

RAFAEL ALVAREZ MORENO

**A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: ANÁLISE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREI-
TOS HUMANOS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

RAFAEL ALVAREZ MORENO

**A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: ANÁLISE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREI-
TOS HUMANOS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração em Direito Processual, sob a orientação do Professor Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo-SP

2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Moreno, Rafael Alvarez

A garantia do duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: análise à luz do direito internacional dos direitos humanos; Rafael Alvarez Moreno; orientador Marcos Alexandre Coelho Zilli -- São Paulo. 373 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

1. Duplo grau de jurisdição. 2. Direito ao recurso. 3. Aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. 4. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 5. Controle de convencionalidade.

I. Zilli, Marcos Alexandre Coelho, orient. II. Título.

Nome: MORENO, Rafael Alvarez

Título: A garantia do duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: análise à luz do direito internacional dos direitos humanos

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico esta monografia à minha esposa, como uma singela forma de agradecê-la pelo constante apoio e como um pedido de desculpas pelo tempo em que fomos privados um do outro em razão de minha dedicação para sua elaboração. Te amo, Aline!

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, registro meu agradecimento ao Professor Doutor Marcos Alexandre Coelho Zilli, pela oportunidade que me conferiu e pela confiança que em mim depositou.

Além disso, sem a constante parceria de minha esposa nada disso teria acontecido. Assim, à Aline Marques Lima, por tornar a vida a dois algo tão único e especial, estando sempre ao meu lado para me apoiar, me confortar e sonhar comigo os meus sonhos.

É necessário, ademais, expressar minha gratidão aos meus pais, Vera Lucia Alexandre e Joaquim Alvarez Moreno, pelos primeiros cuidados e ensinamentos, por terem me possibilitado fazer as escolhas de vida que me levaram até aqui, assim como a meu irmão, Roberto Alvarez Moreno, o melhor irmão mais velho que alguém poderia ter.

Agradeço aos amigos de longa data: Felipe Martins Brandão, Elie Pierre Eid e Te-mistocles Wagner Ussifati De Oliveira.

Por fim, agradeço aos companheiros e companheiras que a Defensoria Pública me trouxe, por dividirem comigo cotidianamente as grandes frustrações e angústias de lidar com o sistema de justiça criminal, a alegria das pequenas vitórias e por me ensinarem que gratidão e gentileza geram generosidade.

RESUMO

MORENO, Rafael Alvarez. A garantia do duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: análise à luz do direito internacional dos direitos humanos. 2021. 379 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Esta dissertação propõe uma análise e estruturação da garantia do duplo grau de jurisdição a partir dos tratados de proteção dos direitos humanos e de sua interpretação pelos organismos encarregados de monitorá-los, sobretudo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por meio da análise das normas que compõem os sistemas internacionais de proteção dos direitos – europeu, africano, universal e interamericano – e das decisões dos órgãos de monitoramento – Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, Comitê de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos –, serão identificados os *standards* mínimos de conformação da garantia e que devem ser observados internamente pelos Estados. Partindo desse referencial normativo, será efetuada uma análise do ordenamento brasileiro, propondo soluções para sua adaptação pautadas no controle de convencionalidade e na aplicabilidade imediata da garantia.

Palavras-chave: Duplo grau de jurisdição. Aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de convencionalidade.

ABSTRACT

MORENO, Rafael Alvarez. The double degree of jurisdiction: analysis under the international human rights law. 2021. 379 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

This study proposes an analysis and the structuring of the double degree of jurisdiction guarantee based on the human rights treaties and its interpretation by the bodies responsible for their monitoring, mainly the American Convention on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. Through the analysis of the rules that make up the international human rights protection systems – european, african, universal and american – the minimum standards of conformity of the guarantee that must be observed internally by the States will be identified. On the basis of this regulatory reference, an analysis of the Brazilian legal system will be made, to propose solutions for its adaptation based on the conventionality control and the immediate applicability of the guarantee.

Key-words: Double degree of jurisdiction. Immediate applicability of fundamental rights and guarantees. American Convention on Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Conventionality control.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal de 1988

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

CPP – Código de Processo Penal

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

LEP – Lei de Execução Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

CtIDH – Corte Interamericana de Direitos

CDH-ONU – Comitê de Direitos Humanos

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TADHP – Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CADHP – Convenção Africana de Direitos Humanos e dos Povos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	22
2 BASES DOGMÁTICAS E LEGISLATIVAS DA GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL	24
2.1 Uma questão terminológica preliminar: direitos, garantias e princípios	24
2.2 Pensando os recursos no processo penal a partir de suas especificidades	31
2.2.1 Recurso: conceito e natureza jurídica	35
2.2.2 Os fundamentos do recurso contra a sentença penal condenatória no processo penal: a superação do duplo grau de jurisdição como um mecanismo de aprimoramento da justiça do caso concreto e a sua afirmação como uma garantia do imputado	46
2.2.2.1 A garantia de recurso como elemento inerente da ampla defesa	59
2.2.2.2 A garantia de recurso como mecanismo de reforço da presunção de inocência.....	62
2.2.2.3 Conclusão parcial: o duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado.....	67
2.2.3 Paridade de armas e restrição ao recurso acusatório.....	69
2.2.3.1 Recurso da acusação e proibição do <i>ne bis in idem</i>	83
2.2.4 Efeitos dos recursos nos processo penal	86
2.2.4.1 Efeito devolutivo (ou efeito atributivo)	86
2.2.4.2 Efeito suspensivo: a inexistência de relação entre o direito à liberdade e o direito de recorrer	88
2.2.4.2.1 A execução antecipada da pena	91
2.3 Os fundamentos legislativos e a primazia da norma mais favorável	96
2.4 Duplo grau de jurisdição e aplicabilidade imediata	104
2.4.1 Significado da aplicabilidade imediata na teoria dos direitos fundamentais	104
2.4.2 Aplicabilidade imediata da garantia do duplo grau de jurisdição	109

3 A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	112
3.1 A importância do direito internacional dos direitos humanos para o processo penal: ampliação dos espaços de contenção do poder punitivo.....	112
3.2 O sistema europeu de proteção aos direitos humanos	123
3.2.1 A garantia do duplo grau de jurisdição e sua interpretação pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos	124
3.3 O sistema africano de proteção aos direitos humanos	128
3.3.1 A garantia do duplo grau de jurisdição e sua interpretação pelo Tribunal Africano	131
3.4 O sistema internacional de proteção dos direitos humanos	132
3.4.1 A garantia do duplo grau de jurisdição e sua interpretação pelo Comitê de Direitos Humanos	133
3.5 O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos	137
3.5.1 Necessária digressão: o controle de convencionalidade e a força vinculante da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	140
3.5.1.1 A construção da teoria do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos	141
3.5.1.2 A força vinculante da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	154
3.5.1.2.1 A rejeição da teoria da margem de apreciação	158
3.5.1.2.2 A teoria do duplo crivo: órgãos autônomos e concorrentes de controle.....	167
3.5.1.2.3 A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a teoria dos precedentes: um necessário diálogo.....	181
3.5.2 A garantia do duplo grau de jurisdição na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	194
3.5.2.1 O caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru	195
3.5.2.2 O caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica	197
3.5.2.3 O caso Zegarra Marín vs. Peru	199

3.5.2.4 O caso Norín Catrimán e outros vs. Chile	201
3.5.2.5 O caso Mohamed vs. Argentina.....	203
3.5.2.6 O caso Barreto Leiva vs. Venezuela	206
3.5.2.7 O caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname	209
3.5.2.8 O caso Mendoza e outros vs. Argentina	211
3.5.2.9 O caso Gorigoitía vs. Argentina.....	213
3.5.2.10 O caso Girón e outro vs. Guatemala	214
3.6 Conclusão parcial: delimitação dos standards mínimos da garantia do duplo grau de jurisdição à luz do direito internacional dos direitos humanos.....	215
4 CONTEÚDO ESSENCIAL DA GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E AS DECISÕES PASSÍVEIS DE QUESTIONAMENTO: IDENTIFICAÇÃO DAS OMISSÕES NORMATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	218
4.1 A delimitação do conteúdo essencial na teoria dos direitos fundamentais.....	218
4.1.1 O conteúdo essencial da garantia do duplo grau de jurisdição	221
4.1.1.1 Amplitude do controle	222
4.1.1.2 Momento do controle	228
4.1.1.3 Órgão competente para efetuar o controle	229
4.2 Extensão do controle: as decisões passíveis de questionamento	230
4.2.1 A sentença no processo infracional.....	233
4.2.2 As sentenças absolutórias.....	237
4.2.2.1 As sentenças absolutórias em sentido próprio	237
4.2.2.2 A sentença absolutória imprópria	242
4.2.3 A sentença declaratória de extinção da punibilidade em razão do advento da prescrição	243
4.2.4 Infrações penais de menor gravidade.....	246
4.2.5 Reforma da sentença absolutória em recurso da acusação	248
4.2.6 Condenação em ação de competência originária dos tribunais.....	252

4.2.7 Crimes dolosos contra a vida	259
4.2.7.1 Absolvição fundada no quesito genérico e (i)legitimidade recursal da acusação..	266
4.3 Conclusão parcial: identificação dos limites à garantia do duplo grau de jurisdição no ordenamento processual nacional	268
5 ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	270
5.1 A apelação defensiva no Código de Processo Penal.....	270
5.1.1 Procedimento	273
5.1.1.1 Procedimento no juízo a quo	276
5.1.1.1.1 Interposição do recurso pelo sentenciado e omissão do defensor	278
5.1.1.1.2 Interposição do recurso pelo defensor sem anuência do acusado.....	280
5.1.1.1.3 Desistência e renúncia	281
5.1.1.2 Procedimento no juízo ad quem.....	284
5.1.1.2.1 A apresentação de parecer pelo membro do Ministério Público: violação do contraditório.....	288
5.1.1.3 Procedimento no rito dos Juizados Especiais Criminais	290
5.1.1.4 Diagnóstico do procedimento: o esvaziamento do controle e a proposta de reestruturação procedimental.....	292
5.2 A eficiência do recurso de apelação	295
5.2.1 O exame da matéria de fato no juízo recursal.....	297
5.2.1.1 Juízo recursal e imediação: compatibilização.....	300
5.2.1.1.1 O significado da imediação no processo penal	301
5.2.1.1.2 O uso dos sistemas de gravação audiovisual no juízo recursal.....	314
5.3 Omissões legislativas na disciplina da garantia do duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro.....	318
5.3.1 O papel do Judiciário	319
5.3.1.1 A experiência argentina	319

5.3.1.1.1 Breve esclarecimento metodológico	319
5.3.1.1.2 A paulatina afirmação da garantia do duplo grau de jurisdição no ordenamento argentino.....	322
5.3.1.1.3 Síntese conclusiva	330
5.3.1.2 A visão dos Tribunais Superiores brasileiros: inaplicabilidade imediata da garantia	331
5.3.1.2.1 O caso das audiências de custódia: aplicabilidade imediata das garantias processuais na leitura do Supremo Tribunal Federal e a incoerência jurisprudencial	335
5.3.1.3 Propostas de implementação da garantia do duplo grau de jurisdição nas hipóteses de omissão legislativa	337
5.3.1.3.1 Implementação nos processos penais de competência originária dos tribunais..	338
5.3.1.3.2 Implementação no caso de reversão da absolvição.....	341
5.3.1.3.3 Implementação nos processos de competência do júri	342
6 CONCLUSÃO	346
BIBLIOGRAFIA	352

1 INTRODUÇÃO

O duplo grau de jurisdição é tema de constante investigação no processo penal brasileiro.

Em termos singelos, a noção de duplo grau de jurisdição propõe a estruturação da prestação jurisdicional em duas instâncias, para que as causas decididas em primeiro grau sejam reexaminadas pela instância superior. Trata-se, por isso, de um mecanismo de controle.

Com a ratificação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/1992) e da Convenção Internacional sobre Direitos Humanos (Decreto n. 678/1992) e, posteriormente, com o reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil (Decreto n.4.463/2002), o tema passou a merecer uma nova abordagem, ainda pouco explorada pela doutrina nacional.

Com efeito, uma preocupação que se repete nos diversos trabalhos que se dispõem a abordar o duplo grau de jurisdição é verificar se ele foi previsto ou não na Constituição Federal. A verdade é que, como será visto oportunamente, a Constituição Federal não previu o duplo grau de jurisdição, mas ele é mencionado expressamente pelos referidos pactos internacionais. Assim, a questão acerca da previsão ou omissão do ordenamento brasileiro na consagração do duplo grau de jurisdição passou a ser um tema superado.

Impõe-se, por isso, uma necessária releitura do assunto.

Nesse contexto, a partir de agora, não é mais suficiente uma leitura nacional e isolada do duplo grau de jurisdição. Ao ratificar um determinado tratado sobre direitos humanos, o Estado deve cumpri-lo integralmente, alterando seu ordenamento para que nele sejam inseridos esses preceitos fundamentais. Mas não é só. O Estado deve recepcionar a exegese fixada pelos organismos internacionais encarregados de monitorar o cumprimento do tratado, sob pena de uma inautêntica adesão ao pacto. A não ser assim, o Estado cumpriria o tratado parcialmente, aplicando somente as disposições que lhe fossem convenientes e, com isso, criaria uma “versão nacional de um tratado internacional”.

A proposta deste estudo, assim, é promover uma análise da garantia do duplo grau de jurisdição no ordenamento brasileiro à luz do direito internacional dos direitos humanos, com especial ênfase para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Dessa

forma, propõe-se que os *standards* internacionais de conformação do duplo grau de jurisdição sejam utilizados para adequar o ordenamento nacional.

Com isso, a monografia se dividirá em quatro capítulos.

O primeiro capítulo terá por objeto o estudo do duplo grau de jurisdição em seus aspectos básicos, apontando suas bases dogmáticas e legislativas, sua natureza jurídica, sua proximidade com a temática dos recursos, assim como seus fundamentos e a necessidade de compreendê-lo de acordo com as particularidades do processo penal.

O segundo capítulo é destinado a um exame do tema na seara do direito internacional dos direitos humanos. Assim, almeja-se uma análise dos preceitos internacionais que consagram o duplo grau de jurisdição, bem como a exegese dos organismos internacionais encarregados de monitorarem os tratados para que, ao final, a garantia seja compreendida à luz do direito internacional dos direitos humanos. Devido à especial ênfase que se dará ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos jurisprudência acerca do tema, será abordada a construção da teoria do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A partir da identificação dos *standards* mínimos de conformação do duplo grau de jurisdição no âmbito internacional, o terceiro capítulo se propõe a delimitar o seu conteúdo essencial. Se o duplo grau de jurisdição é um mecanismo de controle, qual órgão deve efetuarlo? Em que momento esse controle deve ser efetuado? Quais são as decisões passíveis de controle?

Por fim, o derradeiro capítulo se destina a uma análise crítica do direito positivo nacional à luz do direito internacional dos direitos humanos, propondo soluções para uma adequação do ordenamento, sobretudo, a partir da noção da aplicabilidade imediata do duplo grau de jurisdição.

2 BASES DOGMÁTICAS E LEGISLATIVAS DA GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL

2.1 Uma questão terminológica preliminar: direitos, garantias e princípios

Antes de adentrar no tema deste tópico, impõe-se a delimitação conceitual de alguns termos que serão empregados constantemente ao longo da monografia.

Iniciemos pela distinção entre direitos e garantias, noções próximas, mas inconfundíveis.

Conforme explica Caio Mario da Silva Pereira, “[...] a palavra *direito* ora exprime o que o Estado ordena, impõe, proíbe ou estatui, ora significa o que o indivíduo postula, reclama e defende”¹. No primeiro caso, trata-se da noção de *direito objetivo*, ou seja, “[...] o direito enquanto regra (*jus est norma agendi*)”², ao passo que, no segundo caso, estamos diante da noção de *direito subjetivo*, vale dizer, “[...] as prerrogativas de que uma pessoa é titular, no sentido de obter certo efeito jurídico, em virtude da regra direito. [...]. É a faculdade que, para o particular, deriva da norma (*jus est facultas agendi*)”³. Caso um

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 23. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 10, *grifos do original*.

² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 4.

³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 4.

determinado direito seja considerado como indispensável e essencial para assegurar uma vida digna ao indivíduo, ser-lhe-á atribuída a qualificação de *direito humano*⁴.

A relação entre direitos e garantias advém da constatação que seria de pouco efeito prático a consagração de determinadas prerrogativas ao indivíduo se ela se fizesse desacompanhada de mecanismos capazes de assegurar a sua observância em casos de violações, sobretudo no caso dos direitos fundamentais⁵. Partindo dessa premissa, ao abordar os critérios classificatórios dos direitos humanos, a doutrina tende a cindi-los, de um lado, em *direitos em sentido estrito* e, de outro, *garantias*⁶.

Nessa linha de abordagem, Ada Pellegrini Grinover frisa que “[...] Em sentido estrito, entende-se por direito um fenômeno de índole declaratória, ou seja, contido em norma que exige determinado comportamento”, ao passo que, “[...] por garantia se entende o instrumento assecuratório dos direitos, assim declarados. As garantias são instrumentais em relação aos direitos [...]”.⁷ É dizer, portanto, que os *direitos*, por se referirem a certos bens, seriam consagrados em *atos normativos de natureza declaratória*, ao passo que as *garantias*, em razão de sua natureza instrumental, servindo de mecanismos capazes de

⁴ “Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27). Ademais, esclareça-se, desde logo, que, na linguagem jurídica, as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” assumem significados distintos: estes seriam os direitos consagrados em âmbito internacional, possuindo nítida inspiração jusnaturalista e, por isso, nem sempre sendo possível exigí-los no plano interno, ao passo que aqueles representam os direitos positivados por meio de fontes jurídicas internas e, desse modo, de inquestionável possibilidade de serem cobrados judicialmente (cf.: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51). A distinção reside, pois, no ato que positiva o direito. Sem embargo, em nosso sentir, por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a tradicional distinção perde seu sentido, havendo uma interação cada vez maior entre os direitos humanos e os direitos fundamentais por meio do denominado “direito constitucional internacional”. No mesmo sentido: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51: “Ora, a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos não se coaduna com essa diferenciação. No sistema interamericano e europeu de direitos humanos, os direitos previstos em tratados podem também ser exigidos e os Estados podem ser cobrados pelo descumprimento de tais normas [...]”. Por isso, esta dissertação empregará os termos como sinônimos.

⁵ “É de se convir, porém, que de nada importaria a definição dos direitos do ser humano, se a respectiva declaração não contivesse os meios aptos à sua realização por uma das atividades do Estado, autônoma e independente das demais” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, out./dez. 1993, p. 111).

⁶ LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: instrumentos e garantias de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 77: “A expressão ‘direitos’ e ‘garantias’ procura justamente ressaltar o fato de se prever, conjuntamente com os direitos, certos mecanismos jurídicos que lhes possam dar efetividade e concretização”.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 19, dez. 1981/dez. 1982, p. 9. No mesmo sentido: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60; MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 148.

resguardar a efetivação dos direitos, viriam consagrados em *atos normativos de índole assecuratória*. Rui Barbosa, a esse propósito, já pontuava que “[...] as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*”⁸.

Ocorre que, como observa José Afonso da Silva, a distinção não é tão nítida, eis que “[...] as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram direitos usando a forma assecuratória”⁹. Tal constatação se verifica justamente em face da ampla defesa, por exemplo. Com efeito, observe-se que a Constituição Federal, ao se ocupar da ampla defesa, consagra-a em termos nitidamente assecuratórios, frisando o art. 5º, LV, que “[...] aos acusados em geral são *assegurados* o contraditório e ampla defesa [...]” (grifamos). Em outras situações o próprio texto normativo parece usar as expressões de maneira duvidosa. Assim, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos *asseguram ao imputado algumas garantias mínimas*, entre as quais, o *recurso contra a sentença condenatória* que, nos termos convencionais, vem *mencionado como um direito* (CADH, art. 8.2.h; PIDCP, art. 14.5).

