280.

110. Maier, *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 709.

111. *Derecho procesal penal...* t. I, p. 707.

Não há dúvida de que o sistema desenhado pelo Código de Processo Penal de 1941, no que diz respeito à impugnação objetiva (hipóteses de recurso) e impugnação subjetiva (legitimados a recorrer) é pensado para ser um modelo de “aprimoramento da justiça”. E, não seria exagerado dizer, que o “aprimoramento da justiça” é buscado com vista a dar à acusação uma chance a mais de obter a condenação. Primeiro, porque a legitimação é bilateral: de um lado, acusação e vítima, de outro, o acusado e seu defensor. Ao mais, geralmente o recurso do acusado estava condicionado a sua prisão o que era um contrassenso. Para demonstrar que houve erro e “aprimorar a justiça” por meio do recurso, para que o inocente não tivesse que cumprir pena e, ser privado da liberdade, ele primeiro deveria ser “preso” para que se pudesse fazer justiça para ele não ser... preso!

Atualmente, contudo, a escolha entre um ou outro modelo não é mera opção técnica, fruto de escolha de política legislativa.¹¹² O duplo grau de jurisdição, instrumentalizado pelo direito ao recurso do acusado é um direito fundamental, decorrente de posições axiológicas que não podem ser pautadas pela maioria dominante do Poder Legislativo num ou noutro momento.

A leitura feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em relação ao art. 8.2.h da CADH exige – e não apenas sugere – que o acusado tenha o direito de recorrer da decisão condenatória. E esse recurso é cabível quer quando ele é condenado em primeiro grau e apela para o segundo grau, quer quando ele é absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau, ante um recurso da acusação. Neste caso, o direito ao duplo grau sobre a decisão condenatória implicará, na prática, a necessidade de um “terceiro” grau.¹¹³ Esse recurso tem que permitir a revisão tanto de matéria de fato, como de matéria de direito. Seja, portanto, numa leitura típica da nossa apelação, seja como um recurso de cassação, com menos exigências formais e possibilidade de, em alguma medida, controle das questões de fato e a valoração da prova. Portanto, não satisfaz a garantia do art. 8.2.h da CADH a possibilidade do nosso recurso especial e extraordinário, nos moldes estreito que estão previstos na Constituição e, mais ainda, a sua limitadíssima admissibilidade ainda mais restrita por uma inegável jurisprudência defensiva.

Na doutrina atual, começam a surgir vozes na doutrina no sentido de que o duplo grau de jurisdição no processo penal deve ser visto sob a ótica de garantia

112. Segundo Spangher (*Il Doppio Grado di Giurisdizione...*, p. 496) trata-se de tema “aparentemente técnico que, ao contrário, tende a um perfil fortemente político-ideológico”.

113. Nesse sentido: Maier, *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 714. Diversamente, na doutrina espanhola, Cubero Marcos (*Derecho a un Doble Grado de Jurisdicción...*, p. 1021) observa que, justamente porque o Protocolo VII à CEDH prevê que o duplo grau pode ser excepcionado no caso de o acusado ter sido absolvido em primeiro grau e, depois, condenado em razão de recurso da acusação, é que alguns países europeus implantaram um recurso de cassação que funciona como um sucedâneo de terceira instância.

do acusado. Geraldo Prado sustenta, com base na CADH, que “a previsão de recurso para assegurar o duplo grau de jurisdição é exclusiva da defesa” e, conseqüentemente, deve ser extinto o recurso do Ministério Público contra sentença absolutória. Isso porque, a acusação tem na instrução de primeiro grau, o seu momento procedimental para provar a imputação e obter a condenação, mas “se não o consegue, se o acusador não convence o juiz, não há porque supor que o Tribunal que normalmente não tem contato com as mesmas provas e com os mesmos argumentos, e que se limitará a uma atividade de interpretação de textos, fará justiça modificando a sentença absolutória”.¹¹⁴ Assevera ainda, que, se assim não for, na situação paradoxal, em que o Tribunal, julgando recurso de apelação do Ministério Público, condena o réu que havia sido absolvido em primeiro grau, “no mínimo cabe assegurar ao réu o direito de recorrer, muito embora não haja no sistema brasileiro um recurso com a amplitude da apelação que o novel condenado possa lançar mão quando condenado no julgamento da apelação”.¹¹⁵

