

Rogério Schietti Machado Cruz

**GARANTIAS  
PROCESSUAIS  
NOS RECURSOS  
CRIMINAIS**

atlas

Rogério Schietti Machado Cruz



# Garantias Processuais nos Recursos Criminais

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S.A. - 2002

Biblioteca Particular  
Gustavo Badaró  
Tombo N° 1138



## O Direito ao Recurso

### 1 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

#### 1.1 Justificativa

Antecipamos, no início deste livro, algumas das justificativas que se costumam apontar para a previsibilidade, nos ordenamentos jurídicos, de meios impugnativos destinados à revisão e reforma das decisões judiciárias.

A existência do duplo grau de jurisdição – que, saliente-se, pressupõe um único reexame da decisão, não alcançando outros recursos que multiplicam as instâncias revisoras da decisão impugnada – tem sua razão nos seguintes fatores principais:

#### 1. *Controle de qualidade*

Todo ato estatal, e principalmente o de natureza jurisdicional, deve estar sujeito a um “controle de qualidade”, permitindo-se à pessoa ou ao órgão interessado provocar a revisão do ato que se afirme ilegal ou injusto.<sup>1</sup> O duplo grau de jurisdição, sob essa perspectiva política, funciona como um “instru-

---

1 É de recordar-se que o equívoco do ato jurisdicional pode configurar-se como uma violação a normas processuais ou procedimentais (*error in procedendo*), ou como má aplicação das normas substantivas (*error in iudicando*). Esses erros, a seu turno, podem derivar de má interpretação dos fatos (*error facti*) ou do próprio direito aplicável à espécie (*error iuris*).

mento de controle sobre o exercício do poder jurisdicional”,<sup>2</sup> ou como “garantia de uma melhor justiça para os indivíduos”.<sup>3</sup>

Um processo penal justo, endereçado ao acerto da verdade, não pode desprezar os interesses daquele que irá sofrer as conseqüências dessa atividade estatal. Exige-se, portanto, que as partes – principalmente o destinatário da norma penal secundária – tenham a possibilidade de obter a anulação ou reforma da decisão, com o exercício dos meios de impugnação, mesmo porque a sentença, uma vez tornada imutável, é válida independentemente de representar ou não a justiça do caso concreto.<sup>4</sup>

## 2. Confiabilidade

Um sistema assim estruturado torna-se mais confiável e seguro porque o juiz, ciente da possibilidade de que sua decisão venha a ser revista, anulada ou modificada por outro órgão (geralmente de hierarquia funcional superior), terá maior interesse em decidir a questão ou a causa de modo a não gerar motivos para um eventual recurso.

Não somente por vaidade pessoal, mas até mesmo pela sincera aspiração de realizar corretamente a justiça, evitando o prolongamento da causa, o magistrado de primeiro grau dedicará ao processo uma atenção maior do que o faria se soubesse que sua decisão não estaria sujeita a impugnações.

## 3. Maior experiência dos juízes

Os juízes que compõem o segundo grau de jurisdição possuem maiores experiência de vida e tirocínio jurídico, e estão em melhores condições de analisar o processo, sem as paixões e as pressões que costumam ocorrer na primeira instância.

São juízes já calejados pelas naturais artimanhas do processo, mais imunes a raciocínios falaciosos das partes, que, pela idade e por já haverem trilhado um caminho mais longo na carreira, têm melhor estrutura pessoal para o julgamento.

---

2 MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *A motivação das decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 45.

3 SOTTANI, Sergio. *Il controllo delle decisioni giudiziarie nella progressione processuale*. In: GAITO, A. (Org.). *Le impugnazioni penali*. Turim: Utet, 1998. p. 48.

4 VERRINA, Gabriele Lino. *Doppio grado di giurisdizione, convenzioni internazionali e costituzione*. In: GAITO, A. (Org.). *Le impugnazioni penali*. Op. cit. p. 172.

#### 4. *Decisão colegiada*

Outro aspecto nem sempre lembrado pela doutrina diz respeito à metodologia utilizada no segundo grau, para o julgamento. Ao contrário do juiz único de primeiro grau, na instância recursal há um órgão colegiado, composto de, no mínimo, três juízes, os quais, pela troca de opiniões, reúnem melhores condições de encontrar a verdade real e aplicar o direito com maior certeza e justiça. Saliente-se, a esse respeito, que alguns países adotam, como regra, o sistema de julgamento colegiado já no primeiro grau de jurisdição.<sup>5</sup>

### 1.2 *Críticas ao duplo grau*

Existe, de outro lado, uma minoria de autores – altamente qualificados – que se colocam contrariamente à existência do duplo grau de jurisdição, apontando-lhe inconvenientes que o tornam mais nocivo do que benéfico aos interesses do jurisdicionado.