Ampliando esse limbo conceitual, não se pode deixar de reconhecer que, muitas vezes, “[...] um direito é ao mesmo tempo garantia de proteção de outros direitos”, como

⁸ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa: trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1893, v. 20, t. V, p. 167, *grifos do autor*.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 188. José Afonso da Silva observa, ainda, que não há uniformidade doutrinária na utilização do termo “garantias constitucionais”, podendo ser identificados quatro sentidos, conforme expõe o referido autor: a) garantia constitucional como o sinônimo do reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais, partindo-se da ideia que os direitos seriam pré-existentes à Constituição; b) garantia constitucional como o conjunto de mecanismos que proscree determinadas ações estatais, de modo a evitar o arbítrio; c) garantia constitucional como o complexo de mecanismos destinados a tornar efetivos os direitos consagrados constitucionalmente; e d) garantia constitucional como expressão equivalente aos instrumentos que salvaguardam a ordem constitucional, a exemplo do estado de sítio e do estado de defesa (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 189-190). Diante dessa multiplicidade terminológica, José Afonso da Silva propõe a distinção das garantias dos direitos fundamentais em dois grandes grupos, a saber: a) garantias gerais, isto é, a estrutura política, econômica e social capaz de assegurar a existência e a efetividade dos direitos fundamentais – a própria noção de Estado Democrático de Direito –; e b) garantias constitucionais, ou seja, os mecanismos, procedimentos e instituições que tutelam os direitos fundamentais e, em caso de violação, restauram a sua eficácia, subdividindo-se, por sua vez, em (b.1) garantias constitucionais gerais, vale dizer, as instituições constitucionais que impedem o arbítrio estatal, inserindo-se nos mecanismos de freios e contrapesos dos poderes, e (b.2) as garantias constitucionais especiais, ou seja, as normas que não são um fim em si mesmas, conferindo aos titulares dos direitos fundamentais técnicas, instrumentos, meios, mecanismos ou procedimentos para resguardar o respeito e a exigibilidade de seus direitos (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 189-191).

lembra Ada Pellegrini Grinover¹⁰. É o que ocorre justamente com o direito de defesa, conforme frisa a professora: “Assim é para o direito de defesa, em si mesmo declaratório, mas concomitantemente garantia para a efetivação de outros direitos. Realmente, o direito de defesa pode viabilizar o direito ao processo, pode garantir o direito ao contraditório, pode tutelar até o direito de ir e vir [...]”¹¹. E, por sua vez, “[...] o direito de defesa tem suas garantias. Entende-se, genericamente, por garantias constitucionais do direito de defesa os instrumentos pelos quais a Constituição tutela o direito de defesa [...]”¹².

Por isso, Maria Thereza de Assis Moura e Cleunice A. Valentim Bastos, ao abordarem a qualificação da defesa penal como um direito ou uma garantia, propõem que a sua inserção em uma ou outra categoria dependerá do *interesse* a partir do qual seja enfocada: a) *sob o enfoque privado*, a defesa penal deve ser entendida como um *direito do imputado*, que possui disponibilidade quanto às formas e os modo de exercê-lo; b) *sob o enfoque publicístico*, a defesa penal configura-se como *garantia*, “não só do acusado mas também de um justo processo” ou seja, “[...] como condição de regularidade do procedimento; defesa, em última análise, como fator de legitimidade da própria jurisdição”¹³. Embora tal proposta classificatória tenha sido formulada especificamente para a defesa penal, parece inequívoco que se possa utilizar as suas premissas para classificar as demais prerrogativas e mecanismos de salvaguarda do imputado no processo penal. Portanto, uma determinada prerrogativa, independentemente dos termos em que redigido o preceito que a consagra, declaratório ou assecuratório, poderá assumir a natureza de direito ou de garantia, a depender do interesse a partir do qual seja enfocada.

No que se refere à conceituação do termo *princípio*, tornou-se clássica a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, conceituando-o “[...] como mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 19, dez. 1981/dez. 1982, p. 9.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 19, dez. 1981/dez. 1982, p. 9.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 19, dez. 1981/dez. 1982, p. 9-10.

¹³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, out./dez. 1993, p. 120.

lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”¹⁴. A definição ora proposta qualifica o princípio como a norma mais importante do sistema em comparação com as demais espécies normativas, tanto que “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido [...]”¹⁵.

É nesse sentido que, tradicionalmente, o termo é empregado pela doutrina processual penal¹⁶. Todavia, a expressão princípio não é unívoca e, por isso, outros sentidos lhe podem ser associados.

Nesse contexto, a título exemplificativo, pode-se citar a abordagem feita por Robert Alexy para a distinção entre regras e princípios. Segundo ele, existem duas espécies normativas, as regras e os princípios, e a diferenciação entre elas é qualitativa. Enquanto os princípios são os mandamentos de otimização, as regras são normas que estabelecem algo que deve sempre ser satisfeito ou não. Assim, nas suas palavras, princípios são “[...] *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”¹⁷. Ao passo que regras “[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto,

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 958-959.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 959. Na mesma linha de raciocínio, José Afonso da Silva sustenta que os “Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas [...]” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 93-94, *grifos do autor*). No mesmo sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 146-147; CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28. ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 68/2011. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 47-48; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Até a Emenda Constitucional n. 52/2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

¹⁶ Cf., a título exemplificativo, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155: “Os princípios (especialmente os constitucionais) são normas fundamentais ou gerais do sistema. São fruto de uma generalização sucessiva e constituem a própria essência do sistema jurídico, com inegável caráter de ‘norma’”.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 90.

determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”¹⁸. A diferença é relevante, porquanto afeta o modo pelo qual se dará a resolução dos conflitos entre essas espécies normativas: o conflito entre princípios resolve-se mediante o estabelecimento de relações condicionadas de precedência (sopesamento) e o conflito entre regras é solucionado no plano da validade¹⁹.

Da mesma forma, Ronald Dworkin propõe uma abordagem distinta da divisão entre regras e princípios. Para Dworkin, a diferenciação entre tais espécies normativas é lógica, divergindo quanto ao modo de aplicação quando verificada a sua hipótese de incidência. Assim, “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”²⁰. A mesma lógica não se verifica em relação aos princípios, porque, a despeito da constatação de sua hipótese de incidência, as suas consequências jurídicas não se seguem automaticamente, tendo em vista que podem concorrer outros princípios e políticas que apontem para uma direção oposta na solução do caso e, se assim for, o “[...] o princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 91.

¹⁹ Questão não enfrentada por Robert Alexy é o conflito entre regras, de um lado, e princípios, de outro. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, tal hipótese não envolve, propriamente, um caso de colisão, mas de restrição, podendo o intérprete se valer do sopesamento para a resolução do conflito. Todavia, salienta que, *in casu*, o sopesamento seria utilizado no plano da argumentação – e não no plano da aplicação do direito. E, uma vez admitida a solução proposta pelo intérprete, criar-se-ia uma nova regra jurídica, a qual decorreria da atividade jurisprudencial e não da atividade legislativa: “Esse é um ponto que é muitas vezes ignorado quando se pensa em colisão entre regras e princípios. Em geral, não se pode falar em colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. [...]. Mas o sopesamento, nesse caso, não é uma forma de aplicação do direito, já que se trata de colisão envolvendo uma regra, mas uma mera forma de argumentação. [...]. Como se percebe, essa estratégia pode ser considerada como um sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e o princípio com ela colidente [...]. Por isso, pode-se dizer que essa é uma regra como outra qualquer, que é o produto do sopesamento entre dois princípios. A única diferença é que ela não decorre de uma disposição legal, mas de uma construção jurisprudencial. Mas seu processo de surgimento – sopesamento entre princípios – e aplicação – subsunção – é o mesmo. Se se puder falar em algum sopesamento, portanto, é apenas nesse processo de surgimento, mas não no processo de aplicação” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 52-56, *grifos do autor*).

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

princípio poderá ser decisivo”²¹. Por esse motivo, os princípios apresentam uma dimensão que se mostra ausente nas regras: a dimensão da importância ou do peso. Com efeito, “[...] essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”²², ao passo que “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”²³.

Feito esse registro, tem-se que, a despeito da importância do estudo de Robert Alexy e de Ronald Dworkin, esta dissertação empregará o termo “princípio” na sua conotação usual, isto é, como norma de “[...] elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos problemas, no tocante à aplicação de normas de alcance limitado ou restrito.”²⁴ Ou seja, o termo será utilizada no sentido que é comumente empregado pelos cursos e manuais ao abordarem os “princípios do processo penal”.

Perante o exposto, deve-se dizer, desde logo, que o duplo grau de jurisdição é, no processo penal e sob a ótica do imputado, uma garantia. Não só porque, conforme se demonstrará abaixo, o reexame da condenação por um órgão superior é um mecanismo de salvaguarda da ampla defesa e da presunção de inocência, mas também porque deve ser assegurado ao imputado como uma condição de regularidade do procedimento e de legitimidade da própria jurisdição (natureza instrumental, assecuratória), integrando, portanto, a noção de devido processo penal. Por outro lado, alguns autores se referem ao duplo grau de jurisdição como um princípio do processo penal.²⁵ Ademais, a estruturação da prestação jurisdicional em duas instâncias confere ao imputado o direito subjetivo ao reexame da condenação pela instância superior, ou seja, a prerrogativa de mediante a

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 41-42.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 43.

²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 43.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

²⁵ Por exemplo: NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 364-374; PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 936-937; DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. até a Súmula Vinculante nº 25 do STF, de acordo com as Lei nºs 11.689/08, 11.690/08, 11.705/08, 11.900/09 e 12.037/09. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 571.

interposição de um recurso obter uma integral revisão de sua condenação. Finalmente, assim compreendido, o recurso se apresenta como mecanismo de ativação do duplo grau de jurisdição, possuindo natureza instrumental e, portanto, comportando-se como uma garantia.

2.2 Pensando os recursos no processo penal a partir de suas especificidades

Muitos dos institutos do processo penal foram sistematizados a partir da importação acrítica de institutos do processo civil²⁶. Ainda que não se negue a validade de uma teoria geral do processo²⁷, pois, de fato, há determinadas noções, institutos e categorias que podem e devem ser construídos a partir de uma visão unitária²⁸, essa pretensão não pode representar a mera transposição de categorias do processo civil para o processo penal, isto é, não se pode pensar “[...] tudo desde o lugar do processo civil, com um olhar viciado, que conduz ao engessamento do processo penal nas estruturas do processo civil”²⁹.

Sendo assim, ao analisar determinado instituto processual, impõe-se sempre ter presente que cada um dos ramos do direito processual apresenta especificidades e, por isso, é imperioso não se olvidar da advertência de Francesco Carnelutti, no sentido de que “[...] uma abordagem civilista é preciosa, porém mais que para compreender o que é o

²⁶ “No Brasil, por influência da teoria geral do processo, a relação entre desiguais que funda o processo penal é praticamente ignorada, razão pela qual os institutos processuais civis são vulgarmente incorporados à persecução punitiva” (STRANO, Rafael Folador. *Defesa criminal e direitos humanos: uma necessária releitura do direito ao duplo grau de jurisdição*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, n. 67, jan.-fev. 2015, p. 278).

²⁷ Para maiores esclarecimentos e com visões antagônicas, podem ser consultados: TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. vol. 3, p. 86-127; e JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 13. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 21-55.

²⁸ “E, com efeito, os principais conceitos atinentes ao direito processual, como os de jurisdição, ação, defesa e processo, são comuns àqueles ramos distintos [direito processual civil e direito processual penal], autorizando assim a elaboração científica de *teoria geral do processo*. Pense-se, ainda, nas noções de coisa julgada, recurso, preclusão, competência, bem como nos princípios do contraditório, do juiz natural, do duplo grau da jurisdição – que são correntes, em igual medida, em ambos os campos do direito processual” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54, *grifos do original*).

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

processo penal, serve para compreender o que não é”.³⁰ Nessa linha de raciocínio, evidenciando a autonomia entre esses dois ramos e, portanto, a necessidade de pensar e estruturar os institutos processuais penais de maneira condizente com os valores com que lida o processo penal, Elmir Duclerc adverte que “[...] só se justifica a existência de um processo cercado de garantias, e sujeito a um regime principiológico especialíssimo, por causa da gravidade dos interesses que são objeto das pretensões”³¹.

Assim, é necessário pensar o processo penal de acordo com as suas particularidades. A teoria geral do processo é importante instrumento para a compreensão do fenômeno processual, mas não se pode pretender construí-la sob a ótica do direito processual civil, almejando “adaptá-la” ao processo penal. Não se descarta, dessa forma, a importância da teoria geral do processo, mas é necessário atentar-se às particularidades do direito processual penal³².

Partindo dessa necessária advertência sobre os riscos de uma inadequada compreensão da teoria geral do processo, impõe-se frisar que a estruturação das categorias processuais penais deve ser feita a partir da necessária conexão do processo penal com o direito penal (princípio da necessidade)³³. Significa dizer que *o processo penal não pode ser estruturado dogmaticamente de maneira alheia ao direito penal*, porquanto este apresenta uma *relação de dependência e necessidade em face daquele*: “Não existe delito sem pena,

³⁰ La cenicienta. In: CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1960, p. 20-21, tradução livre: “[...] una preparación civilística es preciosa, pero más que para comprender lo que es el proceso penal, sirve para comprender lo que no es.” No mesmo sentido: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda sobre as condições da ação penal. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; LOPES, Mariângela, Tomé; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (org.). *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 250: “A transposição automática, para o processo penal, de conceitos construídos para operatividade no processo civil não é a adequada e não se mostra funcional. No núcleo do processo penal, repousa a instrumentalização do poder estatal revelado pela imposição de sanções penais. Assim, o conflito que se expressa pelo processo penal envolve o choque de interesses públicos da mais alta dimensão: poder-dever punitivo e liberdade”. Cf., ainda, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59: “O processo civil, ao contrário do que sempre se fez, não serve para compreender o que é o processo penal: serve para compreender o que não é”.

³¹ DUCLERC, Elmir. *Por uma teoria do processo penal*. Empório do Direito: Florianópolis, 2015, p. 22-3.

³² “O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar. [...]. Obviamente, a unidade fundamental do direito processual não pode levar à falsa idéia da identidade de seus ramos distintos” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54-55).

³³ “A partir do princípio *nulla poena sine iudicio*, com a subsequente proibição de autotutela e de autocomposição, o processo criminal constitui-se no único instrumento permitido para a solução da lide penal” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, intercepções e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 39).

nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena [...]”, ficando assim evidenciado “[...] o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o *processo penal é o caminho necessário para a pena.*”³⁴ É evidente, todavia, que essa instrumentalidade não pode significar a utilização do processo penal como mero instrumento a serviço do poder punitivo, como se fosse apto à promoção da pacificação social ou da segurança pública, sob pena de se enxegar no respeito às garantias fundamentais do imputado um entrave à persecução penal³⁵. Afinal, “[...] o processo penal não pode ser entendido, apenas, como instrumento de persecução do réu. Ele funciona também (e até primacialmente) para a garantia do acusado. [...]. A lei do processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos fundamentais e suas garantias”.³⁶

Partindo dessa constatação, Aury Lopes Jr. adverte que “[...] a instrumentalidade do proceso não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação da pretensão (acusatória). Ao lado dela, está função constitucional do

³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51, *grifos do autor*.

³⁵ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 195. A esse propósito, esclareça-se que a segurança pública é tema complexo, a exigir políticas públicas que não se concentrem única e exclusivamente na repressão do crime. É preciso compreendê-la, assim, como garantia para o exercício de todos os direitos do cidadão. E, para implementar tal dimensão da segurança pública, imprescindível é uma atuação extraprocessual, baseada em diretrizes de curto, médio e longo prazo. O processo penal não é espaço adequado para a implementação de políticas de segurança pública, visto que sua instauração dá-se após a ocorrência do fato que irá ser julgado e, por conseguinte, não apresenta qualquer possibilidade de prevenir a ocorrência de futuros delitos. Se o processo penal fosse ambiente apto para a promoção da segurança pública, a elevação dos índices de encarceramento deveria ter por efeito o aumento da sensação de segurança pública, o que não ocorre. Isso não significa, entretanto, que ao Judiciário seja vedado influenciar em políticas públicas de segurança pública. Não pode fazê-lo, entretanto, por meio do processo penal. Nada impede, todavia, que, mediante o julgamento de pedido formulado em ação civil pública, determine ao Executivo a realização de obras emergenciais em presídios, em conformidade com o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 592.582-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/8/2015. Em linha similar, ao deferir a medida cautelar formulada na ADPF n. 347, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 9/9/2015, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a configuração do “estado de coisas inconstitucional” dos presídios nacionais, determinou, entre outros pontos, a liberação do saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional para sua utilização na resolução da crise penitenciária, assim como a implementação das audiências de custódia. São decisões, como é fácil perceber, que influenciam na temática da segurança pública, ainda que compreendida única e exclusivamente como repressão criminal. Sobre o tema, cf., entre outros: CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 122-130, 2004; HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 55-69, jan./mar. 1994; MELCHIOR, Antonio Pedro. Juiz secretário de segurança pública. Breve ensaio sobre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial em matéria criminal na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 313-341, mai./jun. 2012; MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006, v. 2, p. 299-320.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 39-40.

processo [...]”, isto é, “[...] a finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais [...]”.³⁷ Percebe-se, com isso, que o processo penal é permeado por dois valores fundamentais que estão em constante conflito, mas que devem ser compatibilizados: a *segurança*, a justificar o interesse repressivo e, de outro lado, a *liberdade*, a impor o respeito às garantias do imputado. O processo penal, dessa maneira, é mecanismo que permite a aplicação da sanção penal, mas, ao mesmo tempo, é instrumento de proteção do indivíduo e, por conseguinte, a observância de suas regras permite o correto exercício do poder punitivo³⁸, eis que deslegitima o exercício absoluto da potestade punitiva³⁹. E, de acordo com Antonio Scarance Fernandes, esses dois direitos orientam a arquitetura processual penal em sentidos opostos em cada momento histórico, movendo os seus institutos pendularmente e, assim, havendo períodos em que se atribui maior peso a um interesse em detrimento do outro. No entanto, deve-se buscar o equilíbrio, eis que “[...] não se concebe um processo eficiente sem garantismo”⁴⁰ ou, como explica Gustavo Badaró, “[...] a eficiência não pode ser buscada à custa da eliminação de garantias”.⁴¹

Isso posto, ainda que, diversamente de inúmeros autores, não descartemos a importância da teoria geral do processo, acreditando em sua validade metodológica, entendemos que sua utilização deve sempre ser ponderada à luz das especificidades do direito processual penal, de modo a evitar uma acrítica importação de categorias processuais

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23-27, *grifos do autor*: “Observada em sua estrutura mais simples, como sequência de atividades que antecedem e servem à preparação de um provimento final (*procedimento*), a dinâmica processual assegura uma *metodologia* para o exercício do poder, por meio da qual não somente se ampliam as hipóteses de solução dos problemas concretos, mas sobretudo se criam condições para alcançar uma solução apoiada numa *verdade* apta a ser compartilhada pela sociedade. [...]. Na verdade só pode legitimar a intervenção estatal – seja para solucionar um conflito de natureza civil, seja especialmente quando se trata de impor uma sanção punitiva – um *modelo* de processo estruturado de forma a assegurar a preservação de determinados *valores* compartilhados pelo grupo social. [...]. Daí ser impossível desvincular da própria ideia de *processo* a presença de exigências mínimas que constituem, por sua vez, *garantias* de um desenvolvimento processual que não seja mera encenação ou pura formalidade”.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad.: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 90-91.

⁴⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 19. No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 16, n. 71, mar./abr. 2008, p. 24, ao se referir ao embate entre política criminal liberal e política criminal securitária, ou seja, a “[...] alternativa entre um processo penal centrado na incolumidade dos direitos do arguido (concebido por isso, em primeira linha, como meio de defesa face ao intervencionismo estadual) e um processo penal centrado na realização eficiente da pretensão punitiva pública como instrumento de uma defesa social adequada.”

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 72.

civis. Logo, é necessário submeter as categorias processuais a filtros críticos, de modo a constatar se a sua formatação não foi pensada especificamente para o processo civil.