Tal posicionamento implica reconhecer que o direito ao recurso, sobre questões de fato e de direito, só deverá existir contra a sentença condenatória, como uma garantia do acusado “no sentido de possibilitar o questionamento e a impugnação da fundamentação do pronunciamento judicial, que intenta macular a presunção de inocência”.¹¹⁶ Além disso, na apelação defensiva contra sentença condenatória deve se admitir o refazimento da atividade probatória em segundo grau, bem como a produção de novas provas, não como algo excepcional, mas como uma natural decorrência do direito à prova.¹¹⁷ Apelando a defesa para o controle de eventual erro na superação da presunção de inocência, que redundou na condenação do acusado, seria assegurado um verdadeiro *novorum iudicium*, destinado a percorrer novamente o itinerário motivacional e gnosiológico do primeiro grau.¹¹⁸

Somente assim, se assegurará, na plenitude, um duplo grau de jurisdição como verdadeiro direito do acusado condenado, sendo um reforço e uma chance a mais de manutenção do seu estado de inocência.

Num sistema de impugnação, com tais características, perde sentido a manutenção dos embargos infringentes, na medida em que já haveria, ao menos potencialmente, a necessidade de uma espécie de “dupla conforme”, quanto ao

114. *Duplo grau de jurisdição...*, p. 42. No mesmo sentido posiciona-se Vasconcellos, *Duplo grau de jurisdição...*, p. 239.

115. *Duplo grau de jurisdição...*, p. 44.

116. Vasconcellos, *Duplo grau de jurisdição...*, p. 239. No mesmo sentido: Maier, *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 721.

117. Nesse sentido, na doutrina italiana: Furfaro e Giunchedi, *La “parità delle armi” tra Costituzione...*, p. 39.

118. *Idem*, p. 40.

juízo de fato, para a superação da presunção de inocência e a liberação da eficácia do poder punitivo estatal.

Por outro lado, o fato de o princípio do duplo grau de jurisdição não ser um direito constitucional ou convencional do Ministério Público ou do acusador particular, não significa que não se possa admitir um recurso contra a absolvição. Todavia, sua finalidade será diversa, não de controle das questões de fato e, muito menos, apta a uma nova atividade de produção probatória. A apelação do Ministério Público, apta somente a atacar a legitimidade da sentença absolutória, do ponto de vista das questões de direito, não violaria a presunção de inocência. Nesse caso, contudo, poderia se optar entre um recurso de apelação limitado a questões de direito para os tribunais locais, ou um “recurso de cassação”, ainda que com alguma ampliação de suas hipóteses.

No segundo caso, seria de se admitir a interposição direta pela acusação apenas de recurso especial e extraordinário contra sentença absolutória, sendo em tal caso aconselhável uma ampliação legal das hipóteses de cabimento de tais “recursos de cassação”, para expressamente admitir um controle mais efetivo da motivação sobre o juízo de fato, e do próprio caráter lógico do raciocínio judicial nela externado, ainda que, evidentemente, não se vá permitir a reavaliação das provas.

Todavia, diante da interpretação que, em nosso direito posto, as hipóteses de recurso especial e extraordinário são taxativas e somente podem estar previstas na Constituição, parece preferível a criação de uma “apelação limitada” para os tribunais locais. Seria um recurso restrito às questões de direito, bem como, no campo probatório, ao controle de sua legalidade, da racionalidade do método de valoração da prova e da completude da valoração dos elementos probatórios produzidos, além do acerto na aceitação de eventual narrativa alternativa apontada como caracterizadora de uma hipótese geradora de dúvida razoável e, por fim, do controle da motivação realizada pelo julgador.