A principal oposição que se faz ao duplo grau de jurisdição refere-se ao alongamento que o uso dos meios de impugnação acarreta na prestação jurisdicional.

De fato, não bastasse o longo tempo que se costuma despender para encerrar-se uma causa em primeiro grau, o uso dos recursos previstos nas leis torna virtualmente infundáveis os litígios, máxime em um sistema, como o brasileiro, em que a parte “bem” assistida tecnicamente pode criar um emaranhado de questões jurídicas tão complexo que lhe permita interpor sucessivos recursos, com propósito meramente protelatório, sempre contando com a natural morosidade da justiça.

Critica-se também a existência do duplo grau de jurisdição pelo desprestígio que sugere em relação ao juízo de primeiro grau. Se a decisão de primeiro grau pode ser sempre desfeita ou modificada por meio de um recurso à instância superior, parece um contra-senso que se pratiquem tantos atos processuais perante um magistrado que não será o último a julgar. É como se o juiz de primeiro grau apenas preparasse o processo, instruindo-o e emitindo uma provisória decisão, para que sobreviesse um

---

5 Citem-se, como exemplos, o Código de Processo Penal da Alemanha (§§ 198 e 199 da StPO) e os Códigos de Processo Penal de algumas províncias da Argentina, como o de Córdoba, o de Mendoza, o de La Pampa, o de La Rioja, o de San Juan e o de Salta, conforme notícia MAIER, Julio B. *La ordenanza procesal penal alemana*. Buenos Aires: Depalma, 1982. v. 2, p. 180 e 207.

juízo final por quem tem, efetivamente, o poder de julgar a causa de forma definitiva.

A possibilidade de serem as sentenças de primeiro grau revistas mostra também, segundo os críticos do duplo grau, a falta de unidade e de confiabilidade do Poder Judiciário, à medida que dois de seus órgãos podem decidir a causa de forma diametralmente oposta, o que ainda gera desconfianças em aceitar-se o último julgamento como o mais justo.<sup>6</sup>

Esse fenômeno desestabiliza todo o sistema estatal, pois a divergência na interpretação da mesma norma jurídica produz maior insatisfação na parte perdedora, agravando sua sensação de que foi injustiçada, já que *“o direito da vencedora de segunda instância não é pacífico, pois o próprio Estado já houvera reconhecido sua inexistência”*.<sup>7</sup>

Afirma-se, a sua vez, que é desprovida de comprovação científica ou estatística a afirmação de que os juízes do segundo grau de jurisdição são mais experientes, independentes e capacitados, sendo, pois, mais confiável a decisão que proferem.

Realmente, tal afirmação carece de demonstração científica. A uma, porque nem sempre os juízes que compõem o segundo grau de jurisdição têm maior tempo de magistratura do que o juiz em exercício no primeiro grau, o qual pode ter sido preterido em promoções ou permanecido, por sua vontade, em uma comarca do interior enquanto o colega ascendia na carreira, de entrância em entrância. A duas, porque uma sentença prolatada, por exemplo, por um juiz que officie há anos em uma vara criminal tem uma probabilidade muito mais elevada de acerto do que um acórdão lavrado por três desembargadores que atuaram, enquanto juízes singulares, predominantemente em varas cíveis ou de família.

Coloca-se, por fim, um argumento que costuma ser reconhecido como procedente até mesmo pelos que defendem o duplo grau de jurisdição: sua contradição com a oralidade.