No caso dos recursos, essa autonomia de tratamento seria necessária não apenas por conta das particularidades do processo penal na matéria, mas, ainda, para evitar distorções encontradas no âmbito jurisprudencial. Para exemplificar, cite-se que, a despeito de regulamentado pelo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que o prazo para a interposição do recurso especial, em matéria criminal, é contado em dias corridos, não se aplicando o disposto no art. 219 do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista a regra específica do art. 798 do Código de Processo Penal⁴². Ou seja: em tal situação, prevaleceu a disciplina específica do direito processual penal. Por outro lado, no que se refere à tese que passou a admitir a execução provisória da pena, fixada a partir do *habeas corpus* n. 126.292/SP, prevaleceu a disciplina processual civil, sob o argumento de que os recursos excepcionais – extraordinário e especial – seriam carentes do efeito suspensivo (CPC, art. 1.029, § 5º c/ art. 27, § 2º, da revogada Lei n. 8.038/1990 e art. 637 do CPP), em detrimento, pois, dos estritos termos do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, c. c/ art. 283 do Código de Processo Penal. Percebe-se, com isso, nitidamente uma má compreensão da teoria geral do processo, permitindo, a critério e de acordo com a conveniência do aplicador do direito, o apelo a regras do processo civil para afastar particularidades do processo penal.

Sendo assim, conclui-se que a teoria geral do processo é importante instrumento metodológico, embora o seu emprego não possa mitigar as particularidades do processo penal. Evidentemente, essa advertência deve pautar o exame dos recursos no processo penal.

2.2.1 Recurso: conceito e natureza jurídica

Os recursos são sistematizados pela doutrina processual como mecanismos de impugnação das decisões judiciais, inserindo-se ao lado das ações autônomas de impugnação e dos sucedâneos recursais.

⁴² STJ, Quinta Turma, Rel. Min Ribeiro Dantas, AgRg no AREsp n. 1.009.711/SC, julgado em 28/3/2017. No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Martins, EDcl no AgRg no RE no AgRg no AREsp n. 981.030/PE, julgado em 20/11/2017. Todavia, com o advento da Lei n. 13.694/2019, que alterou a redação do art. 638 do Código de Processo Penal, remetendo a disciplina dos recursos especial e extraordinária à disciplina da legislação processual civil, acredita-se que a jurisprudência será alterada.

A diferença fundamental entre os recursos e as ações autônomas de impugnação é a *consequência* que o uso de uns ou de outras enseja. Nesse contexto, segundo a doutrina majoritária, os recursos apresentam-se como um desdobramento do direito de ação⁴³ e, por isso, a sua interposição não enseja a formação de um novo processo, mas impede o encerramento de um feito já em curso e, por consequência, obstaculiza a formação da coisa julgada, prolongando a litispendência. Os recursos, por isso, são dotados do chamado *efeito obstativo*, uma vez que o seu manejo obsta que se torne precluso o direito de impugnar a decisão, impedindo o advento do trânsito em julgado⁴⁴.

Já as ações autônomas de impugnação voltam-se contra atos processuais, definitivos ou não, dando origem a um processo autônomo; é o caso da revisão criminal, da ação rescisória, do *habeas corpus*, do mandado de segurança etc⁴⁵. Por sua vez, o sucedâneo recursal é um mecanismo que visa a obter a anulação ou a reforma de uma decisão, fazendo as vezes de um recurso, mas sem assumir essa natureza, porquanto não previsto no ordenamento processual como tal (princípio da taxatividade recursal), servindo de exemplo o pedido de reconsideração; seu conceito é, pois, obtido por exclusão⁴⁶.

⁴³ Para um resumo sobre as teorias acerca da natureza jurídica do recurso, cf.: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 184-206.

⁴⁴ Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves, “[...] durante o trâmite recursal, não é possível falar em preclusão da decisão impugnada, afastando-se no caso concreto durante esse lapso temporal o trânsito em julgado e eventualmente a coisa julgada material (decisão de mérito). Em razão de tal efeito do recurso, não se admite uma execução definitiva enquanto pendente recurso de julgamento, porque inexistente nesse caso o necessário trânsito em julgado a permitir tal espécie” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1564).

⁴⁵ Ao se referir ao Código de Processo Civil de 1973, José Carlos Barbosa Moreira sintetizava: “Não ministra o Código de Processo Civil uma definição de ‘recurso’; examinando-se, porém, as várias figuras ali arroladas sob esse *nomen juris*, verifica-se que o denominador comum de todas elas consiste em que o seu uso não dá margem à instauração de *novo processo*, senão que apenas produz a extensão do *mesmo processo* até então fluente. [...]. Não será recurso, pois, remédio algum cujo emprego produza a instauração de processo *distinto* daquele em que se proferiu a decisão impugnada [...]” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. V, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 232, *grifos do autor*). Cf., ainda: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 29; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29-27.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 3, p. 26-27.

Sendo diversos os institutos, nada impede o seu uso concomitante ou mesmo substitutivo, em especial no caso do *habeas corpus*⁴⁷. Não por outro motivo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes sustentam que “[...] para o processo penal, a regra do ônus de recorrer é mitigada, em favor do réu, pela possibilidade de utilização, a qualquer tempo, das ações de impugnação (*habeas corpus* e revisão criminal)”⁴⁸, ao passo que Alberto Zacharias Toron aponta que “[...] ‘a instrumentalidade das formas’, aliada à efetiva proteção de direitos e garantias individuais, sobrepõe-se a rígidos formalismos que, de verdade, nada têm de racionalizadores do sistema recursal”.⁴⁹ Justamente por isso, o Superior Tribunal de Justiça sempre foi enfático em reconhecer que “A existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do *habeas corpus*, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu”.⁵⁰ Apesar disso, em sua jurisprudência mais recente, os Tribunais Superiores passaram a restringir o uso do *habeas corpus* como mecanismo substitutivo do recurso cabível na espécie. Com efeito, tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal passaram a sustentar a inadequação do *habeas corpus*, não o conhecendo, mas concedendo a ordem de ofício⁵¹, o que representa uma lógica incompreensível, eis que se cria um obstáculo para ser superado⁵². Ainda com o escopo de restringir o uso do remédio heróico, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça passou a restringir o uso do *habeas corpus* de maneira concomitante ao recurso próprio, firmando a tese de que “O *habeas corpus*, quando impetrado de forma concomitante com o recurso

⁴⁷ “E o simples fato de se tratar de ação, e não de recurso, já nos permite uma conclusão de extrema relevância: o *habeas corpus* pode ser impetrado tanto antes quanto depois do trânsito em julgado da decisão restritiva de direitos. E mais: pode ser usado como substitutivo do recurso cabível, ou mesmo ser impetrado cumulativamente a ele” (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1021).

⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

⁴⁹ TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 77.

⁵⁰ STJ, Quinta Turma, RHC 20.624/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 13/2/2007.

⁵¹ No STJ: Quinta Turma, HC 559.183/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 10/3/2020, a título exemplificativo. No STF: Primeira Turma, HC 137.217, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 28/8/2018, a título de exemplo.

⁵² “É incompreensível a ‘racionalidade’ implementada de se dar o que se pede, mas ‘de ofício’. Cria-se um obstáculo para se superá-lo” (TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 74).

cabível contra o ato impugnado, será admissível apenas se for destinado à tutela direta da liberdade de locomoção ou se traduzir pedido diverso do objeto do recurso próprio e que reflita mediatamente na liberdade do paciente”.⁵³

De qualquer forma, o recurso pode ser conceituado como o mecanismo colocado à disposição da parte para obter, no âmbito da mesma relação jurídica processual e antes do trânsito em julgado, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão. Esse conceito é formulado com base na já clássica definição de José Carlos Barbosa Moreira, para quem recurso é um “[...] remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”⁵⁴. Na seara do processo penal, Gustavo Badaró propõe uma definição muito similar, claramente inspirada na doutrina de José Carlos Barbosa Moreira, afirmando que “Recurso é o meio voluntário de impugnação das decisões judiciais, utilizado antes do trânsito em julgado e no próprio processo em que foi proferida a decisão, visando à reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial”⁵⁵.

Elementos essenciais da definição de recurso, portanto, são (a) a voluntariedade do mecanismo, (b) a sua utilização no âmbito do processo em que proferida a decisão, (c) o prolongamento do estado de litispendência, pois deve ser interposto antes do advento do trânsito em julgado e (d) as finalidades que poderão ser alcançadas por meio de sua interposição, o que evidencia a amplitude da definição, a alcançar também os embargos de declaração. Com isso, impõe-se observar que ausente a voluntariedade o mecanismo processual não assume a natureza de recurso. É o que se verifica com relação ao impropriamente nominado “recurso” *ex officio* previsto pelo Código de Processo Penal no art. 574 em duas hipóteses, a saber: a) contra a sentença que conceder a ordem em *habeas corpus*; e b) contra a sentença que absolver o réu sumariamente com fulcro no seu art. 411.

É inquestionável que, a despeito de sua nomenclatura, tal mecanismo não ostenta a natureza jurídica de um recurso, justamente por lhe faltar a característica da

⁵³ STJ, Terceira Seção, HC 482.549-SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, por maioria, julgado em 11/03/2020.

⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. V, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 233.

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 28.

voluntariedade⁵⁶. O correto é enquadrá-lo como uma *condição de eficácia da sentença*, o que é evidenciado pela Súmula n. 423 do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, pois firmada a partir de precedentes que envolviam o direito processual civil e o reexame necessário. O art. 496 do Código de Processo Civil, a esse propósito, evidencia a real natureza desse instituto, ao dispor que “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal”. Da mesma forma, Leonardo José Carneiro da Cunha, mesmo antes do advento do atual Código de Processo Civil, já esclarecia que “[...] parece mais correto mesmo encaixar o reexame necessário como *condição de eficácia da sentença*, eis que, não atendidos vários princípios e requisitos recursais, não há como enquadrá-lo como mais um tipo de recurso. O reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não foi procedida a reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia”⁵⁷.

Ainda assim, com o advento da nova ordem constitucional, parece não haver razão para a manutenção do “recurso” *ex officio*. As suas hipóteses de cabimento evidenciam nítida matriz inquisitorial, seja porque previstas apenas em face de decisões que beneficiariam o acusado, seja porque, como observa Aury Lopes Jr., “[...] constitui uma indevida incursão do juiz num campo que não lhe pertence, qual seja, da iniciativa acusatória”. Por isso, é

⁵⁶ A constatação evidencia a necessidade de se perquirir sobre a essência do objeto de pesquisa, muitas vezes sendo necessário não se ater ao nome utilizado para se referir a ele, o que, aliás, torna atual o diálogo entre Romeu e Julieta: “Que há em um nome? O que chamamos de rosa, se tivesse outro nome, exalaria o mesmo perfume tão agradável.” (SHAKESPEARE, William. *Romeu e Julieta*. 2. ed. Trad.: F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros e Oscar Mendes. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 54). Ainda, torna atual a advertência do Ministro Aliomar Baleeiro, sobre os limites da linguagem jurídica: “Já se disse que o Parlamento britânico pode tudo, menos transformar um homem em mulher ou mulher em homem. Mas num país de Constituição escrita e rígida não há o mesmo arbítrio. A lei, no Brasil, não pode transformar o quadrado no redondo sempre que o redondo e o quadrado tenham sido designados como tais na Constituição, expressa ou implicitamente” (STF, Tribunal Pleno, RE n. 62.731, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, julgado em 23/8/1967, p. 5-6 do voto).

⁵⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 201.

patente que o art. 574 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição⁵⁸, assim como foi revogado pelo art. 3º-A do Código, instituído pela Lei n. 13.694/2019, que determinou que “O processo penal terá estrutura acusatória [...]”

Nota-se, ademais, que, segundo o conceito proposto, o recurso se apresenta como um desdobramento ou prolongamento do direito de ação e defesa, sendo exercido no mesmo processo em que foi proferida a decisão impugnada e, portanto, não dando origem a uma nova relação jurídica processual⁵⁹. Seguindo essa proposta, torna-se natural reconhecer o recurso, no processo penal, como um mecanismo concebido para a correção de erros judiciais e, por via de consequência, habilitando todas as partes que sofreram algum gravame a dele se utilizarem (concepção bilateral dos recursos)⁶⁰, o que é pautado, sobretudo, na concepção do duplo grau de jurisdição como um princípio geral do direito processual.

⁵⁸ Nesse sentido: cf.: LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1203; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 77-78; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 80. Sob outro prisma, defendendo a revogação tácita do art. 574 do Código de Processo Penal, cf.: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 920-921; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 94.

⁵⁹ Adotando a concepção de que os recursos são um desdobramento do direito de ação ou de defesa, cf., entre outros: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 329; MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33-37; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1196; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 961-962; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 932-934; PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 41-42; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26-27; NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 65-67; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: vol. V, arts. 476 a 565*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 235-236; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 204-206; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional: proceso penal*. 19. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, v. 3, p. 373-374; BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho procesal penal*. 3. ed. México, D. F.: McGraw-Hill, 2009, p. 642.

⁶⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral de impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, p. 183-203; MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 23-42.

Não há como negar aos recursos a natureza jurídica de um prolongamento ou desdobramento do direito de ação, eis que não dão origem a um novo procedimento, desenvolvendo-se no curso de uma relação jurídica já instaurada⁶¹. Sobre o ponto, como esclarece Aury Lopes Júnior, “[...] o poder de recorrer é um desdobramento da pretensão acusatória (ou, para outros autores, do direito de ação) ou de defesa (resistência), não constituindo um *novum iudicium*, senão que se desenvolvem na mesma situação jurídica originária, isto é, um desdobramento do processo existente”⁶².

Ademais, do ponto de vista do imputado, faz total sentido sustentar que o recurso assume a natureza jurídica de um desdobramento ou extensão do direito de defesa, pois o escopo de um recurso, especialmente no caso do recurso interposto contra a decisão de condenação, é assegurar ao imputado, mediante um reexame integral da decisão, a superação de um prejuízo indevido, motivo pelo qual é necessário que o recurso lhe seja disponibilizado antes que a decisão reste imunizada pela coisa julgada e, portanto, no curso da mesma relação jurídica já instaurada. Como observou, a esse propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o escopo do reexame da decisão é a proteção do “[...] direito de defesa, reconhecendo a possibilidade de um recurso durante o processo para evitar que se torne imutável uma decisão que foi adotada com vícios e que contém erros que ocasionarão um prejuízo indevido aos interesses de uma pessoa”⁶³. Partindo da mesma linha de orientação, o Comitê de Direitos Humanos da ONU estipulou que não se reputa legítimo um sistema de

⁶¹ Segundo parcela minoritária da doutrina, o recurso seria uma ação constitutiva autônoma de conteúdo negativo, exercida com o escopo de modificar ou reformar a decisão impugnada. Isso porque, diversamente da pretensão inicial, veiculada por meio da ação e que se origina exteriormente ao processo, a pretensão recursal seria originada da própria decisão que causa um gravame à parte, sendo certo, ainda, que determinadas decisões podem ser impugnadas por indivíduos que não eram parte no processo. Nas palavras de Nelson Nery Junior, os defensores dessa linha de raciocínio “Fazem um paralelo entre o direito de ação e o de recorrer, identificando este último como sendo o exercício, após a decisão judicial, do próprio direito de ação. [...]. Dão ao recurso a natureza jurídica de ação autônoma de impugnação de conteúdo constitutivo negativo, já que o recurso visa a desconstituição da decisão judicial. É interessante observar que, para essa corrente, a ação tem a sua gênese antes de iniciado o processo, pois este é justamente o exercício prático do direito de ação, ao passo que o recurso se origina de fator endoprocessual, vale dizer da própria decisão impugnada” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 185-186). Na mesma linha, Paulo Rangel esclarece que essa corrente “[...] recebe em seu favor os argumentos de que o autor do recurso pode não ser o autor da ação, invertendo-se as posições no processo e de que a ação tem como base um fato anterior e exterior ao processo, enquanto o recurso tem como base a sentença, um ato processual. Assim, para os que defendem esta corrente, as pretensões são diversas: na ação, o direito com base num fato; no recurso, com fundamento numa sentença que se ataca” (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 961).

⁶² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1197.

⁶³ CtIDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2/7/2004, § 158, tradução livre: “[...] derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”. No mesmo sentido: CtIDH, caso Amrhein e outros vs. Costa Rica, sentença de 25/4/2018, § 256.

reexame das condenações que se aplique somente às penas cuja execução já tenha se iniciado⁶⁴. É que, conforme pondera Vinicius Gomes de Vasconcellos, o exercício do poder punitivo representa medida profundamente gravosa e irreparável, de forma que a imposição de uma sanção penal deve ser analisada mediante o exercício do juízo recursal antes do início de sua execução, tratando-se de exigência indispensável para uma efetiva satisfação da ampla defesa e proteção da presunção de inocência⁶⁵. O recurso, por via de consequência, *assume a natureza jurídica de uma garantia*, assegurando, a um só tempo, a ampla defesa e a presunção de inocência.

Essa exigência assume especial relevo nos casos em que a condenação tenha sido proferida por um Tribunal, seja em decorrência do exercício de sua competência originária, seja em virtude de sua competência recursal por conta da reforma da sentença de absolvição ao prover o recurso do Ministério Público. É que em razão da já revista orientação alcançada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, passou-se a admitir momentaneamente a execução provisória da pena, isto é, o recolhimento do imputado ao cárcere antes mesmo do trânsito em julgado de sua condenação e independentemente de quaisquer considerações de ordem cautelar, a partir da decisão condenatória de segundo grau, já que os recursos excepcionais – recurso extraordinário e

⁶⁴ CDH-ONU, Comentário-Geral n.32, § 50.

⁶⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 121. No mesmo sentido: PENTEADO, Jaques de Camargo. Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 48.

recurso especial – não se prestam ao reexame de matéria fática⁶⁶. Perceba-se que, em tais hipóteses, o imputado poderá ser recolhido ao cárcere para cumprir pena – ainda que a execução seja provisória –, sem que lhe tenha sido disponibilizado um recurso capaz de ensejar um reexame integral de sua condenação. Embora a execução antecipada da pena tenha sido abandonada em decorrência do julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade n. 43 e n. 44, que resultou na mudança de entendimento jurisprudencial, revitalizando a presunção de inocência em sua inteireza, é certo que essa oscilação jurisprudencial acendeu a polêmica doutrinária e jurisprudencial, havendo autores que defendem a execução antecipada⁶⁷ e propostas legislativas para implementá-la, em que pese a natureza de cláusula pétrea da presunção de inocência (CF, art. 60, § 4º, IV).

Sem embargo, ainda que não se negue ao recurso a natureza de um desdobramento do direito de ação, é necessário apreciar essa concepção com ressalvas no processo penal.

Em primeiro lugar, porque o próprio direito positivo parece atenuá-la: é que se a ação penal é guiada pelo princípio da obrigatoriedade, por questão de coerência, o recurso, que dela se desdobra, deveria ser norteado pelo mesmo princípio; entretanto, admite-se que o

⁶⁶ Em trecho do Informativo 814, a tese vencedora no Supremo se encontra assim justificada: “O Plenário ressaltou que, antes de prolatada a sentença penal, haveria de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que levaria a atribuir ao acusado, para todos os efeitos — mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação —, a presunção de inocência. Nessa senda, a eventual condenação representaria juízo de culpabilidade, que deveria decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, ficaria superada a presunção de inocência por um juízo de culpa — pressuposto inafastável para condenação —, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por tribunal de hierarquia imediatamente superior. Nesse juízo de apelação, de ordinário, ficaria definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se fosse o caso, da responsabilidade penal do acusado. Então, ali que se concretizaria, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tivesse ela sido apreciada ou não pelo juízo “a quo”. Ao réu ficaria assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Desse modo, ressalvada a estreita via da revisão criminal, seria, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exauriria a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. Portanto, os recursos de natureza extraordinária não configurariam desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não seriam recursos de ampla devolutividade, já que não se prestariam ao debate da matéria fática e probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo tribunal de apelação, ocorreria uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF — recurso especial e extraordinário — teriam âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, pareceria inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para a situação concreta, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faria sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do CPP e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990”.

⁶⁷ Cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini. Execução provisória da pena: os caminhos do STF. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). *Eficiência e garantido no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 33-41.

Ministério Público formule um controle acerca da conveniência e oportunidade na interposição do recurso, apenas não podendo desistir do recurso que haja interposto (CPP, art. 576)⁶⁸. Além disso, mesmo sem ter proposto a ação penal originariamente, ao ofendido é facultada a interposição do recurso de apelação “[...] se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal” (CPP, art. 596), hipótese em que “[...] exerce por essa forma *abreviada* o direito de ação, que não quis, ou não pôde exercer pela forma normal”⁶⁹, manifestando-se seu recurso, portanto, como um desdobramento da ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública (CF, art. 5º, LIX; CPP, art. 29).