No caso de sentença condenatória, também se poderia limitar o cabimento do recurso do Ministério Público, visando a majoração da pena, ao aspecto de controle da legalidade. Conseqüentemente, não seria impugnável a sentença condenatória, por exemplo, porque em razão da quantidade da droga apreendida, o juiz aumentou a pena em 1 ao invés de 2 anos. Ou porque, em razão da reincidência, aumentou a pena em 6 meses, quando deveria tê-la acrescido 1 ano. Seria cabível, apenas para uma rigorosa verificação do procedimento legal de dosimetria da pena, com aptidão de corrigir erros de subsunção de certos aspectos fáticos assentados na sentença, aos elementos legalmente previstos como valoráveis. Também seria admissível a revisão da fixação da pena quanto ao respeito do processo trifásico de dosimetria e da integralidade de todo o processo de individualização da pena.

O modelo proposto é desequilibrado, com apelação do acusado ampla, sobre questões de fato e de direito, e apelação do Ministério Público restrita, somente

sobre matéria de direito. Não há, contudo, violação da paridade de armas. As posições de tais sujeitos não são rigorosamente paritárias e a justificativa para a inapelabilidade da sentença absolutória decorreria da diferença da posição do acusado diante de uma condenação, com a do Ministério Público diante da absolvição, a justificar mecanismos diversos de tutela, mediante remédios recursais diferentes, contra o erro da condenação do inocente e a absolvição do culpado.¹¹⁹

Mesmo uma apelação limitada do Ministério Público não impediria o problema de o Tribunal poder condenar quem foi absolvido em primeiro grau. Nesse caso, contudo, como o recurso de apelação somente foi cabível por questões de direito, não seria necessário que se estabelecesse um “terceiro grau”.¹²⁰ Isso porque o reexame da condenação proferida pelos TJs ou TRFs, sobre o enfoque das “questões de direito”, poderia ser feito por meio de recurso especial e extraordinário.

Outro ponto fundamental para uma maior efetividade do duplo grau é exigir um rigoroso controle da motivação em primeiro grau, com justificativa específica para todos os seus capítulos e, dentro dos capítulos, dos pontos de decisão. Assim, será possível, a construção de um sistema que, embora não paritário, passa a admitir um regime recursal do Ministério Público, contra determinados pontos da sentença, seja ela condenatória, seja absolutória.¹²¹

Por fim, mas não menos relevante, há a necessidade de contrabalançar os mecanismos de estímulo e desincentivo dos recursos e, no modelo proposto, principalmente do recurso defensivo. Evidente que, entre nós, um potente estímulo ao recurso defensivo é a garantia constitucional da presunção de inocência, que assegura que a condenação não seja eficaz antes do trânsito em julgado da condenação penal.¹²² Mas isso é uma opção de civilidade do sistema, com a qual não se pode transigir. Outro “estímulo” ao recurso defensivo e, mais que isso, de muitos recursos meramente protelatórios, é a possibilidade de prescrição intercorrente, tendo por objeto os lapsos temporais entre a sentença e o trânsito em julgado da condenação penal. Na doutrina estrangeira, há propostas de suspensão da prescrição durante a tramitação dos recursos, seja nos tribunais locais, seja, principalmente, no caso dos recursos especial e extraordinário. Um modelo recursal adequado implicará,

119. Nesse sentido: Ferrua, *Il 'giusto proceso'*..., p. 201.

120. Diversa é a proposta de Spangher (*Il Doppio Grado di Giurisdizione*..., p. 516), que admite o recurso do Ministério Público contra a sentença absolutória, em matéria de fato, com a “imposição ao juiz de um ônus reforçado de motivação e um controle mais intenso em Cassação, que tenha em conta o desenvolvimento completo do procedimento e, sobretudo as duas decisões contrastantes, de modo a permitir uma valoração unitária dos raciocínios desenvolvidos pelos dois juízes”.