De fato, conforme já expusemos no capítulo anterior, o processamento dos recursos traz, em si mesmo, uma questão insolúvel:

*“Ou se aproveita o serviço feito na primeira instância para julgamento na segunda, ou se renova neste tudo quanto se fez na primeira. Aceitando-se a primeira solução, além do princípio da identidade física do*

---

6 PIZZORUSSO, Alessandro. Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua: Cedam, ano 83, p. 45, gen./mar. 1977.

7 LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 116.

*juiz, cujo desaparecimento é corolário da dualidade das instâncias, vão de roldão os princípios essenciais do sistema. No segundo, achando-se o tribunal de segunda instância longe do local do feito, das partes, das testemunhas, senão também do objeto do litígio, a impraticabilidade do princípio oral é indiscutível.”<sup>8</sup>*

O que se verifica, porém, é que os juízes do tribunal julgam o recurso com apoio na prova já integrada aos autos por ocasião da sentença de primeiro grau, circunstância que, sem dúvida alguma, afasta-os do contato direto com as partes e as provas, tornando menos seguro o juízo, no que concerne, pelo menos, à matéria de fato.

### **1.3 Resposta às críticas**

Essas objeções não devem ser totalmente desmerecidas, pois trazem alguns argumentos convincentes, que, se analisados apenas do ponto de vista lógico e pragmático, permitem concluir que o duplo grau é prejudicial aos interesses de toda a atividade jurisdicional. Em verdade, a existência de duas instâncias criadas para decidir a mesma questão torna a justiça morosa, hierarquizada e contraditória em si mesma, à medida que, ao menos naquelas situações em que as instâncias não produzem o mesmo veredicto, emergem a perplexidade do cidadão comum e a dificuldade de compreender os mecanismos da justiça e sua própria confiabilidade.

Por outro lado, enfocada a questão sob a óptica do indivíduo que venha a ser acusado de um crime, e que, portanto, vê-se sujeito à jurisdição criminal exercitada, em regra, pelo Estado-acusador, que lhe ameaça a liberdade – legitimamente, é bem verdade –, não cremos se possa subtrair-lhe o direito de, ainda que sob certos limites, submeter a decisão desfavorável ao controle interno do próprio Poder Judiciário, com o uso dos meios de impugnação legalmente previstos.

Ao contrário do que usualmente ocorre no processo civil, sede em que os litígios, via de regra, traduzem uma disputa entre duas pessoas em torno de um bem, no processo penal é o Estado que usa de toda sua estrutura e poder para acusar a pessoa que se acredita autora de uma infração penal, com risco de ser ela privada não apenas de sua liberdade, mas de todos os consectários lógicos de uma condenação criminal (nome, honra, família, saúde, emprego, lazer etc.).

---

<sup>8</sup> Palavras do Min. Artur Ribeiro, por ocasião dos debates em torno do Código de Processo Civil de 1939, referidas por BARRETO, Cunha. Oralidade e concentração. *Revista Forense*, v. 74, ano 35, nº 418, p. 205, abr./jun. 1938.

Há quem proponha até mesmo que toda sentença condenatória criminal seja confirmada pela superior instância para dar maior segurança e proteção ao *ius libertatis* do indivíduo.<sup>9</sup>

Em suma, se as cifras despendidas em decorrência de uma condenação criminal são altíssimas, e mais ainda a execução de uma pena privativa de liberdade, que custo para o indivíduo, para a sociedade e para o próprio Estado pode gerar uma decisão equivocada? É óbvio que o erro judiciário não é totalmente evitável, mas a submissão de uma causa criminal ao crivo de mais de um órgão julgador certamente minimiza o risco de que ele ocorra.<sup>10</sup>

De mais a mais, a própria configuração de um Estado de Direito Democrático – e aqui reside o fundamento político para o duplo grau – não se compatibiliza com a idéia de um processo penal regido pelo juízo único, avesso ao controle interno pelas partes. Os mecanismos de impugnação dos atos jurisdicionais soam, portanto, como natural consequência dos princípios democráticos que informam o sistema jurídico de uma nação,<sup>11</sup> assentada

---

9 Este é o pensamento de JULIO MAIER. La reforma del sistema de administración de justicia penal en latinoamerica. *Revista Cubana de Derecho*, nº 11, Union Nacional de Juristas de Cuba, p. 83, 1996, que acrescenta que a dupla conformidade (*doble conformidad*) exige que, para a aplicação da pena, sejam necessárias duas condenações (primeiro e segundo graus), como também se veda o recurso da acusação contra a absolvição. Essa, aliás, é a regra do direito anglo-saxão, onde, para não pôr o acusado em duplo risco de ser condenado (*double jeopardy*), costuma-se restringir ou vedar o recurso da acusação, como, e. g., estabelece o § 450.30, item 2, do Código de Processo Criminal de Nova York, *verbis*: “An appeal by the people from a sentence, as authorized by subdivision four of section 450.20, may be based only upon the ground that such sentence was invalid as a matter of law”, deixando claro que somente em razão da invalidade da sentença, por questão de direito, admite-se o recurso da acusação (*Criminal Procedure Law of New York*, Binghamton (NY), Gould Publications, 1999, p. 166d).