Em segundo lugar, porque, embora o recurso seja um prolongamento do direito de ação, isso não significa a impossibilidade do estabelecimento de restrições ao recurso do acusador, eis que, diversamente do recurso defensivo, a sua previsão é uma mera questão de política legislativa, não encontrando fundamentação em normas de hierarquia superior que conformam e orientam a atuação do legislador ordinário.

De qualquer forma, ainda sobre o conceito de recurso, sustenta a doutrina que é impossível alcançar um conceito universalmente válido, isto é, “[...] não se pode determinar um conceito de recurso *anterior* ao que se encontra regulamentado pelo sistema da lei”⁷⁰. Ou seja, “A construção [do conceito de recurso] há de fundar-se nos dados do direito positivo, com as suas peculiaridades”⁷¹. Tal constatação, no entanto, merece ressalvas.

Com efeito, não se nega que o recurso, enquanto técnica processual, deva ser estruturado pelo legislador, cabendo-lhe, por exemplo, definir as modalidades recursais, suas hipóteses de cabimento, o procedimento de julgamento, o prazo de interposição etc. Sobre esse ponto, frise-se que, normalmente, os sistemas processuais trabalham com dois tipos de

⁶⁸ É certo, no entanto, que o advento do acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A) atenua a obrigatoriedade da ação penal. Sem embargo, ainda assim, as opções não são totalmente discricionárias, visto que o acordo somente poderá ser proposto se não for o caso de arquivamento do inquérito policial e se não for cabível a transação penal (CPP, art. 28-A, *caput* e § 2º, I). Frise-se, ainda, que o acordo de não persecução penal é um direito subjetivo do imputado, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deverá ser obrigatoriamente oferecida a proposta.

⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. V, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 236.

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 177. Em igual sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 28; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 3, p. 19; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. V, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 231-232.

⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. V, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 231.

recursos. De um lado, um recurso de caráter amplo e que se presta à revisão das decisões de mérito em todos os seus aspectos jurídicos e fáticos, permitindo ao órgão *ad quem* uma ampla possibilidade de reforma. É o caso da apelação. De outro lado, há os recursos de caráter restrito, prestando-se apenas ao reexame das questões de direito, tal como o recurso especial e o recurso extraordinário⁷². Adicionalmente, aos recursos, enquanto meios de impugnação das decisões, podem ser associados três distintos escopos: a) a possibilidade de reexame da decisão por um órgão superior, prestando-se a proteger o imputado contra o arbítrio jurisdicional e, com isso, destinando-se a corrigir vícios procedimentais (*error in procedendo*) ou a efetuar o controle sobre o mérito da decisão (*error in iudicando*), tal como a apelação); b) a *nomofilaquia*, que se presta à uniformização da interpretação das leis e, portanto, é uma garantia do próprio ordenamento, podendo ser citado como exemplo o recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, *c*, da Constituição Federal; e c) o *esclarecimento* e a *integração* da decisão, a exemplo dos embargos de declaração.

Todavia, é necessário ao legislador ater-se a *standards* mínimos, não havendo uma irrestrita margem de conformação. É que o recurso, uma garantia fundamental do imputado, tem fundamentação em normas de hierarquia superior: a Constituição e os tratados de proteção dos direitos humanos⁷³. A esse propósito, ao se ocupar dos limites da discricionariedade legislativa do Estado na regulamentação do art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Comitê de Direitos Humanos da ONU frisou que, a despeito da menção de seu exercício “[...] em conformidade com a lei” pelos termos convencionais, a determinação da existência do recurso contra a sentença condenatória não se submete à discricionariedade estatal, visto que não se trata de uma garantia que encontra seu fundamento na legislação interna, sendo extraída originariamente do próprio diploma internacional. Portanto, cabe ao Estado-membro assegurar o seu exercício, sendo-lhe defeso dispor sobre a existência em si desse direito; ao Estado cabe, pois, delimitar as modalidades

⁷² Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 28: “Os sistemas recursais trabalham, em regra, com dois tipos de recurso. Um amplo, para revisão das sentenças de mérito, em seus aspectos fáticos e jurídicos, com ampla possibilidade de reforma pelos tribunais. Tal recurso é, geralmente, denominado apelação. Outro recurso, limitado a um controle de legitimidade dos julgados, em geral exercido pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, é o recurso de cassação, destinado exclusivamente à revisão das questões de direito”.

⁷³ Nesse sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 52.

recursais e os órgãos competentes para apreciação das impugnações, observados os padrões mínimos de conformação⁷⁴.

Assim, ainda que se possa afirmar que inexistente um conceito universalmente válido de recurso, pois sua formatação dependerá do direito positivo, é certo que, em se tratando de um recurso defensivo, este não pode afastar-se dos padrões mínimos de proteção dos direitos e garantias fundamentais definidos nas normas superiores do ordenamento jurídico.

Ademais, é necessário não confundir recurso e duplo grau de jurisdição, noções interligadas, mas que apresentam conotações distintas, podendo aquele servir de instrumento de ativação deste, como demonstraremos abaixo.

2.2.2 Os fundamentos do recurso contra a sentença penal condenatória no processo penal: a superação do duplo grau de jurisdição como um mecanismo de aprimoramento da justiça do caso concreto e a sua afirmação como uma garantia do imputado

O duplo grau de jurisdição pode ser definido como um modelo de organização da prestação jurisdicional em que resta assegurado um novo julgamento da causa, ao permitir que a parte sucumbente, interpondo o correto recurso, obtenha uma revisão, pelo juízo *ad quem*, da decisão proferida pelo juízo *a quo*⁷⁵. Dessa forma, o duplo grau de jurisdição tem como cerne permitir que órgãos jurisdicionais superiores procedam ao reexame de decisões prolatadas por juízos inferiores, evitando que se tornem definitivas e imunizadas pelo instituto da coisa julgada. Assim concebido, o duplo grau de jurisdição exige a estruturação

⁷⁴ CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32/2007, p. 17. Como esclarece Marcos Thompson Bandeira, aos Estados é atribuída competência para legislar “[...] sobre os tipos de recursos, prazos, forma de interposição, requisitos intrínsecos e extrínsecos, porém, sempre devem garantir ao cidadão um recurso que permita o reexame de uma decisão condenatória, por órgão superior. No processo penal, *o direito do condenado a recorrer da sentença condenatória é absoluto e não pode ser afastado em nenhuma hipótese*” (BANDEIRA, Marcos Thompson. *O duplo grau de jurisdição e o bloco de constitucionalidade: a Constituição pode suprimir essa garantia?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 106, grifos nossos).

⁷⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80, *grifos originais*: “Esse princípio [o duplo grau de jurisdição] indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou *primeira instância*), que corresponde à denominada *jurisdição inferior*. Garante, assim, um novo julgamento, por parte dos órgãos da ‘jurisdição superior’, ou de segundo grau (também denominada de *segunda instância*)”. No mesmo sentido: MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 175-176: “[...] quando se fala de duplo grau ou dupla instância, faz-se referência a um sistema de organização do processo em virtude do qual se estabelecem dois exames sucessivos e decisões sobre o mérito, por obra de dois órgãos jurisdicionais distintos, de modo que o segundo deve prevalecer sobre o primeiro” (tradução livre: “[...] cuando se habla de doble grado o doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero”).

de um modelo de organização da prestação jurisdicional que impeça a apreciação das controvérsias jurídicas em instância única, seja franqueando o acesso aos Tribunais por meio de recursos, seja vedando à instância superior o conhecimento inicial da demanda sem que sobre ela tenha decidido o juízo inferior (supressão de instância), ressalvados os casos de competência originária⁷⁶.

Percebe-se, com isso, que o duplo grau de jurisdição é composto por dois elementos, a saber:

a) O seu *elemento positivo* relaciona-se com a exigência de que *a decisão deva ser passível de questionamento pela parte vencida pelo simples fato de ser sucumbente*, operacionalizando-se a impugnação por meio de um recurso que devolva a matéria à apreciação de outro órgão, normalmente superior, e com competência para proferir uma decisão substitutiva da decisão atacada⁷⁷.

b) O seu *elemento negativo*, por outro lado, refere-se à *prevalência da decisão substitutiva e à proibição de sua impugnação pautada nos mesmos pressupostos*, isto é, a decisão proferida pelo órgão *ad quem* não deve poder ser objeto de nova impugnação fundada apenas na sucumbência da parte vencida. É possível, pois, o estabelecimento de outras modalidades de impugnação da decisão substitutiva, desde que possuam finalidades diversas⁷⁸. Para ilustrar, a interposição do recurso extraordinário e do recurso especial não são formas de instrumentalização do duplo grau de jurisdição. Pelo contrário: tais modalidades recursais representam mecanismos específicos de impugnação da decisão, não bastando para o seu uso a mera sucumbência, sendo exigível uma especial fundamentação (recursos de fundamentação vinculada), além de não se prestarem à tutela do direito subjetivo como seu escopo principal (recursos extraordinários).

⁷⁶ “O princípio do duplo grau de jurisdição tem dois significados distintos e desdobra-se em dois aspectos de especial relevância na disciplina do exercício da jurisdição, a saber, (a) na oferta de recursos, possibilitando o acesso das partes aos tribunais com suas irrisignações em relação a decisões desfavoráveis e (b) na imposição, salvo casos excepcionais de competência originária dos tribunais, do processamento inicial das causas por juízes inferiores, de primeiro grau, para só depois, se houver recurso, legitimar-se o exercício da jurisdição pelos tribunais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 1, p. 367).

⁷⁷ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1995, p. 19-23; RICCI, Edoardo F. Doppio grado di giurisdizione: principio del. *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto delle Enciclopedia Italiana, 1989, v. 12, p. 2.

⁷⁸ RICCI, Edoardo F. Doppio grado di giurisdizione: principio del. *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto delle Enciclopedia Italiana, 1989, v. 12, p. 2; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1995, p. 23-24.

Assim concebido, torna-se fácil perceber que o duplo grau de jurisdição não se confunde com outros dois paradigmas de reexame das decisões judiciais. De um lado, o *paradigma da pluralidade de graus* propõe múltiplos graus de jurisdição e, então, assegura que a parte possa impugnar a decisão mais de uma vez, de acordo com o número de instâncias previsto no ordenamento, sendo que cada recurso apresentar-se-á como um mecanismo substitutivo, dotado de efeito devolutivo e fundado apenas na sucumbência⁷⁹.

Por sua vez, o *paradigma da dupla conformidade* torna exigível a prolação de duas decisões no mesmo sentido para que uma determinada questão possa ser considerada resolvida. Desse modo, surgem duas possibilidades: a) se a segunda decisão apresentar o mesmo teor da primeira, tornar-se-á desnecessário qualquer provimento adicional; b) porém, se a segunda decisão for de encontro ao conteúdo da primeira, impor-se-á um novo *decisum* que confirmará qual dos dois provimentos divergentes deverá prevalecer⁸⁰. Em ambas as situações, percebe-se que se exigirá, sempre, um duplo pronunciamento sobre a questão. Para o processo penal, o paradigma da dupla conformidade assume especial relevância nos casos de reversão do julgado em desfavor do imputado, ou seja, de reforma da sentença de absolvição em virtude do provimento do recurso acusatório

De acordo com a doutrina tradicional, a justificativa para a existência do duplo grau de jurisdição assenta-se em aspectos subjetivos e políticos. Os primeiros são a *falibilidade*

⁷⁹ “Il paradigma della pluralità dei gradi prevede più gravami sostitutivi, devolutivi e fondati sulla sola soccombenza, l’uno seguito all’altro; esso tende a fermarsi, risalendo a mano a mano verso giudici superiori, con la statuzione del giudice più elevato; e storicamente ha influenzato il processo romano nel periodo della *cognitio extra ordinem*” (RICCI, Edoardo F. Doppio grado di giurisdizione: principio del. *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto delle Enciclopedia Italiana, 1989, v. 12, p. 2, tradução livre: “O paradigma da pluralidade de graus prevê mais de um mecanismo substitutivo, devolutivo e fundado apenas na sucumbência, um seguido do outro, o que tende a se encerrar, voltando gradualmente aos juizes superiores, com o estabelecimento do julgador supremo, e historicamente influenciou o processo romano no período da *cognitio extra ordinem*”).

⁸⁰ “Il paradigma della doppia conforme si accontenta invece della seconda statuizione se questa è nello stesso senso della prima, mentre non se ne accontenta nel caso contrario: in tale seconda ipotesi ne richiede una terza, che sarà naturalmente nel senso di una delle due precedenti; e storicamente esso ha influenzato il processo canonico” (RICCI, Edoardo F. Doppio grado di giurisdizione: principio del. *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto delle Enciclopedia Italiana, 1989, v. 12, p. 2, tradução livre: “O paradigma da dupla conformidade, ao invés disso, se conforma com a segunda decisão se essa é no mesmo sentido da primeira, enquanto não se conforma na situação oposta: nessa segunda hipótese, reclama-se uma terceira decisão que será naturalmente no sentido de uma das duas anteriores, e historicamente esse modelo influenciou o processo canônico).

do julgador⁸¹ e o natural inconformismo da parte vencida⁸². Nesse contexto, ao optar pelo duplo grau de jurisdição, o sistema processual compatibiliza os valores da “justiça” e da “segurança jurídica”, conferindo aos jurisdicionados o direito a impugnarem as decisões em que tenham sucumbido, seja porque se parte do pressuposto que é possível o erro judiciário, seja porque os magistrados superiores, em tese, são mais experientes e estarão, por isso, em condições de proferir uma melhor decisão, até porque irão debruçar-se sobre um material que já foi submetido ao crivo de outro julgador⁸³. Vale dizer: ao consagrar o duplo grau de jurisdição, o direito positivo assegura ao litigante a chance de obter um novo pronunciamento sobre uma questão que entenda equivocada, representando, com isso, a opção do sistema processual pelo valor da “justiça”; por outro lado, a utilização do mecanismo de impugnação prolonga o estado de litispendência, fazendo com que o valor da “segurança jurídica” reste efetivado em momento ulterior, mediante o instituto da coisa julgada⁸⁴. Note-se, por outro lado, que tais fundamentos, embora possam justificar o duplo grau de jurisdição, podem, da mesma forma, afastar a necessidade de observá-lo. Nesse contexto, o fundamento relativo à falibilidade do julgador poderia resultar na própria dispensa da fase recursal, visto que, para assegurar um melhor pronunciamento judicial, o procedimento em primeira instância poderia ser concluído com um julgamento colegiado

⁸¹ “Tendo em vista a falibilidade do ser humano, não seria razoável pretender-se fosse o juiz homem imune a falhas, capaz de decidir de modo definitivo sem que ninguém pudesse questioná-lo em sua fundamentação de julgar” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39). No mesmo sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80.

⁸² “De outra parte, nosso subjetivismo nos coloca naturalmente contra decisão desfavorável, de sorte que o sentimento psicológico do ser humano faz com que tenha reação imediata à sentença desfavorável, impelindo-o a pretender, no mínimo, novo julgamento sobre a mesma questão” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39).

⁸³ RICCI, Edoardo F. Doppio grado di giurisdizione: principio del. *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto delle Enciclopedia Italiana, 1989, v. 12, p. 4. No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. V, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 237.

⁸⁴ Como escreve Nelson Nery Junior: “Os mais modernos ordenamentos processuais fornecem meios pelos quais as decisões judiciais podem ser impugnadas, com maior ou menor intensidade, com a finalidade de propiciar aos jurisdicionados uma justiça mais justa, meios esses que se revelam como corretivos de decisões errôneas ou injustas. Em contrapartida, não poderiam os litígios se perpetuar no tempo, mediante mecanismos diversos, entre os quais se encontra a interposição de um recurso. Para obviar os inconvenientes daí decorrentes, há o instituto da coisa julgada, colocando em funcionamento um sistema de freios e contrapesos à adoção de remédios impugnativos de decisões judiciais, projetando-se com eficácia extraprocessual” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 171).

composto de magistrados mais experientes⁸⁵, o que é, segundo alguns, argumento legítimo para afastar a exigência de reexame da condenação nas situações em que o indivíduo seja julgado pelo mais elevado órgão jurisdicional de seu Estado, como, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal⁸⁶.

Ao lado dos fundamentos subjetivos, a doutrina cita os *fundamentos políticos* do duplo grau de jurisdição, apresentando-os sob dois vieses. Historicamente, o fundamento político do duplo grau de jurisdição foi concebido como uma decorrência da necessidade de assegurar ao soberano a concentração de seus poderes, exercendo um controle sobre o trabalho dos julgadores e não sobre o seu veredicto – daí o efeito devolutivo dos recursos⁸⁷. No entanto, com a evolução da dogmática processual, o fundamento político do duplo grau de jurisdição passa a assumir outra roupagem: a partir do momento em que são estabelecidas garantias institucionais em favor da magistratura e da exigência que a decisão seja proferida com base em critérios racionais – livre convencimento motivado –, o duplo grau de jurisdição assume o escopo político de assegurar um controle racional sobre a decisão judicial em favor do jurisdicionado. Com isso, afirma-se que o duplo grau de jurisdição seria capaz de assegurar uma melhor qualidade na prestação jurisdicional, ao permitir que uma decisão já proferida seja reexaminada por um órgão superior, composto, em tese, por julgadores mais experientes⁸⁸. “Evolui-se, portanto, da concepção de *controle do ato*

⁸⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 28-30.

⁸⁶ Cf., por exemplo: PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 937.

⁸⁷ Como resume Oreste Nestor de Souza Laspro, ao discorrer sobre a apelação no direito romano, “[...] embora houvesse propósito em garantir o direito da matéria julgada ser reapreciada, não pairam dúvidas de que o direito de recorrer tinha uma conotação muito mais hierárquico-autoritária de controle da administração por parte de organismos superiores que chegavam até o imperador, um verdadeiro meio de fiscalização dos magistrados [...]” (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1995, p. 43). No mesmo sentido, cf.: LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004, p. 31; PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 26; SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 80-81; BANDEIRA, Marcos Thompson. *O duplo grau de jurisdição e o bloco de constitucionalidade: a Constituição pode suprimir essa garantia?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 60. Associando a origem do duplo grau de jurisdição ao sistema inquisitivo, conferir: MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 14-23; BINDER M., Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 2016, p. 290.

⁸⁸ Cf., a propósito, NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 78-86.

*decisório para um controle do exercício do poder de julgar e de punir. Um controle do Poder e não para o poder, mas pelo indivíduo e para garantir*⁸⁹.

O duplo grau de jurisdição é, portanto, uma sistemática de organização da prestação jurisdicional que assegura ao jurisdicionado um reexame da decisão em que tenha sucumbido. Assim concebido, o duplo grau de jurisdição equivaleria a um “princípio processual” que almejaria o aprimoramento da justiça do caso concreto, reduzindo as possibilidades de erro do julgador originário.

Perante tudo o que foi exposto até o momento, resulta coerente e natural a conclusão doutrinária no sentido de que o escopo perseguido pelo princípio do duplo grau de jurisdição “[...] encontra-se na *persecução da segurança como elemento ínsito da Justiça* [...]”⁹⁰ ou na “[...] *garantia fundamental de boa justiça*”⁹¹. Eis a leitura tradicional do duplo grau de jurisdição. Partindo da premissa que inaugurou este item – a necessidade de pensar e estruturar os institutos processuais de acordo com as particularidades de cada um dos respectivos ramos do direito procesual – é necessário questionar se tal lógica pode ser reproduzida para o processo penal.

De início, faz-se necessário mitigar a importância do valor “justiça” para moldar e justificar a existência do duplo grau de jurisdição.

A uma, porque a justiça é um conceito extremamente vago, de difícil concretização, inexistindo critério objetivo para sua definição⁹², motivo pelo qual deve ser evitado o seu uso para moldar e fundamentar institutos jurídicos, em especial, no campo penal, em que vige a premissa da legalidade estrita. Por óbvio, não se está a negar o valor da justiça para o

⁸⁹ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 21.

⁹⁰ SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 86, *grifamos*.

⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39, *grifos do autor*. No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 590.