121. Nesse sentido: Spangher, *Il Doppio Grado di Giurisdizione*..., p. 515.

122. No mesmo sentido, em relação ao sistema italiano: Chiavario, *Processo e garanzie*..., v. II, p. 193.

inclusive, maior respeito à garantia de que o acusado deve ser julgado em prazo razoável (CR, art. 5.º, *caput*, LXXVIII, c/c CADH, art. 8.1).

Todavia, aqui a eficiência não pode ser buscada à custa da eliminação de garantias. Sem dúvida, o maior responsável pela demora do trânsito em julgado em segundo grau não é a existência dos recursos, mas os tempos mortos. No balanceamento de valores, não se pode aceitar que a busca da eficiência deve prevalecer sobre as garantias fundamentais do acusado.¹²³ Não é excesso de garantismo, mas uma condição de justiça, reconhecer a quem é condenado, a possibilidade de impugnar, ao menos uma vez e de modo amplo, a sentença que o declarou culpado.¹²⁴ No processo penal, o duplo grau de jurisdição deve ser visto como um direito do acusado, com a finalidade de reforçar a presunção de inocência, fazendo com que o juízo de fato condenatório possa ser submetido a um controle racional intersubjetivo.

Evidente que o sistema precisa ser alterado no que diz respeito aos recursos. Não é preciso suprimir garantias para melhorar o sistema.

É necessário dar-lhe maior racionalidade interna, p. ex.: suprimindo a carta testemunhável e prevendo a subida obrigatória do recurso em sentido estrito contra decisão denegatória de apelação. Mas também é preciso um adequado procedimento de primeiro grau, pois muitos dos problemas do segundo grau decorrem de má disciplina do procedimento no juízo *a quo*. Urge, por exemplo, que haja um verdadeiro juízo de admissibilidade da acusação, somente após previa manifestação do acusado, e com possibilidade de recurso – sem efeito suspensivo, evidentemente – da decisão de recebimento da denúncia.

O respeito ao duplo grau de jurisdição, como direito de recurso do acusado, para o controle do juízo de fato e de direito sobre a condenação contra ele proferida exigirá, também, alterações no modelo de *ações penais de competência originária dos tribunais*. Há uma necessidade inegável de um recurso ordinário, com feições de apelação, para o STJ, das decisões condenatórias proferidas pelos TJs e TRFs, em caso de suas competências originárias.¹²⁵ Aqui, portanto, o problema seria

123. Nesse sentido, embora se referindo à presunção de inocência, Zappalà, *Il controllo di legittimità*..., p. 158.

124. Garofoli, *Diritto Processuale Penale*..., p. 483.

125. Analisando a questão à luz do direito vigente, o STF negou a possibilidade de interposição de um “recurso inominado”, da decisão do TRF, em ação de competência originária: “1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária. 2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3.º do art. 5.º da Constituição Federal, hierarquia constitucional. 3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana

apenas a criação de mais um recurso para o STJ. No mesmo sentido, deveria ser criado um recurso ordinário para o STF, para as condenações decorrentes de competência originária do STJ.

Mais complexa é a questão das ações de competência originária do STF, pois ocupando o vértice da pirâmide, não há outro órgão superior para o qual se possa recorrer, no organograma judiciário brasileiro. A solução mais radical, e que reforçaria sua natureza de corte constitucional, seria eliminar totalmente a sua competência para ações penais originárias, cujas hipóteses seriam incorporadas à competência do STJ. Por outro lado, nesse caso, o STF poderia receber uma função residual e anômala, de julgar, em recurso ordinário, com ampla revisão de questões de fato e de direito, as condenações proferidas em ações de competência originária do STJ.¹²⁶