10 A história, porém, ensina-nos que essa constatação nem sempre procede, como ocorreu, v. g., no mais famoso caso de erro judiciário do Brasil, o “Caso dos Irmãos Naves”. Após terem sido absolvidos, com justiça, pelo Tribunal do Júri de Araguari, em face da acusação de homicídio de um comerciante que anos depois foi encontrado vivo, os irmãos Sebastião e Joaquim Naves vieram a ser condenados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (não havia, então, a soberania do veredicto), tendo ambos cumprido, por mais de 8 anos, a pena privativa de liberdade que lhes fora imposta em grau de recurso (inicialmente a 25 anos e 6 meses de reclusão, depois reduzida a 16 anos). Um dos irmãos, Joaquim, morreu logo após obter a condicional, e o outro, Sebastião, somente em 1960, após 23 anos de suplícios e humilhações, obteve, após uma batalha judicial, o direito a uma indenização para si e para os herdeiros do irmão. (Veja ALAMY FILHO, João. *O caso dos irmãos Naves, um erro judiciário*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.)

11 Triste exemplo histórico dessa observação nos forneceu a Lei nº 4, de 10 de junho de 1865, que cuidava das penas previstas para os escravos que cometessem crimes contra seus senhores. Em seu art. 4º, estabelecia-se que a sentença, sendo condenatória (inclusive à pena de morte), seria executada “sem recurso algum”.

sobre o valor da justiça e da dignidade da pessoa humana, “garantia fundamental da boa justiça”.<sup>12</sup>

É que o Estado, ao assumir o papel de definidor do direito objetivo, substituindo-se à atividade primária dos particulares, cria um aparelho orgânico para cumprir essa função, regulando-lhe o correto funcionamento de tal modo a que a decisão seja a realização justa do direito.

*“Em cada causa que se decide, em cada juízo penal que se emite, não se jogam pois apenas interesses dos privados, mas o superior interesse do Estado, e da comunidade que lhe subjaz, de que a solução seja justa. Ora, para atingir tal fim não basta a disciplina substantiva das relações humanas, mas também a regulamentação dos procedimentos que condicionam a dita solução justa. As normas processuais são nesta perspectiva uma auto-organização do ordenamento que se quer operante e efectivo. E tal auto-organização passa também pela estruturação dos meios necessários à correção das injustiças eventualmente cometidas pela própria máquina de administração da justiça.”<sup>13</sup>*

O recurso é, portanto, um mecanismo dirigido “a satisfazer a exigência de uma explicação o mais perfeita possível da actividade jurisdicional”. Se há um direito à ação, a pedir a aplicação do direito, há de prever-se um direito a pedir que se verifique se tal aplicação foi corretamente efetuada:

*“Afirmar o primeiro dos direitos e negar o segundo, e tomando como certa a possibilidade de erro de qualquer comportamento, juízo ou decisão humana, seria na verdade negar indirectamente também o primeiro.”<sup>14</sup>*

#### **1.4 Possíveis mitigações e exceções ao duplo grau**

Não é, de qualquer modo, negação do princípio em estudo a excepcional previsão normativa de irrecorribilidade de certas decisões judiciais, diante de razões plausíveis.

---

12 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 37.

13 SARAGOÇA DA MATTA, Paulo Jorge. O direito ao recurso ou o duplo grau de jurisdição como imposição constitucional, e as garantias de defesa dos argüidos no processo penal português. *Revista Jurídica*, nº 22, p. 359, mar. 1998. Disponível, também, na Internet, no endereço: <http://aafdl.fd.ul.pt/infoteca/publicacoes/juridica/22/323.htm>.

14 Idem, ibidem, p. 360. No mesmo sentido, TAORMINA, Carlo. Sistema delle impugnazioni e struttura del processo penale. *La giustizia penale*, parte terza, 1993. p. 610. Entre nós, MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 82.