⁹² “Não existe, e não pode existir, um critério objetivo de justiça porque a afirmação de que algo é justo ou injusto é um juízo de valor que se refere a um fim absoluto, e esses juízos de valor são, pela sua própria natureza, de caráter subjetivo porque baseados em elementos emocionais de nossa mente, em nossos sentimentos e desejos. Não podem ser verificados por fatos, como podem os enunciados sobre a realidade. Juízos de valor definitivos são, na maioria das vezes, atos de preferência; indicam o que é melhor em vez de o que é bom; implicam escolha entre dois valores conflitantes como, por exemplo, a escolha entre liberdade e segurança” (KELSEN, Hans. *Direito, Estado e justiça na Teoria Pura do Direito*. In: KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad.: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 293).

Direito, mas é certo que se deve utilizá-lo com extrema cautela. Até porque, a depender do conceito de justiça empregado pelo intérprete, pode-se ocasionar uma completa subversão do sistema. Veja-se, por exemplo, que, ao se entender a justiça como sinônimo de “repressão” ou “promoção da segurança pública”, a preocupação maior para a modulação dos institutos e escopos perseguidos pelo processo penal recairá sobre a obtenção da condenação a qualquer custo, considerando-se justo e efetivo, por conseguinte, o sistema processual que promova o maior número de condenações possível, independentemente do respeito às garantias fundamentais do cidadão submetido à persecução penal⁹³. Assim, a ideia de justiça é confundida com número de condenações, enxergando-se no respeito às garantias processuais um obstáculo à consecução desse objetivo. Como consequência, são aprovadas leis que restringem indevidamente garantias processuais do cidadão imputado. Sem embargo, ao invés de alcançarem o esperado efeito de promoção da segurança pública, essas leis endurecedoras da repressão penal ocasionam o efeito inverso, gerando uma sensação de impunidade ainda maior, tendo em vista que, ao exercer o controle de constitucionalidade dessas normas, os julgadores tendem a conter o abuso legislativo e declaram a sua inconstitucionalidade, anulando decisões que se basearam nelas e, com isso, a despeito de exercerem adequadamente as suas funções, levam a população a crer no “mito da impunidade”⁹⁴.

A duas, porque, ao se visualizar o duplo grau de jurisdição como instrumento de consecução da justiça, torna-se natural a sua extensão a ambas as partes do processo penal, podendo ser utilizado tanto pela acusação como pelo acusado e, com isso, inviabilizando a

⁹³ Como preceitua Rubens Casara: “[...] esse mito [o mito do processo penal como instrumento de pacificação social ou de segurança pública] faz com que as garantias processuais, em sua concretude, sejam vistas como entrave à eficiência repressiva; em substituição às garantias de liberdade, entram as garantias de eficiência” (CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 195). Essa equivocada concepção do processo penal pode ser encontrada no seguinte pronunciamento do Min. Roberto Barroso, em palestra realizada no dia 27/11/2017, ao debater sobre o processamento de políticos que detém o foro por prerrogativa de função e os problemas que o exercício dessa competência gera para a atuação do STF: “É um papel que só traz desgaste porque se o Supremo o exerce bem e consegue punir uma autoridade, cria-se uma tensão com a classe política. Se exerce mal, cria-se tensão com a sociedade” (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/11/1938545-barroso-diz-que-maior-problema-do-stf-e-o-foro-privilegiado.shtml>>. Acesso em 6 dez. 2017). Ou seja, infere-se das declarações do Ministro que o Supremo Tribunal Federal só exerce adequadamente o poder punitivo quando alcança a condenação das autoridades políticas.

⁹⁴ “A melhor garantia de eficácia do direito penal – até onde ela pode ser exigida – é o respeito aos direitos fundamentais. Sua violação obscurece qualquer intervenção penal, desacredita-a, uma vez que cria dúvidas sobre sua correção, com o agravante de que essas dúvidas podem facilmente descambar em impunidade, pela via de inconstitucionalidades, nulidades, revisões extraordinárias etc.” (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1, p. 187).

discussão acerca da possibilidade de restringir ou mesmo abolir o recurso acusatório. Se o escopo é a mitigação do erro e o aprimoramento da “justiça do caso concreto” e não a proteção da parte vulnerável, torna-se natural estender o recurso a ambos os contendores. É certo, ainda, que “[...] se o fundamento das impugnações fosse somente o controle visando a evitar erros de um modo geral e abstrato, como consequência colocar-se-ia a obrigatoriedade da revisão automática de todos os casos”.⁹⁵

Nesse contexto, ainda que o conceito de justiça, como dito acima, deva ser utilizado com extrema cautela, não é incorreto afirmar que, até como forma de proteção do cidadão, “[...] não se poderia conceber uma sentença *justa* que não estivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos; se não fosse assim, os sistemas processuais não se ocupariam em prever os diversos meios de impugnação para reexame de decisões errôneas sobre os fatos, inclusive depois do trânsito em julgado”⁹⁶. Tal passagem evidencia a importância da justiça para o processo penal, mostrando que, ao menos para fins de legitimar o poder punitivo, justa será a persecução penal comprometida com uma correta apuração dos fatos imputados ao cidadão⁹⁷, o que não deve ser confundido com uma desenfreada tentativa de buscar a verdade a qualquer custo por meio do processo, eis que, por uma série de limitações, esta é inalcançável⁹⁸. Se assim é, o direito ao recurso do imputado assume papel de destaque, porquanto se mostra capaz de reforçar o controle sobre as bases da decisão condenatória, eis que “[...] as decisões penais, que incidem exatamente sobre o *status libertatis* do cidadão, só podem ser legitimadas por um saber resultante de

⁹⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 36.

⁹⁶ GOMES FILHO; Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 54, *grifos do original*. No mesmo sentido: “Afim, não se concebe como justa a sentença que não tenha sido produto de uma preocupação com a apuração correta dos fatos” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz [coord.]. *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152).

⁹⁷ Sobre o ponto, como aduz Geraldo Prado, reputa-se *justa a solução escorada na aceitação da jurisdição penal como atividade cognoscitiva*, vale dizer, “[...] empenhada na determinação da verdade judicial conforme as garantias orgânicas e procedimentais que devem cercar o processo penal” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 44-45, nota n. 119). Por sua vez, Gustavo Badaró complementa que essa preocupação com a verdade não significa tornar a sua busca o fim último do processo, mas, sim, compreendê-la “[...] como fator de legitimação de seu resultado e critério de justiça” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 220-221).

⁹⁸ Sobre esses limites, cf.: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 56-61, que separa os limites em três grupos, a saber: a) limites inerentes ao próprio processo; b) limites decorrentes da coisa julgada; e c) limites oriundos da disciplina legal das provas.

procedimentos que permitam esclarecer os fatos sob a dupla ótica da sociedade e do indivíduo: é preciso que as hipóteses acusatórias sejam verificadas, pois sem a existência de provas concludentes não se poderá superar a *presunção de inocência* do acusado [...]”⁹⁹.

Adicionalmente, impõe-se examinar se a ausência de previsão legislativa do duplo grau de jurisdição no ordenamento interno não é um óbice à sua completa efetividade, tornando-o incapaz de assegurar um reexame de todas as hipóteses de decisões de condenação. A esse propósito, segundo grande parcela da doutrina, o duplo grau de jurisdição não encontra previsão normativa expressa no ordenamento jurídico, o que ensejaria a possibilidade de restringir as hipóteses recursais, tornando irrecorríveis determinadas decisões.

Em nosso sentir, não há dúvidas de que o constituinte foi silente: o duplo grau de jurisdição não é um princípio acolhido expressamente na Constituição Federal de 1988, eis que não se estipula, de maneira clara e expressa, a obrigatoriedade de reexame das decisões proferidas pela primeira instância. Assim, diversamente da Constituição Imperial de 1824¹⁰⁰, a Constituição de 1988 e todas as que a precederam limitaram-se a *mencionar a existência de tribunais*, atribuindo-lhes *competência recursal em algumas hipóteses*¹⁰¹. Não obstante,

⁹⁹ GOMES FILHO; Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 55, *grifos do original*.

¹⁰⁰ “Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos”.

¹⁰¹ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “Diferentemente dos demais princípios integrantes da tutela constitucional do processo, este [o duplo grau de jurisdição] não é imposto pela Constituição como uma *garantia* a ser inelutavelmente observada pela lei ou pelos juízes e tribunais. Além de não explicitar exigência alguma a respeito nem enunciar o próprio princípio, ela própria abre caminho para casos em que a jurisdição será exercida em grau único, sem a possibilidade de recurso”. Assim, “Sem que haja uma autêntica *garantia* do duplo grau de jurisdição poder-se-ia pensar na compatibilidade constitucional de disposições legais que o excluíssem de modo absoluto ou quase, criando bolsões de irrecorribilidade”. No entanto, para o autor, “Casos assim extremos transgrediriam porém o essencial *fundamento político* do duplo grau, que em si mesmo é a projeção de um dos pilares do regime democrático, abrindo caminho ao arbítrio do juiz, não sujeito a controle algum (Const., art. 5º, § 2º). Além disso, uma disposição dessa ordem seria incompatível com os padrões do *devido processo legal* – esse sim garantido constitucionalmente” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 1, p. 367 e 371, *grifos originais*). Impõe-se registrar, no entanto, o entendimento minoritário de Rafael Fecury Nogueira, para quem o duplo grau de jurisdição encontra-se previsto expressamente na Constituição Federal de 1988. Isso porque, em sua visão, tal como a Constituição de 1988, a Constituição Imperial de 1824, não mencionou, de forma expressa, um “direito ao duplo grau de jurisdição”, limitando-se a prever a competência recursal dos tribunais, motivo pelo qual “[...] negar o duplo grau de jurisdição na atual Constituição equivale a negá-lo também na Constituição do Império de 1824, pois, analisando-se detidamente este diploma, não se verifica expressamente a previsão do duplo grau de jurisdição, dele se extraindo a partir da previsão de tribunais recursais, da mesma forma como se dá na atual Carta. Se é consenso na doutrina brasileira a afirmação da previsão expressa do duplo grau de jurisdição na Constituição do Império, por coerência sistemática, é expressa também na atual” (NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 75).

segundo grande parte da doutrina, o duplo grau de jurisdição estaria sediado implicitamente na Constituição Federal, podendo ser extraído dela não apenas por conta de sua “previsão sistêmica implícita” – criação de tribunais e previsão de meios de impugnação – mas, ainda, como elemento inerente ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)¹⁰², sendo certo que a Constituição Federal garante a ampla defesa com os “[...] meios e *recursos* a ela inerentes” (CF, art. 5º, LV)¹⁰³.

Apesar desse esforço interpretativo, concordamos com a afirmação de Aury Lopes Jr., ao ponderar que “Ainda que existam algumas bem-intencionadas tentativas de extraí-lo de outros princípios da Constituição (como o direito de defesa e o próprio devido processo legal), *não foi o duplo grau de jurisdição expressamente consagrado pela Carta de 1988*”¹⁰⁴. Por isso, é corrente na doutrina a afirmação no sentido de “[...] não havendo garantia

¹⁰² Cf. entre outros: MORAES, Maurício Zanoide de. Princípio do duplo grau de jurisdição e direito ao recurso. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (org.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 928; SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 102; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2008, p. 628; DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. até a Súmula Vinculante nº 25 do STF, de acordo com as Lei nºs 11.689/08, 11.690/08, 11.705/08, 11.900/09 e 12.037/09. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 571-572; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20-21; NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 364-366; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 934; MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401.

¹⁰³ A título de comparação, observa-se que a Constituição portuguesa de 1976, por meio da Revisão Constitucional de 1997, autonomizou o direito ao recurso, incluindo-o expressamente como uma das *garantias da defesa*. Segundo José Manuel Vilalonga, como já era possível extrair o direito ao recurso, de maneira implícita, do art. 20 da Constituição, o escopo do constituinte reformador foi promover uma “[...] manifesta intensificação e inequívoca explicitação da tutela constitucional do direito de recorrer em processo penal” (VILALONGA, José Manuel. Direito de recurso em processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 368). Por isso, Maria João Antunes considera que a alteração na Constituição de Portugal não foi decisiva para a consagração de tal direito, pois antes mesmo da reforma já se entendia o recurso como um elemento do direito de defesa (ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 199).

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1197, *grifos nossos*.

constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso”¹⁰⁵.

Todavia, ainda que inexistia menção expressa e inequívoca ao duplo grau de jurisdição na Constituição Federal, é certo que o seu art. 5º, LV, assegurou ao imputado a garantia de recurso como um elemento inerente à ampla defesa. Por outro lado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos consagram, inequivocamente, o duplo grau de jurisdição como uma garantia do imputado, ao lhe assegurarem o direito de recorrer contra a sentença condenatória, de modo que *se havia omissão constitucional, ela foi suplantada pela ratificação de tais tratados de proteção aos direitos humanos*.

Com efeito, a Constituição Federal, art. 5º, LV, prevê que “os 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 inerente”; Nota-se, portanto, que a Constituição Federal, a despeito de ter silenciado acerca do duplo grau de jurisdição, mencionou expressamente a garantia do recurso como um desdobramento da ampla defesa, embora não tenha especificado em que contexto do processo esse recurso poderá ser utilizado. Por outro lado, de maneira mais específica, o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos assegura aos indivíduos submetidos à persecução penal o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, direito que é igualmente preceituado pelo art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, ao afirmar que “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”.

É por isso que, ao analisar o disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Nelson Nery Junior é taxativo em afirmar que “[...] o duplo grau de jurisdição, como garantia constitucional absoluta, existe no âmbito do direito processual

¹⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 280. Em igual sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 1, p. 367; TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 30, ano 8, p. 171-186, jan.-mar./2000; TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Análise fragmentada do duplo grau enquanto regra de direito. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, v. 396, ano 104, p. 159-182, mar.-abr./2008.

penal [...]”¹⁰⁶. Em igual sentido, reconhecendo que os tratados de proteção aos direitos humanos supramencionados suprem a lacuna constitucional, Aury Lopes Jr. é enfático ao afirmar que a “[...] discussão [acerca da previsão constitucional do duplo grau de jurisdição] perdeu muito de seu fundamento com o art. 8.2, letra ‘h’, da Convenção Americana de Direitos Humanos [...]”¹⁰⁷. Resulta evidenciado, portanto, que, a despeito do silêncio da Constituição Federal, os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos asseguram ao imputado *o direito ao reexame da sentença condenatória*, tornando o duplo grau de jurisdição uma *garantia expressa e, ainda, exclusiva do imputado*. Os tratados de direitos humanos, por conseguinte, suprem o silêncio da Constituição Federal, assegurando o duplo grau de jurisdição de modo explícito e, mais do que isso, fazem-no a nível constitucional, tendo em vista o disposto no art. 5º, § 2º, que lhes assegura tal hierarquia (normas materialmente constitucionais)¹⁰⁸.

Duplo grau de jurisdição e recurso, portanto, são noções interligadas, mas inconfundíveis. Em sua leitura tradicional, o duplo grau de jurisdição pode ser concebido como um princípio estruturante do direito processual, no sentido de vedar a apreciação das causas em instância única. O direito ao recurso, por outro lado, pode ou não estar ligado ao duplo grau de jurisdição. Nessa linha, conforme resume Veruska Sayonara Góis, “[...] é relevante ressaltar que a configuração do recurso como garantia não se confunde com a garantia do duplo grau de jurisdição, que decorre da forma de estruturação dos órgãos judiciais”, sendo certo que “O duplo grau, à exceção do duplo grau obrigatório, realiza-se

¹⁰⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 283. No mesmo sentido: LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004, p. 84; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 960. Em sentido oposto, André Tamos Tavares sustenta que o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não se mostra suficiente para a consagração do duplo grau de jurisdição no direito brasileiro (TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 30, ano 8, jan.-mar./2000, p. 185).

¹⁰⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1197.

¹⁰⁸ Sobre a hierarquia dos tratados de proteção aos direitos humanos no ordenamento brasileiro, cf. o Item 3.1: A importância do direito internacional dos direitos humanos para o processo penal: ampliação dos espaços de contenção do poder punitivo. Por outro lado, a título de comparação, cite-se que, na Argentina, a Constituição Federal também não consagrou o duplo grau de jurisdição de maneira expressa. Todavia, com a reforma de 1994, que assegurou aos tratados de direitos humanos a hierarquia constitucional, a doutrina passou a entender que o duplo grau de jurisdição garantido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos restou constitucionalizado (PARMA, Carlos. *Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 119).

através do recurso, sem com ele se confundir [...]”¹⁰⁹. Em igual sentido, como frisa André Ramos Tavares: “Embora haja o direito de recorrer, não necessariamente há o duplo grau de jurisdição e, em outras hipóteses, embora haja o duplo grau de jurisdição, não há recurso concomitante”¹¹⁰. Na mesma linha de raciocínio, Rafael Fecury Nogueira salienta que “O duplo grau de jurisdição, portanto, deve ser compreendido como o direito ao recurso perante um órgão jurisdicional superior, impondo-se nele um elemento a mais em relação ao direito ao recurso, a saber, o reexame por órgão superior. Isso porque existe a possibilidade de direito ao recurso sem duplo grau de jurisdição, porém, nunca o duplo grau de jurisdição sem direito ao recurso ou sem o seu instrumento (recurso)”¹¹¹. Ou seja: percebe-se “[...] que nem todo recurso tem como objetivo o duplo grau de jurisdição”¹¹². Assim, por exemplo, a interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário não guardam qualquer relação com a noção de duplo grau de jurisdição; sob outro prisma, o reexame necessário viabiliza o duplo grau de jurisdição, embora não seja instrumentalizado pela utilização de um recurso, eis que ausente o componente da voluntariedade.

Ocorre que, a despeito do apelo aos pactos internacionais, ainda prevalece a leitura tradicional do duplo grau de jurisdição, não se logrando assegurar o reexame das sentenças condenatórias no processo penal em toda a sua inteireza. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes aponta que “[...] o próprio modelo jurisdicional positivado na Constituição afasta a possibilidade de aplicação geral do princípio do duplo grau de jurisdição. Se a Constituição consagra a competência originária de determinado órgão jurisdicional e não define o cabimento de recurso ordinário, não se pode cogitar de um direito ao duplo grau de jurisdição, seja por força de lei, seja por força do disposto em tratados e convenções

¹⁰⁹ GÓIS, Veruska Sayonara. O recurso como garantia fundamental: possibilidades de restrição pelo legislador infraconstitucional. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 29, jul.-dez. 2009, p. 171.

¹¹⁰ TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 30, ano 8, jan.-mar./2000, p. 178.

¹¹¹ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 72.

¹¹² MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 8. No mesmo sentido: XAVIER, Gonçalo Rezende de Melo Sant’Anna. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição: o descumprimento pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos. *Revista Internacional da Academia Paulista de Direito*, São Paulo, n. 1, 2018, p. 182: “[...] o duplo grau de jurisdição implica na possibilidade de análise, por outro órgão jurisdicional, de todas as controvérsias trazidas pelas partes, em sua inteireza, com ampla cognição fática e jurídica. O recurso, por sua vez, nem sempre possibilita essa análise aprofundada, daí porque, como já apontado, nem sempre o direito ao recurso consagra o duplo grau de jurisdição, ao passo que o duplo grau de jurisdição será consagrado pela via recursal”.

internacionais”¹¹³. Da mesma forma, Aury Lopes Jr., ao abordar a problemática do duplo grau de jurisdição nas ações de competência originária dos tribunais, afirma que “[...] havendo órgão colegiado em primeiro grau, pode existir restrição recursal; mas jamais restrição recursal com julgamento colegiado em primeiro grau (juiz singular)”¹¹⁴, deixando nítido que, em seu entendimento, o duplo grau de jurisdição é uma garantia que se restringe aos julgamentos monocráticos em primeira instância. A posição dos Tribunais Superiores, conforme se demonstrará em momento oportuno, não é distinta.¹¹⁵

É preciso, pois, ter presentes tais limitações da visão tradicional do duplo grau de jurisdição e, então, buscar fundamentos que permitam compreendê-lo como uma autêntica e inafastável garantia do imputado, ou seja, fundamentos que se mostrem capazes de assegurar ao imputado um autêntico reexame das decisões de condenação no processo penal. Em síntese: é necessário encontrar fundamentos que permitam que o duplo grau de jurisdição aflore sempre e invariavelmente, isto é, “[...] diante do juízo condenatório, independentemente da instância em que ocorreu a primeira condenação”¹¹⁶.