A alternativa a esses modelos seria que o STF tivesse, internamente, na forma de competência horizontal, um recurso contra sua própria decisão, quando condenatória. O exemplo são os embargos de divergência em ação de competência originária do STF, previsto no art. 333, V, do seu Regimento Interno, embora com algumas adaptações.¹²⁷ Como já visto, a CoIDH admite a solução recursal por meio de atribuição de competência horizontal, dentro do mesmo Tribunal, como apta a satisfazer a exigência de que a instância de revisão seja exercida por “um juiz ou Tribunal superior” (CADH, art. 8.2.h).¹²⁸ Logo, o melhor seria que a ação fosse de competência de uma das Turmas, com recurso ordinário amplo, para revisão de matéria de fato e de direito – que poderia ser denominado embargos de divergência, por louvor à tradição –, a ser julgado pela outra Turma do Tribunal.

de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. 4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição. 5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante” (STF, AgRg no AgIn 601832/SP, 2.ª T. rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.03.2009, v.u.).

126. Nesse sentido: Lima, *O Princípio Constitucional do Duplo Grau...*, p. 146.

127. Grandinetti Castanho de Carvalho, *Processo Penal e Constituição...*, Ap. 3, p. 248-249.

128. Nesse sentido, Chivario, *Processo e garantias...*, v. II, p. 189, em relação ao art. 14.5 do PIDCP, que exige o reexame por uma “jurisdição superior”.

4

A VOLUNTARIEDADE DOS RECURSOS

A caracterização dos recursos como ato voluntário de impugnação das decisões judiciais é uma constante na doutrina. A divergência está em aceitar ou não o chamado recurso *ex officio* como verdadeiro recurso. Isso porque, a toda evidência, não se trata do exercício de um direito de recorrer, assegurado pela lei, mas de uma imposição legal de reexame da decisão. Aliás, o juiz não terá, subjetivamente, qualquer vontade de que a decisão seja revista, pois só pode ter considerado que aquela é a decisão legalmente correta.

Há, como se verá, muita crítica aos recursos *ex officio*, menos sob o enfoque terminológico do que sob sua incompatibilidade com o modelo acusatório.

Assim, há até bem pouco tempo, a doutrina mais preocupada com um sistema marcadamente acusatório já vinha propugnando pela não aplicação das normas sobre os recursos de ofício.

Agora, contudo, a exceção à voluntariedade recursal vem de outra direção. A leitura do direito ao recurso como uma garantia do acusado, em reforço ao seu estado de inocência, leva ao ponto contrário. Postular pelo exercício do duplo grau, por força de lei, nos casos em que não há uma justificativa sólida e esclarecida da defesa, do motivo pelo qual deseja não recorrer de uma decisão condenatória. Adepto de tal posição, Nereu Giacomolli considera que, no caso de uma sentença condenatória, a voluntariedade do recurso defensivo não seria um limite aceitável diante da garantia do art. 8.2.h, da CADH: “É a estratégia defensiva de não utilização do duplo pronunciamento que há de manifestar-se nos autos, mas não a vontade de recorrer. O silêncio do condenado e do defensor obriga o magistrado a instar para que se manifestem acerca do recurso sempre que houver restrição a direitos fundamentais”.¹

4.1. O denominado recurso *ex officio*

Os recursos caracterizam-se por serem atos voluntários das partes ou terceiros. A voluntariedade dos recursos não se compatibiliza com os denominados “recursos *ex officio*”.²

1. *O devido processo penal...*, n. 11.4.1, p. 295. No mesmo sentido: Pozzebon, *Breves considerações sobre o direito ao recurso...*, p. 289; Vasconcellos, *Duplo grau de jurisdição...*, p. 249.

2. Como explica Bermudes (*Comentários...*, v. 7, n. 21, p. 32) a denominação *ex officio* ou oficial decorre do fato de a medida ser interposta pelo juiz, em função do cargo que exerce.