Isso acontece, no Direito brasileiro e no de outros povos, em decorrência de regras de competência que determinam o julgamento do acusado, de forma originária, por instância que normalmente seria usada apenas em via impugnativa. Nesta situação, em que se confere prerrogativa de foro a autoridades do Estado em virtude da relevância e altivez da função que desempenham, o julgamento é realizado em única instância, pelo tribunal constitucionalmente competente, reunido em conjunto.<sup>15</sup>

Justifica-se tal medida porque o processo será desenvolvido, desde seu início, perante o tribunal, e porque a este caberá, após instruir o feito, decidir a causa por meio de sua Corte Especial, em número elevado de juízes.

Também se poderia falar em exceção ao duplo grau de jurisdição, segundo alguns,<sup>16</sup> na hipótese em que o imputado vem a ser condenado apenas no julgamento do recurso da acusação, interposto contra a sentença absolutória. Em tal situação, muito embora tenham sido exercitados dois graus de jurisdição, não houve, propriamente, o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição pelo acusado, eis que sucumbiu tão-somente perante o tribunal que julgou o recurso da acusação.

---

15 Em recente decisão, acordou o Supremo Tribunal Federal (Informativo nº 183, de 27 a 31-3-00) que, em processo criminal da competência originária do Tribunal de Justiça, não é possível a interposição de recurso para o Superior Tribunal de Justiça, objetivando o reexame da matéria de fato. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso em *habeas corpus* em que se pretendia o seguimento de “recurso inominado” com força de apelação junto ao Superior Tribunal de Justiça – em favor de condenada por suposta prática de crime contra o INSS, julgada originariamente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ante a prerrogativa de um dos co-réus, juiz de direito – com base no princípio da isonomia e no duplo grau de jurisdição, conforme dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, 2: “Toda pessoa acusada de delito tem(...) h: direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”). O Tribunal considerou que a Carta Política de 1988 enumera taxativamente os recursos cabíveis para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça e que a Convenção possui natureza de lei ordinária, não estando a Constituição Federal, portanto, obrigada a observar as disposições nela contidas, além do que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional. Vencido o Min. Marco Aurélio, que entendia ser possível, na espécie, o seguimento do recurso, por aplicação analógica do art. 105, II, a, da Constituição Federal, o qual atribui ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento, em recurso ordinário, de *habeas corpus* decididos em única instância pelos tribunais dos Estados, e, por fundamento diverso, o Min. Carlos Velloso, por entender que a Constituição Federal consagra como direitos fundamentais aqueles reconhecidos em tratados de que o Brasil seja signatário, por expressa disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”). Precedentes citados: ADInMC 1.480-DF (julgada em 4-9-97, acórdão pendente de publicação; v. Informativo 82) e HC 72.131-RJ (julgado em 22-11-95, acórdão pendente de publicação (RHC 79.785-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 29-3-00).

16 SOTTANI, Sergio (*I riflessi della normativa internazionale e delle riforme interne sul sistema delle impugnazioni*) e VERRINA, Gabriele Lino (*Doppio grado di giurisdizione, convenzioni internazionali e costituzione*). In: GAITO, A. (Org.). *Le impugnazioni penali*. Turim: Utet, 1998, p. 56 e 171, respectivamente.

Pode-se pensar, ainda, na instituição de um juízo único, sem direito a recurso ordinário, nas hipóteses de processos por infrações penais de menor relevo, a justificar, portanto, a não-utilização do juízo de segundo grau, liberando-o para concentrar seus esforços no julgamento de causas penais de maior importância ou complexidade.<sup>17</sup>

Quando se fala, todavia, em restrição ao duplo grau de jurisdição, como forma de compatibilizar tal princípio com outro de igual ou maior relevância – o princípio da oralidade –, surgem, aqui e ali, propostas no sentido de limitar os recursos de natureza ordinária tão-somente às questões de direito.

Desse modo, ao contrário do que se verifica atualmente no processamento de recursos cuja motivação diz respeito ao alegado erro na avaliação das provas, os juízes do tribunal *ad quem* não poderiam direcionar sua análise sobre tal matéria, preservando o julgamento daquele que, efetivamente, a colheu de forma direta e pessoal, sob o contraditório das partes, e que, portanto, tem condições muito mais favoráveis para exercer a crítica sadia sobre o acervo probatório e argumentativo dos autos.