2.2.2.1 A garantia de recurso como elemento inerente da ampla defesa

A ampla defesa, na esfera penal, vem consagrada na Constituição Federal de forma indissolúvel do contraditório (art. 5º, LV): este, consubstanciado no binômio *informação-*

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 403). No mesmo sentido: “[...] a só existência de competências originárias do Supremo Tribunal já afasta a existência de um princípio do duplo grau de jurisdição em sua pureza. Para que assim fosse, não poderiam existir feitos originários das instâncias superiores, para os quais não há possibilidade de recurso da decisão para outros juízos” (TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 30, ano 8, jan.-mar./2000, p. 180).

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1199. Cf., ainda: PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 937: “[...] em uma ação de competência originária dos tribunais de segunda instância, por exemplo, não se poderá alegar violação ao duplo grau de jurisdição, pela inexistência de recurso ordinário cabível. O referido órgão colegiado, nessas situações, estará atuando diretamente sobre as questões de fato e direito, realizando, então, a instrução probatória e o julgamento. Estará garantido, portanto, o reexame da matéria por mais de um único juiz (a pluralidade da decisão, pois) [...]”.

¹¹⁵ Cf. o Item 5.3.1.2: A visão dos Tribunais Superiores brasileiros: inaplicabilidade imediata da garantia.

¹¹⁶ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 201.

reação, é instrumentalizado por aquela¹¹⁷. Assim, de acordo com o art. 5º, LV, da Constituição Federal, “[...] aos acusados em geral são assegurados o contraditório e *ampla defesa*, com os meios e *recursos a ela inerentes*” (grifamos). Nota-se, pois, que o recurso é um desdobramento da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), eis que esta será exercida com os recursos a ela inerentes. “Afinal, quando a referida previsão menciona o prenome feminino no singular ‘ela’ fica claro que se está referindo a ampla defesa e não ao contraditório ou a ambos, o que exigiria um prenome masculino ou ao menos no plural, respectivamente”¹¹⁸.

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos efetuam uma decomposição da defesa penal trazendo uma série de exigências que almejam tornar a participação processual do imputado efetiva, a exemplo da assistência por um intérprete, a nomeação de defensor ao réu indefeso, a participação na produção da prova oral etc. (CADH, art. 8º, § 2º, “a”, “b”, “c”, “d”, “e” e “f”; PIDCP, art. 14, § 3º, “a”, “b”, “d”, “e” e “f”). No entanto, o recurso defensivo, enquanto garantia processual, vem assegurado de forma autônoma por tais diplomas.

Com efeito, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.2.h, consagra a garantia de recorrer sem qualquer referência à ampla defesa. Apesar disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfatiza que “*O direito de impugnar a condenação busca proteger o direito de defesa*, na medida em que outorga a possibilidade de interpor um recurso para evitar a imutabilidade de uma decisão adotada em procedimento viciado e

¹¹⁷ “Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 75). No mesmo sentido: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, out./dez. 1993, p. 117.

¹¹⁸ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal*: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 152. No mesmo sentido: DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. até a Súmula Vinculante nº 25 do STF, de acordo com as Lei nºs 11.689/08, 11.690/08, 11.705/08, 11.900/09 e 12.037/09. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 571, *grifos do original*: “Quando a Constituição Federal trata do devido processo legal, assegura aos litigantes a utilização de todos os *recursos* e *meios* inerentes à ampla defesa e ao contraditório. Nota-se que a expressão *recursos* não está empregada no sentido amplo e sim no sentido estrito, já que há clara distinção entre os recursos e *demais meios* (CF, art. 5º, inc. LV)”.

que contenha erros que ocasionariam prejuízos indevidos ao interesse de uma pessoa”¹¹⁹. E, por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, seguindo a mesma lógica da Convenção Americana, dispõe, no art. 14.5, que “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”.

Nota-se, pois, que as declarações de direitos e garantias fundamentais vigentes no Brasil – Constituição Federal, Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – mencionam, inequivocamente, o direito de recorrer do imputado. A Constituição Federal consagra o recurso como garantia atrelada ao exercício da ampla defesa, sem associá-lo a um determinado tipo de decisão. Por sua vez, os tratados de proteção aos direitos humanos asseguram o recurso como uma garantia autônoma e, ao mesmo tempo, especificam que o seu exercício se dá no momento da prolação de uma condenação.

É preciso, então, extrair as consequências dessa previsão jurídico-positiva.

Nesse contexto, impõe-se frisar que o escopo de uma declaração de direitos humanos é regular as relações entre o Estado e o indivíduo, resguardando a este determinados espaços de liberdade em face daquele. Portanto, os tratados de direitos humanos – diversamente das demais convenções internacionais, em que há uma reciprocidade entre os direitos e deveres conferidos às partes contratantes – limitam a ação estatal em favor do indivíduo, ou seja, tais diplomas estipulam determinados deveres a serem adimplidos pelo Estado, resguardando, com isso, o cidadão. Assim, os direitos humanos comportam-se não apenas como direitos subjetivos (dimensão subjetiva dos direitos humanos), mas, ainda, como limites e diretrizes de atuação do poder estatal (dimensão objetiva dos direitos humanos). “Compete ao Estado, portanto, conformar toda a ordem jurídica (privada e pública; civil e penal; administrativa e processual; etc.), em todas as suas fases (elaboração, aplicação e interpretação), e promover as transformações fáticas (p. ex., pelo aumento e melhor preparação dos órgãos persecutórios e da Defensoria Pública, além de Tribunais e órgãos auxiliares) necessárias para criar

¹¹⁹ CtIDH, caso Mohamed vs. Argentina, sentença de 23/11/2012, § 99, tradução livre, *grifos nossos*: “El derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”. Na doutrina, cf., a título exemplificativo: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 116; GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 291.

estrutura apta à mais completa efetivação dos direitos fundamentais”¹²⁰. O recurso é, pois, uma garantia fundamental do cidadão submetido à persecução penal e como tal deve ser tratado.

Desse modo, nota-se que, não obstante o reexame da decisão do julgador de primeira instância (escopo perseguido pelo duplo grau de jurisdição, enquanto princípio geral do direito processual) seja desejável para fins de aprimoramento da “justiça do caso concreto”, é certo que o seu instrumento de exercício, o recurso, foi assegurado a apenas uma das partes processuais, o imputado. Logo, nada impede que o legislador excepcione ou restrinja o recurso da acusação, eis que este, diversamente do recurso defensivo, não foi previsto pelo ordenamento como um direito de matriz fundamental.

Por conseguinte, é fácil concluir que o recurso contra a sentença penal condenatória foi recepcionado no ordenamento nacional como uma garantia expressa, inerente à ampla defesa e, ainda, exclusiva do imputado.

2.2.2.2 A garantia de recurso como mecanismo de reforço da presunção de inocência

Finalmente, alguns autores propõem que o recurso contra a sentença penal condenatória, por ensejar um reexame dos fundamentos que permitiram alcançar a conclusão sobre a culpa do imputado, apresentar-se-ia como um mecanismo de reforço da presunção de inocência e, portanto, como uma decorrência desta garantia.

A presunção de inocência, no ordenamento nacional, encontra-se prevista no inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ademais, trata-se de garantia prevista pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8.2, e no art. 14.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os quais, em uma redação muito próxima, determinam que se presuma a inocência da pessoa acusada “[...] enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

As fontes normativas se complementam, já que a Constituição Federal menciona o estado de inocência, determinando que ele perdure até o trânsito em julgado da sentença

¹²⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 257-258. Sobre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos humanos, cf.: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 166-169.

penal condenatória, ao passo que os textos convencionais exigem que o seu desfazimento se dê *legalmente*, o que impõe a exigência de que a culpa seja demonstrada nos estritos termos das regras procedimentais estabelecidas pelo ordenamento.

A presunção de inocência apresenta um conteúdo complexo. Inicialmente, pode-se dizer que, em termos singelos, a presunção de inocência assegura uma *regra de tratamento ao indivíduo*. Dessa forma, parte-se da premissa de que todo cidadão é inocente, sendo este o seu estado natural, restando impedido, desde logo, o uso de prisões sem natureza cautelar enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória. Ademais, enquanto *regra probatória*, cabe ao órgão de acusação, seja ele público ou privado, desfazer esse estado, demonstrando a culpa, a qual só poderá surtir efeitos se for observado o processo legal e após o trânsito em julgado. E, finalmente, como *regra de juízo*, tem-se que a presunção de inocência apresenta-se como *standard* probatório, de modo que a conclusão sobre a culpabilidade somente se torna legítima se escorada em um grau de certeza além de qualquer dúvida razoável¹²¹.

Pois bem.

Como dito acima, para uma parcela da doutrina, a garantia de recurso contra a sentença condenatória manifesta-se como um *instrumento de reforço da presunção de inocência*, tendo em vista exigir um *autêntico e completo reexame da sentença condenatória*, isto é, uma garantia que a reforça, tornando imprescindível que o órgão jurisdicional superior faça um controle sobre os fundamentos da condenação, analisando o conjunto probatório que ensejou o desfazimento do estado natural do indivíduo, a inocência, assim como a racionalidade de sua valoração.

A presunção de inocência, com efeito, seria “[...] a justificativa ética do segundo grau de jurisdição”¹²². Nessa linha de raciocínio, para Vinicius Gomes de Vasconcellos, o reexame integral da condenação deve ser entendido como aquele que resulta da análise sobre a legitimidade e a legalidade da persecução de forma ampla, o que “[...] deve envolver a análise do lastro probatório e da racionalidade de sua valoração para o rompimento da presunção de inocência”, de modo que se “[...] o juízo sobre os fatos a partir das provas é

¹²¹ Sobre o conteúdo da presunção de inocência, cf.: MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 424-427.

¹²² PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 136.

elemento central da tutela jurisdicional em âmbito penal, tornando-se requisito para a imposição do poder punitivo estatal”, “[...] o direito ao recurso sobre a condenação se concretiza como ponto de reforço da presunção de inocência no processo penal”¹²³. Na mesma toada, Gustavo Badaró pontua que “[...] 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”¹²⁴. Ainda, ao se insurgir contra a legitimidade do Ministério Público para recorrer da sentença absolutória, Ricardo Jacobsen Gloeckner aduz que “[...] está em jogo o próprio princípio da presunção de inocência. Com efeito, seria possível se dizer que a condenação obtida em segunda instância seria uma decisão livre de qualquer dúvida sobre a culpabilidade do acusado?”¹²⁵ Haveria, pois, uma íntima relação entre a garantia de recurso

¹²³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 113-114.

¹²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73.

¹²⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral de impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul./dez. 2014, p. 199-200.

contra a sentença penal condenatória e a presunção de inocência¹²⁶, não restando “[...] ao processo penal quanto à natureza jurídica a ser imputada aos recursos, senão a de garantia. Uma garantia que permite a defesa continuar a afirmar sua inocência”¹²⁷.

Nesse contexto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos frisou que “[...] o acesso a um recurso que outorgue a possibilidade de uma revisão integral da decisão condenatória, *confirma o fundamento e dá maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado*, e, ao mesmo tempo, oferece maior segurança e tutela aos direitos do condenado” (grifamos)¹²⁸. Partindo dessa lógica, pode-se concluir que o recurso interposto contra a sentença condenatória apresenta-se como *uma condição de validade* para que a sentença

¹²⁶ Haveria, ainda, uma íntima relação do recurso contra a sentença condenatória com a garantia da motivação das decisões. A esse propósito, como frisou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Amrhein e outros vs. Costa Rica*, “[...] o valor da motivação como garantia [...] é proporcionar a possibilidade, nos casos em que as decisões são recorríveis, de criticar a resolução e obter um exame da questão perante as instâncias superiores. Desse modo, a Corte já assinalou que ‘a motivação da decisão é condição de possibilidade para garantir o direito de defesa’. Sem embargo, a Corte também apontou que o dever de motivação não exige uma resposta detalhada a cada argumento das partes, senão que pode variar segundo a natureza da decisão e que deve ser analisado, em cada caso, se a referida garantia foi satisfeita. No âmbito penal, como garantia do imputado, destina-se também a assegurar o princípio da presunção de inocência, já que permite àquele que se veja submetido ao poder penal do Estado compreender as razões pelas quais foi possível concluir sobre a imputação e a responsabilidade penal, assim como a apreciação das provas para desvirtuar qualquer hipótese de inocência e somente assim poder confirmar ou refutar a hipótese acusatória. Tudo isso permitiria desvirtuar a presunção de inocência e determinar a responsabilidade mais além de qualquer dúvida razoável, assim como possibilitar o exercício da defesa por meio da faculdade de recorrer contra a condenação (CtIDH, caso *Amrhein e outros vs. Costa Rica*, sentença de 25/4/2018, §§ 269-270, tradução livre: “[...] el valor de la motivación como garantía [...] es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que “la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa”. Sin embargo, la Corte también ha referido que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha. En el ámbito penal, como garantía del inculpado, se dirige también a asegurar el principio de presunción de inocencia, ya que permite a quien se ve sometido al poder penal del Estado comprender las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria. Lo anterior, permitiría desvirtuar la presunción de inocencia y determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, así como posibilitar el ejercicio de la defensa a través de la facultad de recurrir el fallo condenatorio”). No mesmo sentido: CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32, § 49: “O direito ao reexame da condenação somente pode ser exercido efetivamente se a pessoa declarada culpada tem o direito a tomar conhecimento de uma decisão devidamente motivada e por escrito no órgão de primeira instância [...]” (tradução livre: “El derecho a la revisión del fallo condenatorio sólo puede ejercerse efectivamente si la persona declarada culpable tiene derecho a acceder a un dictamen debidamente motivado y por escrito en el tribunal de primera instancia [...]”).

¹²⁷ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal*: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 43.

¹²⁸ CtIDH, caso *Mohamed vs. Argentina*, sentença de 23/11/2012, § 97, tradução livre: “[...] el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado”. No mesmo sentido: CtIDH, caso *Amrhein e outros vs. Costa Rica*, sentença de 25/4/2018, §§ 269-268.

possa transitar em julgado¹²⁹. Tanto que tal recurso possui efeito suspensivo (CPP, art. 597), cabendo ao juiz decidir, “[...] fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta” (CPP, art. 387, § 1º)¹³⁰.

Em síntese: a garantia de recurso também teria como um de seus fundamentos a presunção de inocência, visto que a necessidade de reexame da sentença condenatória pela instância superior seria uma forma de reforçá-la.

¹²⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral de impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul./dez. 2014, p. 199. No mesmo sentido, Rubens R. R. Casara frisa que “A condenação, portanto, dependerá de um duplo juízo de reprovabilidade, sempre que o indivíduo, inconformado, recorrer da primeira decisão” (CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 508).

¹³⁰ O Estatuto de Roma, todavia, adota uma lógica inversa. Segundo o disposto no art. 81.3.a do Estatuto de Roma, “Salvo decisão em contrário do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, o condenado permanecerá sob prisão preventiva durante a tramitação do recurso”. Percebe-se, dessa forma, que a manutenção da prisão preventiva é um efeito automático da sentença, exceto se houver decisão em sentido oposto. Ademais, mesmo no caso de absolvição, o imputado poderá ser mantido encarcerado cautelarmente, de acordo com o art. 81.3.c.i do Estatuto de Roma, assim redigido: “Em circunstâncias excepcionais e tendo em conta, nomeadamente, o risco de fuga, a gravidade da infração e as probabilidades de o recurso ser julgado procedente, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, a requerimento do Procurador, ordenar que o acusado seja mantido em regime de prisão preventiva durante a tramitação do recurso”. A distinção de tratamento se justifica em razão da lógica que inspira a formatação e o funcionamento do sistema penal internacional e, justamente por isso, não pode ser replicada para o ordenamento interno. Com efeito, o escopo do legislador internacional foi evitar que os crimes internacionais escapassem da atuação do poder punitivo internacional, encerrando a onda de impunidade nessa matéria, como prevê o Preâmbulo ao Estatuto de Roma: “Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional, decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes”. É por esse motivo, por exemplo, que o Estatuto de Roma não proíbe, de forma taxativa, a utilização de provas ilícitas (ER, art. 69.8). A esse propósito, em estudo específico sobre o uso da prova ilícita no processo penal internacional, mas que pode servir para compreender o ideal que inspira a referida distinção de tratamento, Marcos Zilli anota que “O modelo proposto pelo ER pode soar estranho, e até mesmo repulsivo, para aqueles familiarizados com uma dimensão mais taxativa quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas. Mas ele não deixa de ser válido dentro da lógica em que está inserido. Afinal, procura compor dois importantes valores que instigam o pensamento processual moderno, qual seja, a eficiência e o garantismo. Como aumentar a eficiência persecutória sem que tal implique à renúncia às garantias do justo processo? Não se pode estender tal modelo aos ordenamentos nacionais, até mesmo porque a Justiça Penal Internacional é de uma excepcionalidade ímpar” (ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord.). *Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 131-132). Trata-se, em síntese, de lógica que fundamenta e justifica um sistema processual excepcional e que, por essa razão, não pode servir de base para justificar igual tratamento em âmbito interno.

2.2.2.3 Conclusão parcial: o duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado

Os argumentos até aqui expostos evidenciam que o duplo grau de jurisdição pode ser visto sob duas perspectivas. De um lado, como um mecanismo de aprimoramento da justiça do caso concreto, lógica que informa a sua estruturação no processo civil. Em tal modelo, o recurso formata-se como uma garantia de ambas as partes: todos os litigantes poderão questionar a sentença de modo amplo, tanto em seus aspectos fáticos quanto jurídicos. Sob outro prisma, o duplo grau de jurisdição pode ser visualizado como uma garantia do imputado, hipótese em que “[...] o direito ao 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. De outro lado, o Ministério Público e a vítima não terão legitimidade recursal para impugnar a sentença absolutória quanto a questões de fato”¹³¹.

A opção entre um e outro modelo, por óbvio, não é discricionária.

O processo penal lida com o conflito entre a pretensão punitiva e a pretensão de liberdade, não se caracterizando pela disponibilidades dos interesses sob tutela processual e tampouco por uma relação de plena igualdade entre as partes. Isso significa que determinadas prerrogativas processuais podem ser conferidas única e exclusivamente ao imputado para que um tratamento paritário seja preservado. Assumindo o recurso contra a sentença penal condenatória a natureza de uma garantia processual fundamental, percebe-se que o segundo modelo de duplo grau de jurisdição é o único adequado para o processo penal. Como visto acima, o recurso é um elemento inerente à ampla defesa e serve como um mecanismo de reforço da presunção de inocência. Assim, “[...] a escolha entre um ou outro modelo não é mera opção técnica, fruto de escolha de política legislativa. 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”¹³².

Com isso, o recurso contra a sentença penal condenatória, sob a ótica do imputado, assume a natureza de uma garantia fundamental, derivada da ampla defesa e servindo de instrumento de ativação do duplo grau de jurisdição com o escopo de assegurar um controle

¹³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68.

¹³² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 69.

efetivo e integral sobre a sentença de condenação antes que se torne definitiva, reforçando, com isso, a presunção de inocência. Sua natureza jurídica é, pois, de garantia, eis que assume uma relação de instrumentalidade em face da ampla defesa, já que é um dos seus instrumentos de exercício, assim como em face da presunção de inocência, haja vista que atua como um mecanismo para reforçá-la.

Por isso, como resume Vinicius Gomes de Vasconcellos, o recurso, enquanto garantia do imputado, consiste na possibilidade “[...] de submeter, por sua iniciativa, sem exceções, a decisão condenatória à revisão por órgão judicial diverso (preferencialmente superior em hierarquia e necessariamente composto por julgadores distintos), capaz de reexaminar de modo integral e, eventualmente, de reformar a sentença, antes do início de sua execução, visando ao controle da sua suficiência e legalidade para o desvirtuamento da presunção de inocência por meio de revisão ampla do juízo de primeiro grau, o que autoriza a verificação da existência lícita e da racional valoração do lastro probatório incriminatório além da dúvida razoável (controle do *in dubio pro reo*)”¹³³. Na mesma linha, Leonardo Costa de Paula enfatiza que “O segundo grau de jurisdição é, portanto, a garantia individual, assegurada constitucional e convencionalmente, do jurisdicionado a fim de submeter o processo a reanálise judicial [...]” e, assim, “O recurso, no processo penal brasileiro, deve ser entendido como o instrumento técnico, necessariamente efetivo, que materializa a garantia da pessoa no acesso ao segundo grau de jurisdição [...]”¹³⁴.

Finalmente, fixada a premissa de que o duplo grau de jurisdição é uma garantia exclusiva do imputado e de que o recurso, seu mecanismo de ativação, é um elemento inerente à ampla defesa e funciona como mecanismo de reforço da presunção de inocência, tem-se como inadmissível que a instância superior se abstenha de conhecer alegações e matérias favoráveis ao imputado sob o argumento da proibição da supressão de instância. A uma, porque se trata de garantia do imputado e, portanto, não se pode adotar uma interpretação que lhe diminua o alcance. A duas, porque, como sustenta Vinicius Gomes de Vasconcellos, “[...] há uma clara violação ao direito à prova e à ampla defesa, considerando-

¹³³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 195.

¹³⁴ PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019 p. 201.

se que a impugnação da condenação deve ser potencialmente ampla, o que envolve inclusive a possibilidade de apresentação de novas provas de inocência”¹³⁵.

Eis a concepção do duplo grau de jurisdição enquanto garantia exclusiva do imputado.

2.2.3 Paridade de armas e restrição ao recurso acusatório

Por força do art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, havendo disposição similar na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, arts. 8.2 e 24) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP, arts. art. 14.3 e 26). Tais previsões consagram o princípio da igualdade, embora não se busque, por óbvio, a *igualdade formal* ou *estática*, mas uma *igualdade material* ou *dinâmica*, ou seja, o princípio, com respaldo na tradicional fórmula de Rui Barbosa, determina que se confira igual tratamento àqueles que se encontrem em idêntica situação, legitimando-se, por outro lado, o estabelecimento de um tratamento díspar àqueles que estejam em situação distinta, na medida de suas desigualdades¹³⁶. Por esse

¹³⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 270.

¹³⁶ “A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam” (BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 39). Ainda que aparente ser clara, essa fórmula poderá conduzir o intérprete a situações em que restará evidenciada a sua insuficiência. De fato, não é o caso de contestar a validade da referida formulação, mas não se deve admiti-la como *ponto de chegada*, pois, consoante arguta observação de Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais?*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11, *grifos do autor*). É necessário, assim, delimitar a fórmula da igualdade e, para tanto, mostram-se insuperáveis as conclusões de Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo Bandeira de Mello, para constatar se uma determinada norma agride o referido princípio, o operador do Direito deverá ter em mente três questões, quais sejam, (a) o “fator de desigualação”, (b) a “correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diverso” e (c) a “consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21). Nas palavras do autor: “[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21).

motivo é que, entre outras aplicações, o princípio da igualdade justifica, no campo processual civil, a concessão de determinadas prerrogativas à Fazenda Pública¹³⁷.

Já no processo penal, a desigualdade entre as partes que ocupam os polos opostos da relação processual é a ela inerente e inconstetável. Um de seus polos é ocupado pelo Estado, responsável pelo exercício do poder punitivo e, para tanto, fazendo-se presente por meio de órgãos oficiais que contam com todo o aparelhamento necessário para desempenhar suas funções a contento. Ao passo que, no outro extremo, encontra-se o acusado, dependendo de suas próprias forças e do auxílio da defesa técnica, muitas vezes ineficiente e, nos casos em que deveria ser exercida por órgão mantido pelo Estado, carecendo da adequada estruturação¹³⁸. Por isso, como observa Mirjan R. Damaska, “[...] nas situações em que um agente público é a parte, especialmente em matéria penal, uma simetria processual integral raramente é atingida: o promotor de justiça não trabalha sob a ameaça de detenção e punição, não é chamado a depor (o que poderia colocar em perigo o seu controle sobre o processo), entre outros encargos semelhantes”¹³⁹. Por isso, é correto afirmar que “A igualdade de posições, no processo, entre autor oficial da persecução penal e acusado não existe como regramento. Não é possível que as partes formais tenham as mesmas armas, bem como não seria recomendável, e nenhuma vantagem traria a uma, ou a outra, a isonomia”¹⁴⁰.

Sendo assim, “[...] parece justo criar situações de desvantagem para o litigante superior: aos agentes públicos devem ser denegados alguns dos direitos processuais que são conferidos aos seus adversários privados”¹⁴¹. Logo, “[...] o princípio da igualdade, em relação aqueles que estão em posições opostas (acusação e defesa) é mitigado pelo *favor rei* e pelo *favor libertatis*, postulados básicos pelos quais o interesse do acusado goza de

¹³⁷ V., a propósito: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 31-38.

¹³⁸ Para citar um exemplo: a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, instituição criada em 2006 – portanto, 18 anos após a Constituição Federal de 1988 –, atualmente, conta com apenas 772 membros, não prestando atendimento em todas as comarcas do Estado, a despeito da Emenda Constitucional n. 80/2014.

¹³⁹ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University, 1986, p. 104, tradução livre: “[...] where a state official is a party, especially in criminal matters, full procedural symmetry is seldom attainable: the public prosecutor is not laboring under the threat of detention and punishment, conversion into the role of witness (which would imperil his control over the lawsuit), and similar burdens”.

¹⁴⁰ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137.

¹⁴¹ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University, 1986, p. 104, tradução livre: “[...] it seems fair to handicap the superior contestant: state officials should be denied at least some procedural rights that are accorded their private adversaries”.

prevalente proteção, no contraste com a pretensão punitiva”¹⁴². Com efeito, a igualdade entre acusação e defesa não demanda o estabelecimento de um idêntico tratamento entre as partes, mas, sim, um tratamento paritário, podendo o sistema processual conferir determinadas prerrogativas apenas à defesa, de modo a mitigar a estrutural deficiência que enfrenta em face da acusação. Ou seja, a paridade de armas não significa a exigência de conferir às partes exatamente as *mesmas armas*, mas os mecanismos necessários para que exista um *equilíbrio processual*, nivelando as desigualdades entre elas¹⁴³.

Daí por que “Quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas”¹⁴⁴, sendo inequívoco que “As diferenciações legais ou judiciais, na dinâmica do processo, que não carecerem de uma justificativa legítima, ferem o princípio da igualdade e do devido processo”¹⁴⁵. Eis a essência da paridade de armas, concluindo Renato Stanzola Vieira que o princípio “[...] existe não em medida ideal e rigorosamente idêntica entre as partes, mas se reflete a partir da justificativa constitucional da igualdade, observadas as distinções fáticas entre as posições assumidas no processo penal”¹⁴⁶.

Isso posto, parece razoável concluir que *a concessão de determinados instrumentos exclusivamente a uma das partes não fere, por si só, a paridade de armas*, desde que esse tratamento díspar esteja amparado em motivos legítimos e que possam ser justificados. E o

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo*: III série: estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 15-16.

¹⁴³ Interessante observar que, segundo entendimento do Tribunal Constitucional da Espanha, não podem ser conferidos maiores poderes recursais à acusação em detrimento da defesa, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, o Tribunal consignou que, em razão do direito à tutela judicial efetiva, consagrado no art. 24 da Constituição Espanhola, é exigível “[...] que todas as partes tenham as mesmas possibilidades de recorrer, de modo que, uma vez criado um recurso em nosso ordenamento – neste caso, o recurso de cassação – tal garantia processual deve estar a disposição de todas as partes” (TC da Espanha, sentença n. 27, julgado em 26/2/1986, tradução livre: “[...] que todas las partes del proceso penal tengan las mismas posibilidades de recurrir y, por lo tanto, que, una vez creado un recurso en nuestro ordenamiento -en este caso el recurso de casación-, tal garantía procesal haya de estar a disposición de todas las partes”). O referido precedente originou-se porque a legislação processual espanhola questionada permitia que o Ministério Público manejasse o recurso de cassação indiscriminadamente, ao passo que os imputados somente poderiam fazê-lo caso fossem condenados a uma pena privativa de liberdade superior a três anos.

¹⁴⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 48.

¹⁴⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 384.

¹⁴⁶ VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 356.

recurso contra a sentença penal condenatória, a garantia do duplo grau de jurisdição, insere-se justamente nessa lógica¹⁴⁷.

Ora, o art. 5º, LV, da Constituição Federal, o art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, normas que positivam a garantia processual *sub examine*, deixam evidente que o seu titular é o imputado e, por isso, não faria sentido utilizar tais preceitos normativos para, sob o pretexto de preservar a isonomia processual, conferir igual direito ao acusador¹⁴⁸. As normas em questão são normas de proteção ao imputado e, por isso, não podem ser interpretadas em seu prejuízo ou a pretexto de conferir mais poderes ao acusador¹⁴⁹. Em reforço, frise-se que, especificamente no caso dos preceitos internacionais, impõe-se a sua interpretação “[...] à luz de seu objetivo e finalidade” (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados/1969, art. 31.1, promulgada no ordenamento nacional pelo Decreto n. 7.030/2009), de forma que, em se tratando de um tratado de proteção dos direitos humanos, a sua exegese não pode ser

¹⁴⁷ Nesse sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 76.

¹⁴⁸ É a deturpada interpretação de MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 170: “O direito ao recurso que o artigo 14.5 do Pacto reconheceu ao condenado não pode ser interpretado isoladamente, senão que há de integrar-se no sistema espanhol. Para esse, a igualdade de partes é inerente à natureza do processo, de modo que concedido pelo Pacto o direito a uma delas, da mesma Constituição há de derivar-se a concessão desse mesmo direito a todas as partes” (tradução livre: “El derecho al recurso que reconoce al condenado el artículo 14.5 del Pacto no puede interpretarse aisladamente, sino que ha de integrarse en el sistema español. Para éste la igualdad de las partes es consustancial a la naturaleza del proceso, de modo que concedido por el Pacto el derecho a una de ellas, de la misma Constitución ha de derivarse la concesión de esos mismo derecho a todas las partes”).

¹⁴⁹ “[...] o duplo grau de jurisdição é uma garantia e estas são previstas em favor dos cidadãos, não em prol dos órgãos do Estado; a concessão do poder de recorrer ao Ministério Público consiste em uma discricionariedade exercida pelo legislador” (SOLIMINE, Marcelo A.; PIROZZO, Jorge A. *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 197, tradução livre: “[...] a ‘doble instancia’ es una ‘garantía’ y ellas se encuentran previstas a favor de los ciudadanos y no respecto de los órganos del Estado; al ser el otorgamiento de la facultad de impugnar al Ministerio Publico Fiscal una potestad que ejerce el legislador”). No mesmo sentido: “A previsão do segundo grau de jurisdição está definida e fundamentada, desse modo, na Convenção Americana de Direitos Humanos. O artigo 8º (o qual define quais as garantias judiciais o Estado está obrigado a assegurar), em seu item, trata das pessoas acusadas e dispõe que toda pessoa tem a garantia mínima de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Este é o sentido mínimo que se pode extrair do Pacto. De tal medida é indispensável perceber que a ‘natureza jurídica’ do recurso, portanto, só pode ser a de garantia judicial da pessoa. [...]. O Pacto, em momento algum, definiu que o recurso é garantia da sociedade contra o acusado. A previsão expressa dita justamente o contrário, afirmando que essa é somente uma garantia judicial da pessoa. Essa interpretação deve ser associada, ainda, à obrigatoriedade de preservação do duplo conforme” (PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 178 e 181).

outra senão a proteção do indivíduo. A despeito disso, não parece correto invocar tais previsões para excluir *ipso facto* o poder recursal do órgão acusatório¹⁵⁰.

Nesse sentido, referindo-se ao art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Vinicius Gomes de Vasconcellos pontua ser “[...] importante distinguir o reconhecimento do direito ao recurso somente ao acusado (e, portanto, não ao acusador) de uma proibição expressa à impugnação sobre a absolvição. Embora esta se imponha por motivos de outras ordens, pensa-se que o texto convencional não apresenta tal clara interdição exclusivamente em razão do reconhecimento do direito ao recurso sobre a condenação”¹⁵¹. Da mesma forma, abordando o art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Mario Chiavario pontua tratar-se de um direito exclusivo do condenado, salientando que, em virtude da forma como redigido, mostra-se legítima “[...] uma arquitetura do processo penal na qual não tenham lugar – ou tenham lugar em termos extremamente reduzidos – as possibilidade de impugnação do titular da ação penal”¹⁵².

Aliás, nem mesmo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Mohamed vs. Argentina* (sentença de 23/11/2012), ao interpretar o mencionado art. 8.2.h, em situação na qual o recurso de acusação mostrou-se prejudicial ao imputado, revertendo a absolvição anteriormente declarada, alcançou essa conclusão. Na verdade, por se tratar de uma garantia de natureza constitucional e convencional, o duplo grau de jurisdição deve sempre ser franqueado ao indivíduo condenado, de modo que *o recurso acusatório interposto contra a sentença absolutória poderá ser admitido pelo ordenamento processual, mas a sua*

¹⁵⁰ Em sentido oposto: PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa*: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 184: “A limitação necessária, portanto, do acesso ao segundo grau de jurisdição para o Ministério Público é pautada no estabelecimento do princípio da legalidade. Não há previsão constitucional nem convencional a legitimar o Ministério Público para recorrer de sentença penal condenatória ou absolutória”.

¹⁵¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal*: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 69.

¹⁵² CHIAVARIO, Mario. Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 21, n. 2, p. 467-500, abr./jun. 1978, p. 491-492, tradução livre: “[...] un’architettura del processo penale, nella quale non si facesse posto – o si facesse posto in termini estremamente ridotti – alle possibilità d’impugnazione del titolare dell’azione penale.” No mesmo sentido: MARTÍNEZ PARDO, Vicente José. El derecho al recurso en el proceso penal: la doble instancia penal - estudio doctrinal y jurisprudencial. *Revista Arazandi de Derecho y Proceso Penal*, p. 119: “O art. 14.5 do PIDCP configura a dupla instância como um direito de quem tenha sido declarado culpado da prática de um delito, porém não se exige que seja concedido igual direito à acusação quando o procedimento em primeira instância tenha sido encerrado com a prolação de uma sentença de absolvição” (tradução livre: “O art. 14.5 PIDCP configura la doble instancia como un derecho de quien ha sido declarado culpable de un delito, pero no exige que se conceda igual derecho a las acusaciones cuando la primera instancia haya acabado con sentencia absolutoria”).

utilização não poderá significar a irrecorribilidade da decisão condenatória, caso provida a impugnação. Por isso, parece absolutamente correta a ponderação de Edoardo F. Ricci, ao analisar o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e que também pode ser estendida ao art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aduzindo que “Não me parece, além disso, que o art. 14.5 do Pacto reclame verdadeiramente um duplo grau. A norma atribui o direito a um segundo julgado a quem tenha sido considerado culpado; e me parece que essa, segundo os casos, ou admita o julgamento em grau único ou reclame realmente uma dupla conformidade. A norma se satisfaz com o julgamento em grau único na hipótese de absolvição, porque garante a segunda instância apenas ao condenado. E reclama a dupla conformidade como premissa da pena porque garante um novo julgamento a quem tenha sido condenado pela primeira vez (pouco importa se por um primeiro ou segundo julgador)”¹⁵³.

O que fica evidenciado pelas normas retromencionadas, portanto, é que as possibilidades recursais do acusador e do imputado submetem-se a lógicas e fundamentos distintos.

Nesse diapasão, a existência de recurso em prol do acusador está submetida à política legislativa do Estado¹⁵⁴. Nada impede, pois, um julgamento em instância única: tal poderá ser instituído pelo legislador, tornando irrecorrível a sentença absolutória e, ao fazê-lo, não restará violada qualquer norma de estatura superior.

Dessa forma, a sistemática de tratamento entre as hipóteses de recurso do acusador e de recurso do acusado deverão ser distintas, visto que o acesso daquele ao órgão *ad quem* não encontra previsão em norma de estatura superior, estando sediado apenas na legislação

¹⁵³ RICCI, Edoardo F. Doppio grado di giurisdizione: principio del. *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto delle Enciclopedia Italiana, 1989, v. 12, p. 9, tradução livre: “Non mi pare del resto che l’art. 14, n. 5, del Patto richieda veramente il doppio grado. La norma attribuisce il diritto di un secondo giudizio a chi è stato giudicato colpevole; e mi pare che essa, secondo i casi, o si accontenti del grado unico o richieda addirittura una doppia confirme. Essa si accontenta del grado unico nell’ipotesi di assoluzione perchè garantisce un secondo giudizio solo al condannato. E richiede la doppia conforme come premissa della pena perchè garantisce un nuovo giudizio a chi è stato condannato una prima volta (poco importa se da un primo o da un secondo giudice)”.

¹⁵⁴ “[...] inexistente um direito fundamental ao recurso acusatório e, assim, descaracterizada a sua essencialidade como instituto inerente à dogmática processual penal, afirma-se que o cabimento de reexame sobre a absolvição seria opção de política processual, restando à discricionariedade do legislador de cada país” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 70). No mesmo sentido: SOLIMINE, Marcelo A.; PIROZZO, Jorge A. *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 197-198.

ordinária e, por isso, podendo sofrer restrições pelo legislador infraconstitucional¹⁵⁵. Além disso, é importante frisar que o recurso do acusador não poderá representar uma restrição à garantia de reexame da condenação por uma instância superior. Dito de outro modo: se o recurso do órgão acusatório for admitido pelo ordenamento processual e, na hipótese de ser provido, resultar na reforma de uma anterior sentença de absolvição, deverá ser assegurado ao imputado a possibilidade de obter um reexame da decisão em que tenha sido condenado por meio de um recurso de natureza ordinária, isto é, que permita o questionamento das questões de fato e de direito.

Isso posto, conclui-se que, por não estar sediada em normas superiores do ordenamento, a possibilidade de impugnação da sentença de absolvição não se impõe com a mesma intensidade para a acusação, quando comparada com o recurso defensivo contra a sentença de condenação¹⁵⁶. Pelo contrário, a irrecorribilidade da sentença absolutória ou o estabelecimento de restrições à sua impugnação não viola a Constituição Federal, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Todavia, uma vez admitido o recurso acusatório pelo ordenamento processual, esse deverá assegurar ao indivíduo o reexame da decisão condenatória proferida pelo órgão *ad quem*, caso provida a impugnação da acusação¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Nesse sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 59; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 44; CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 509. Em igual sentido, Maria João Antunes, sustenta que, em razão da opção constitucional em afirmar o direito de recurso como um elemento do direito de defesa, é constitucionalmente permitido excluir a legitimidade recursal da acusação, “[...] não havendo qualquer violação do princípio da igualdade, que a matéria dos recursos seja regulada de maneira diferente em relação ao arguido, por comparação com o assistente e o ministério público, designadamente quando a recorribilidade das decisões seja mais ampla relativamente ao primeiro [...]” (ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 200).

¹⁵⁶ “A partir da referida diferença na tutela da liberdade em razão da presunção de inocência, torna-se plenamente legítimo o incremento do poder do tribunal revisor para modificar uma condenação, em oposição aos rígidos limites que devem ser impostos para o reexame da absolvição” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 64).

¹⁵⁷ “[...] o cabimento de impugnação do acusador à absolvição não acarreta automaticamente a violação ao direito ao recurso do imputado, desde que também se autorize o reexame por iniciativa deste em todas as situações de condenação” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 69).

Nota-se, por conseguinte, que, no processo penal, *o recurso contra a sentença penal, a garantia do duplo grau de jurisdição, é exclusiva do imputado*¹⁵⁸.

Tal opção tem sua razão de ser.

De acordo com Geraldo Prado, *o escopo do reexame da condenação por uma instância superior é evitar que prevaleçam julgamentos injustos, afastando-se, com isso, o risco de condenação de inocentes*. Por isso, em princípio, a possibilidade de reexame da sentença deveria ser exclusivo da defesa. Se a acusação, com todo o seu aparato institucional, não logra convencer o magistrado que teve contato imediato com os elementos de prova do acerto de sua tese, não é razoável supor que o órgão *ad quem* “[...] que normalmente não terá 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”¹⁵⁹. Na mesma linha de raciocínio, Jaques de Camargo Penteado pondera que “[...] o Estado tem meios apropriados de provar o fato na esfera investigatória e durante a instrução processual, não lhe sendo imprescindível que, em todas as hipóteses, tenha direito ao reexame da questão fática pelo juízo superior. Pode alcançar a efetividade do processo sem o emprego sistemático do duplo grau de jurisdição” e, com isso, nada impede a limitação de seu “[...]”