De algum modo temos, no Direito brasileiro, uma aproximação a essa idéia, na hipótese de apelação contra a sentença prolatada pelo Tribunal do Júri, em que somente é admitido aquele recurso quanto ao mérito do veredicto se for a decisão dos jurados *manifestamente* contrária à prova dos autos (art. 593, inc. III, d, do CPP).<sup>18</sup>

De qualquer sorte, não é nova a idéia de restringirem-se os recursos somente à matéria de direito<sup>19</sup> – mormente se a primeira instância é exercitada por órgão colegiado – quer por meio de juízes togados, quer com a participação, total (júri popular) ou parcial (escabinado), de juízes leigos.

Registre-se, por último, a proposta de mitigação ou aperfeiçoamento do direito ao duplo grau de jurisdição, apresentada por SOTTANI,<sup>20</sup> que sugere duas alternativas: a primeira prevê um juízo de apelação que se conclua com a confirmação ou anulação da sentença de primeiro grau, sem possibilidade

---

17 DALLARI, Dalmo, ainda identifica no Tribunal do Júri mais uma exceção ao duplo grau de jurisdição, dada a soberania dos veredictos, a impedir o reexame da decisão de mérito, na forma do art. 593 do Código de Processo Penal (*O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 102).

18 Conviria pensar-se, *de lege ferenda*, na possibilidade de que, mesmo nos processos criminais da competência do juiz singular, a decisão monocrática somente pudesse ser modificada pelo órgão colegiado superior, no tocante à matéria probatória, em caso de total descompasso entre o resultado da prova colhida e a sentença.

19 LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau...* Op. cit. p. 113, nota 443. Veja, também, nota 8, retro.

20 SOTTANI, Sergio. *I riflessi...* Op. cit. p. 79, no mesmo sentido adotado por MAIER, Julio B. *La reforma...* Op. cit.

de reforma; a segunda, na mesma linha do que defende JULIO MAIER (conforme expusemos há pouco), estabelece que a sentença de condenação, à diferença daquela de absolvição, venha confirmada ao menos uma vez, quanto ao mérito, por outro órgão de jurisdição.<sup>21</sup>

Em reforço a esta última idéia, sublinha VERRINA que o direito ao duplo grau de jurisdição costuma ser positivado nos tratados internacionais (ao menos assim o é no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) entre os direitos fundamentais do acusado, como um desdobramento do direito à ampla defesa, e não entre os direitos das partes em geral. Seria, por conseguinte,

*“tecnicamente admissível e tolerável uma arquitetura do processo penal em que não fosse prevista – ou fosse prevista somente em termos extremamente reduzidos – a possibilidade de impugnações do titular da ação penal”.*<sup>22</sup>

### 1.5 Fundamento constitucional

Confirmando a conclusão de pesquisa empreendida sobre as Constituições de dezenas de países,<sup>23</sup> constatamos que o princípio do duplo grau de jurisdição não está expressamente previsto – embora possa ser identificado<sup>24</sup> – nas Leis Fundamentais da grande maioria dos povos.<sup>25</sup>

---

21 Curiosamente, os casos de “remessa necessária” no direito processual penal brasileiro objetivam submeter ao controle do órgão de jurisdição de 2º grau, independentemente da vontade das partes, as decisões que *beneficiam* o imputado (concessão de *habeas corpus*, absolvição sumária, arquivamento e absolvição em crimes contra a saúde pública e contra a economia popular, além da decisão concessiva da reabilitação). Mais razoável e justificável seria, ao revés, estabelecer-se tal controle necessário sobre a decisão monocrática quando ela se voltasse contra os interesses daquele que se viu atingido pela atividade persecutória do Estado.

22 VERRINA, Gabriele Lino. *Doppio grado...* Op. cit. p. 146.

23 RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 103-104.

24 Os princípios jurídicos – como salienta EROS ROBERTO GRAU – “*constabanciam espécies do gênero norma jurídica. A circunstância de carecerem de concretização através da edição de uma regra jurídica, regra que há de ser editada, em última instância, pelo juiz, em sentença, na criação de norma individual, do gênero não os exclui*” (*A ordem econômica na constituição de 1988*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 115). Com igual propriedade J. J. GOMES CANOTILHO leciona que “*os princípios beneficiam-se de uma “objectividade e presencialidade normativa que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular*” (*Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989. p. 119.).

25 Examinamos as Constituições dos seguintes países: Alemanha, Argentina, Chile, China, Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha, Guiné-Bissau, Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, Uruguai e Venezuela (ALENCAR, Ana Valdez A. N. de; CERQUEIRA, Laudicene de Paula. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras*. 2 v. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1987. *passim*).

Na Constituição da República Federativa do Brasil não se encontra tal princípio enunciado explicitamente, o que, todavia, não impede seu reconhecimento como um direito de estatura constitucional.

A uma, porque o duplo grau de jurisdição, como já vimos, decorre, acima de tudo, do regime democrático, o qual não convive com a possibilidade de que as decisões judiciárias, mormente no terreno penal, sejam irrecorríveis. Assim, por constituir a República Federativa do Brasil um “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput*, da *Lex Legis*), o princípio do duplo grau de jurisdição encontra inequívoca guarida em nossa ordem constitucional.

A duas, porque a abertura que o legislador constituinte inseriu no § 2º do art. 5º da Constituição Federal torna possível a inclusão, no mesmo nível dos demais direitos explicitamente elencados em nosso *Bill of Rights*, daqueles outros que, reconhecidos pela comunidade jurídica internacional como inerentes a um processo penal democrático e justo, vêm sendo incorporados aos inúmeros tratados e convenções de que o Brasil é signatário, de que são exemplos a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York. Em tais diplomas internacionais, que se integraram ao Direito brasileiro por força dos Decretos nºs 678/92<sup>26</sup> e 592/92,<sup>27</sup> respectivamente, positiva-se claramente a garantia do duplo grau de jurisdição como uma manifestação da defesa do acusado.

Há, outrossim, outro fundamento constitucional para o princípio do duplo grau de jurisdição em nosso sistema, a saber, o inc. IV do mesmo art. 5º da Constituição Federal, quando estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

É que, conforme bem acentua VERRINA,<sup>28</sup>

*“o reconhecimento da defesa como função processual postula, portanto, não somente uma estrutura triádica, caracterizada pela relação dialética das partes ante um juiz imparcial, mas também e sobretudo o poder de apelar”.*

---

26 “Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h. direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (art. 8º, 2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

27 “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei” (art. 14.5 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos).

28 VERRINA, Gabriele Lino. *Doppio grado...* Op. cit. p. 172.

Elenca-se, ainda, outra razão para extrair-se da Constituição Federal o princípio do duplo grau, a saber, a própria estruturação do Poder Judiciário, em graus diversos de jurisdição, com competência e funcionamento previstos na Carta Política, inclusive com a definição de vários recursos e remédios constitucionais, denotando, inequivocamente, que a jurisdição brasileira se sedimenta sobre a possibilidade de que suas decisões se sujeitem a variados recursos, regulamentados pelas leis infraconstitucionais.

## **2 DIREITO A UMA DECISÃO MAIS FAVORÁVEL**

Também como desdobramento do direito ao recurso há que se delimitar que tipo de decisão legitima o acusado e o Ministério Público a recorrer.

O que confere interesse e legitimidade para o recurso da parte é a sucumbência, que correntemente se traduz *“na lesividade de interesse, gravame, prejuízo, vale dizer: a sucumbência nada mais é senão aquela desconformidade entre o que foi pedido e o que foi concedido”*.<sup>29</sup>

Essa idéia de sucumbência é, de modo geral, válida tanto para o processo civil quanto para o processo penal, mas, neste último, há de ser ela interpretada com maior elasticidade, atendendo às peculiaridades desse ramo do direito.

### **2.1 A sucumbência sob a óptica do Ministério Público**

Conforme já se procurou destacar, o princípio do duplo grau de jurisdição liga-se, com maior propriedade, ao direito do acusado em submeter decisão desfavorável a seus interesses ao crivo de órgão jurisdicional superior, como uma natural decorrência de seu direito à amplitude defensiva. Tanto é verdade, como visto, que vários ordenamentos jurídicos conferem esse direito exclusivamente à defesa.

Em sistemas como o brasileiro, porém, em que os recursos podem ser usados, livremente, tanto pela defesa quanto pela acusação – ressalvadas as hipóteses de recurso exclusivo da defesa, como o protesto por novo júri e os embargos infringentes e de nulidade –, há que se analisar a legitimação ao recurso, por parte do órgão de acusação oficial, sob a óptica da sucumbência.

No que concerne, portanto, ao Ministério Público, a idéia de sucumbência deve ser entendida não como uma desconformidade entre o que postulou em suas alegações finais e o que obteve na sentença, mas como a

---

<sup>29</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 4, p. 246.