¹⁵⁸ Em âmbito doutrinário, cf., entre outros: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 76; GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2010, p. 74; MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 142-148.

¹⁵⁹ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às idéias de Julio B. J. Maier. In: BONATO, Gilson (coord.). *Direito penal e direito processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 115. Na mesma linha, Rubens R. R. Casara afirma que, no Direito brasileiro, inexistente “direito” do órgão acusatório, público ou privado, ao duplo grau de jurisdição em matéria penal (CASARA, Rubens Roberto Rebello. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 508). Cf., ainda, GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 292: “[...] o recurso de uma sentença penal absolutória encontra base para ser abolido, ou restringido.” Cf. ainda: MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, v. 1. Na mesma direção, Luigi Ferrajoli refere-se ao duplo grau de jurisdição, na forma como consubstanciado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 14.5, como a *garantia a um duplo juízo sobre a condenação* e, sob outro prisma, *à definitividade da sentença absolutória de primeiro grau*, retirando o poder do órgão acusatório de impugná-la (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia: teoria della democrazia*. Roma: Laterza, 2007, v. 2, p. 382 e 464-465, nota 155).

acesso ao juízo superior, alterando-se a legislação infraconstitucional, pois o acusador não tem a garantia do duplo grau de jurisdição”¹⁶⁰.

Assim, por conta da ausência de consagração expressa do princípio do duplo grau de jurisdição no processo penal, nada impediria que o legislador ordinário tornasse as sentenças absolutórias irrecorríveis ou restringisse as suas hipóteses de questionamento. No entanto, Gustavo Badaró defende que o duplo grau de jurisdição deve ser assegurado a ambas as partes. Isso porque, por ensejar o controle do juízo de fato e da valoração da prova, o duplo grau de jurisdição é importante “[...] mecanismo epistêmico, que favorece a prolação de um correto juízo de fato como condição para a decisão justa”¹⁶¹. Logo, “[...] admitir o recurso contra o juízo de fatos somente de sentenças condenatórias errôneas, para transformá-las em absolvições justas, mas vedar o recurso de absolvições equivocadas, tornando-as imutáveis e, assim, impedindo um melhor juízo de fato como condição para a decisão justa é adotar uma solução claramente antiepistêmica”¹⁶². Justamente por isso, mas sem mitigar a lógica que inspira o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado no processo penal, Gustavo Badaró defende a criação de uma “apelação limitada” em favor do Ministério Pública para questionamento da sentença absolutória: tratar-se-ia de “[...] 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”¹⁶³.

Apesar disso, é incontestável que as declarações de direitos humanos asseguram o duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do cidadão e, assim, *a contrio sensu*, permitem ao legislador que restrinja ou elimine o recurso acusatório. Portanto, a opção por um modelo que consagre o duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado não é discricionária, encontrando embasamento em normas de estatuta superior que o estruturam como uma garantia inerente à ampla defesa e um mecanismo de reforço da presunção de inocência. A previsão do duplo grau de jurisdição, por via de consequência, ao

¹⁶⁰ PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 175-176.

¹⁶¹ BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 54.

¹⁶² BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 58.

¹⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 71.

menos do ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos, não está ligada a um fator epistêmico, mas, sim, à necessidade de proteção do indivíduo em face do arbítrio estatal. Não por outro motivo, essa lógica processual é reproduzida por alguns ordenamentos processuais.

A título exemplificativo, no plano do direito positivo, a Itália, por meio da Lei n. 46 de 2006, restringiu o direito de apelar da sentença absolutória pelo Ministério Público, passando o recebimento de sua impugnação a ser condicionado à produção de *prova nova definitiva*, isto é, elemento de prova capaz de embasar outra solução. A *Corte Costituzionale*, no entanto, entendeu pela inadmissibilidade constitucional da referida modificação, declarando a inconstitucionalidade da lei em questão, por ocasião Sentença n. 26/2007. No entendimento dos magistrados, a referida modificação revelou-se de caráter geral, já que abrange todos os fatos penais, carecendo de adequação e proporcionalidade e, com isso, estabelecendo um tratamento afrontoso à paridade de armas. Além disso, de acordo com a Corte Constitucional da Itália, o duplo grau de jurisdição afetaria ambas as partes, sendo certo que seu objetivo é reforçar um juízo de certeza, motivo pelo qual não faria sentido admitir o questionamento dos fundamentos que resultaram na culpabilidade do imputado, mas impedir a revisão dos fundamentos que ensejaram a declaração de sua inocência. Percebe-se, por conseguinte, que na visão da Corte Constitucional da Itália a justificação para a consagração do duplo grau de jurisdição tem base eminentemente epistêmica, não se formatando como uma garantia de proteção contra o arbítrio¹⁶⁴.

A proposta legislativa italiana não é absurda e pode ser justificada a partir da noção de justa causa. Se para a deflagração do processo penal é imprescindível a justa causa (CPP, art. 395, III) – entendida como um lastro probatório mínimo que sustente a imputação –, por questão de coerência, para o recebimento de um recurso de acusação interposto contra a sentença absolutória, com muito mais razão seria necessária a demonstração da “justa causa

¹⁶⁴ “[...] se o duplo grau visa a reforçar um juízo de certeza, ele não pode deixar de referir-se sobre os diversos fundamentos decisórios que o primeiro grau pode alcançar: aquele de culpabilidade, certamente, mas, evidentemente, também aquele – oposto – de inocência” (Corte Constitucional da Itália, sentença n. 26/2007, tradução livre: “[...] se il doppio grado mira a rafforzare un giudizio di ‘certezza’, esso non può non riflettersi sui diversi approdi decisorii cui il giudizio di primo grado può pervenire: quello di colpevolezza, appunto, ma, evidentemente, anche quello – antitetico – di innocenza”). Já na França, por meio da Lei n. 516/2000, houve supressão ao direito de recorrer do órgão de acusação e, posteriormente, mediante a Lei n. 307/2002, atribuiu-se ao *procureur générale* a possibilidade de interpor recurso de apelação destinado à *Cour d’appel* contra as sentenças absolutórias da *cour d’assises* (SOUZA, Alexander Araujo de. A supressão do recurso criminal do Ministério Público em caso de absolvição do acusado: quando Ferrajoli si è sbagliato. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e modelo garantista*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 576-577).

recursal”. Ora, encerrada a instrução, produzidos em contraditório judicial todos os elementos de prova que o Ministério Público reputava necessários para demonstrar a tese acusatória, o magistrado, ainda assim, não se considerou capaz de proferir uma sentença de condenação. Isso significa dizer que, em comparação com os requisitos necessários para a instauração de um processo penal, o recebimento de um recurso contra a decisão absolutória é situação menos rigorosa, em que pese já haver uma manifestação judicial sobre a insuficiência ou inexistência de provas para se proferir uma condenação¹⁶⁵. A situação é absurdamente ilógica, pois, como explicita Tiago Bunning Mendes, a decisão absolutória confirmaria a inocência do imputado para além de uma dúvida razoável, impedindo, por isso, o recurso acusatório¹⁶⁶. Por outro lado, evidentemente, essa lógica de raciocínio não se reproduziria nos casos em que a conclusão pela absolvição deu-se em decorrência unicamente de controvérsias jurídicas, a exemplo da absolvição pela atipicidade (CPP, art. 386, III).

Sob outro prisma, o direito espanhol adota uma linha intermediária de entendimento. Por influência da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal Constitucional Espanhol assentou que, se a condenação é oriunda da reforma de uma sentença absolutória, impõe-se a repetição das fontes pessoais de prova, única maneira de assegurar as garantias do devido processo legal ao acusado no novo julgamento¹⁶⁷. Essa exigência, por outro lado, é desnecessária nos casos em que se pretenda a reforma da sentença condenatória, eis que o recurso é uma garantia do imputado, também não sendo necessária a sua observância quando o recurso da acusação esteja centrado na discussão de questões jurídicas, a exemplo da classificação jurídica da conduta imputada¹⁶⁸. Com efeito,

¹⁶⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral de impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul./dez. 2014, p. 198.

¹⁶⁶ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 168.

¹⁶⁷ “[...] é introduzida a doutrina de que, em casos de apelação de sentenças absolutórias, quando ela se fundar na apreciação da prova, se não forem produzidas novas provas na apelação, o tribunal *ad quem* não pode revisar a valoração das produzidas na primeira instância, quando a imediação e a contradição forem inerentes a estas” (Tribunal Constitucional Espanhol, Sentença n. 167, julgado em 18/11/2002, tradução livre: “[...] se viene a introducir la doctrina de que en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediateción y la contradicción”).

¹⁶⁸ Para uma análise da doutrina formulada a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, cf.: GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 208-220.

desde a STC n. 167/2002, o Tribunal Constitucional da Espanha fixou tese no sentido de restringir o reexame fático-probatório nos casos de sentenças absolutórias¹⁶⁹.

De acordo com Décio Alonso Gomes, o Tribunal Constitucional da Espanha restringiu os poderes de revisão probatória do juízo *ad quem*, vedando uma diversa interpretação dos fatos sem renovação probatória, sendo que essa proibição estaria pautada pela garantia da imediação como fator epistemológico para que o julgador possa proceder a uma correta valoração das provas¹⁷⁰. Assim, estipulou-se que “[...] o órgão de apelação não pode operar uma modificação dos fatos provados que conduza à condenação do acusado depois de realizar uma diferente valoração da credibilidade das declarações do acusado, ofendidos ou testemunhas, na qual se fundamenta a modificação do relato de fatos provados e a conclusão condenatória, se tal modificação não vem precedida de um exame direito e pessoal dos acusados, ofendidos ou testemunhas, em um debate público, no qual se respeita a possibilidade de implementação do contraditório”¹⁷¹. É certo, ademais, que as sentenças absolutórias não se tornaram irrecorríveis, pois, conforme resume Cândido Conde-Pumpido Tourón, “[...] o respeito às valorações decorrentes da imediação e do contraditório não excluem a possibilidade de revisão fática das sentenças absolutórias. Apenas obriga a um esforço de delimitação do que efetivamente é a imediação, que não pode servir de mero

¹⁶⁹ Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença n. 167, de 18/9/2002. O Tribunal Constitucional assim resumiu a questão: “O problema aqui apresentado consiste, pois, em determinar se neste caso o órgão de apelação poderia proceder à revisão e corrigir a valoração que o órgão *a quo* efetuou das declarações do acusado, sem que se veja limitado pelos princípios da imediação e do contraditório. Ou, formulando em termos constitucionais mais diretos, a questão é saber se no conteúdo do direito fundamental a um processo com todas as garantias (art. 24.2 CE), entre as quais se integram as exigências da imediação e do contraditório, pode haver um limite para a revisão da valoração da prova pelo órgão chamado a decidir o recurso de apelação [...]” (tradução livre: El problema aquí y ahora planteado consiste, pues, en determinar si en este caso el órgano de apelación podía proceder a revisar y corregir la valoración y ponderación que el órgano judicial de instancia había efectuado de las declaraciones de los acusados, sin verse limitado por los principios de inmediación y contradicción. O formulando en términos de más directa constitucionalidad, la cuestión es si en el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), entre las que se integra la exigencia de inmediación y contradicción, puede encontrarse un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación [...]). Após fazer referência à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em especial ao caso Ekbatani, o Tribunal Constitucional Espanhol esclarece que “[...] é evidente que, de acordo com os critérios antes apontados, o respeito aos princípios da imediação e do contraditório, que formam parte do direito a um processo com todas as garantias, exigia que o juízo *ad quem* tivesse ouvido pessoalmente os demandantes, com o escopo de realizar essa valoração” (tradução livre: “[...] es evidente que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigía que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación”).

¹⁷⁰ GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 214-215.

¹⁷¹ GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 214.

pretexto, por exemplo, para justificar a falta de motivação da absolvição ou a irracionalidade da argumentação empregada”¹⁷².

Nos países que seguem a tradição da *common law*, a regra é a impossibilidade de questionamento da decisão absolutória. Isso porque, segundo explica Alexander Araujo de Souza, sendo “[...] poucos os feitos que, de fato, são julgados pelo *jury*, tais sistemas processuais primam por conferir soberania aos veredictos dos jurados, de maneira a impedir que essas decisões venham a ser questionadas por intermédio de impugnações recursais levadas a efeito pela acusação em caso de absolvição,” somando-se isso ao “[...] fato de os jurados não motivarem o veredicto, o que tornara ainda mais difícil a impugnação, em razão de não se ter conhecimento das razões que levaram os jurados a decidir pela absolvição”¹⁷³.

À guisa de conclusão, se o escopo do duplo grau de jurisdição, enquanto garantia exclusiva do imputado, é assegurar um reexame amplo e efetivo da condenação e, ao mesmo tempo, o sistema processual pode optar por conferir à acusação a possibilidade de questionar a decisão absolutória, algumas propostas intermediárias podem ser visualizadas:

a) estabelecer que a irresignação seja fundamentada unicamente no *error in procedendo* e, com isso, podendo resultar apenas no exercício do juízo rescisório pelo órgão *ad quem*, sem a reapreciação da matéria fático-probatória;

b) permitir o questionamento apenas da controvérsia acerca da matéria de direito;

c) autorizar a reapreciação da matéria fático-probatória, desde que se demonstre erro na apreciação dos elementos de prova e, com isso, devendo o julgamento ser convertido em diligência, conforme procedimento facultado pelo disposto no art. 616 do Código de Processo Penal, de forma que a decisão do órgão *ad quem* seja precedida de nova instrução;

d) exigir a renovação integral do juízo em sede recursal, o que faria com que a apelação ministerial fosse convertida em um *novum iudicium*, tornando o procedimento

¹⁷² CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. El derecho a la doble instancia penal presente y futuro: consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal. In: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. *Constitución y garantías penales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004. p. 56, tradução livre: “[...] el respecto a las valoraciones dependientes de la inmediación y contradicción no excluye la posibilidad de revisión fáctica de las sentencias absolutorias. Simplemente obliga a un esfuerzo de delimitación sobre lo que efectivamente es la inmediación, que no puede constituirse en ningún caso en un mero pretexto, por ejemplo, para justificar la falta de motivación de la absolución o la irracionalidad de la argumentación empleada”.

¹⁷³ SOUZA, Alexander Araujo de. A supressão do recurso criminal do Ministério Público em caso de absolvição do acusado: quando Ferrajoli si è sbagliato. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e modelo garantista*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 573.

recursal uma “segunda primeira instância”, como defende Vinicius Gomes de Vasconcellos: “[...] a possibilidade de reforma de uma absolvição com a condenação em segundo grau do imputado pela reavaliação do lastro probatório deve ser restringida, em razão do tensionamento com o princípio da imediação, o que demandaria a renovação integral do juízo em sede recursal para assegurar o pleno contato dos julgadores com os elementos probatórios de modo a permitir a superação da dúvida razoável”¹⁷⁴; ou

e) estender ao recurso acusatório a mesma lógica que inspira a apelação interposta contra a decisão do júri que seja manifestamente contrária à prova dos autos (CPP, art. 593, § 3º). Ou seja, a apelação somente poderia ser interposta quando a sentença absolutória fosse manifestamente contrária à prova dos autos e, uma vez admitido e provido o recurso, o tribunal determinaria a submissão do imputado a um novo julgamento, sendo que seria vedado à acusação interpor outro recurso com o mesmo fundamento. Submetido a novo julgamento, caso o imputado fosse condenado, a garantia ao duplo grau de jurisdição estaria resguardada, porque essa seria a primeira manifestação jurisdicional sobre a procedência da pretensão punitiva. Posteriormente, em caso de interposição do recurso contra a condenação, com o escopo de resguardar a imparcialidade no julgamento, a apelação defensiva deveria ser submetida à outra câmara do Tribunal, tendo em vista que os membros da câmara originária já se manifestaram sobre a improcedência da absolvição, eis que entenderam que os elementos de prova disponíveis nos autos não seriam suficientes para sustentá-la¹⁷⁵.

A opção brasileira é pela concessão da legitimidade recursal de maneira indiscriminada para o órgão acusatório nos casos da prolação de uma sentença de absolvição, ressalvado o procedimento do júri, em que o art. 593, III, do Código de Processo Penal, delimita a causa de pedir recursal, mas, ainda assim, trata-se de lógica que alcança o inconformismo de ambas as partes. Entretanto, na hipótese da interposição de recurso contra a sentença absolutória pelo Ministério Público, não há previsão de um recurso ordinário que possa ser manejado pelo imputado, caso sua absolvição seja revertida. Daí a violação à garantia do duplo grau de jurisdição: a violação dá-se não pela consagração do recurso

¹⁷⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 279-280.

¹⁷⁵ Proposta similar é formulada por: D'ALBORA, Nicolas F. Casación positiva, doble instancia y la necesidad de una reforma: comentario al informe 173/2010 de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos. *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, n. 12, dez. 2011, p. 2107.

acusatório, mas, sim, pela falta de previsão de um recurso defensivo que possa ser manejado contra o acórdão que reforme a sentença absolutória impugnada pelo acusador.

2.2.3.1 Recurso da acusação e proibição do *ne bis in idem*

Como visto acima, nada impede a abolição ou a restrição das hipóteses de recurso acusatório. Sob outro prisma, parcela da doutrina invoca a proibição do *ne bis in idem* para justificar a abolição do recurso acusatório contra a sentença de absolvição, ao argumento de que a interposição de um recurso pela acusação contra essa decisão ensejaria uma nova persecução penal pelo mesmo fato.

De início, devemos rememorar que a proibição do *ne bis in idem* é “[...] a garantia de que o indivíduo tem de que uma vez julgado, não o será, novamente, pelo mesmo fato”, estando fundamentada na regra da culpabilidade, a impedir “[...] que se aplique ao mesmo sujeito, pelo mesmo fato, uma sanção que exceda o limite proporcional de sua culpa” e na regra da segurança jurídica, a significar que “[...] não se admite num Estado Democrático de Direito a ameaça permanente de diferentes sanções (simultâneas ou sucessivas no tempo) pelo mesmo fato ao mesmo sujeito”¹⁷⁶.

Embora a Constituição de 1988 não a mencione expressamente, é possível extraí-la do art. 5º, XXXVI. Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8.4, menciona-a expressamente, dispondo que “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”¹⁷⁷. Por sua vez, o

¹⁷⁶ RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 230 e 237.

¹⁷⁷ Sobre o direito previsto no art. 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no caso *J. vs. Peru*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfatizou que resta configurada uma violação ao referido dispositivo quando: a) o imputado tenha sido absolvido; b) a absolvição tenha transitado em julgado; e c) o segundo julgamento esteja motivado nos mesmos fatos que ensejaram o primeiro julgamento (CtIDH, caso *J. vs. Peru*, sentença de 27/11/2013, § 262). Em acréscimo, registre-se que, na visão do Superior Tribunal de Justiça, caso seja configurado o *bis in idem*, isto é, caso o indivíduo efetivamente seja processado duas vezes pelo mesmo fato, deverá prevalecer a sentença que primeiro alcançar o trânsito em julgado (STJ, Sexta Turma, RHC 69.586-PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. Ac. Min. Rogerio Schietti Cruz, por maioria, julgado em 27/11/2018), posição igualmente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal (STF, Primeira Turma, HC 101.131, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 25/10/2011). Interessante observar, ademais, que a proibição do *ne bis in idem*, na visão do Supremo Tribunal Federal, não é uma garantia absoluta, podendo o indivíduo que teve a sua punibilidade declarada extinta com fundamento na apresentação de certidão de óbito falsa ser novamente processado (STF, Primeira Turma, HC 104.998, Rel. Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/12/2010). Além disso, no âmbito do Direito Penal Internacional, o Estatuto de Roma, art. 23.3, autoriza que o Tribunal Penal Internacional desconsidere a coisa julgada nacional. O escopo da norma foi assegurar o exercício da jurisdição suplementar do Tribunal Penal Internacional nos casos em que a coisa julgada nacional sirva como subterfúgio para evitar a responsabilização do agente por atos extremamente reprováveis.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no art. 14.7, estabelece que “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”. Nota-se, a esse propósito, que a previsão do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em comparação com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é de maior extensão, tendo em vista não restringir o alcance da garantia aos casos de absolvição; apesar disso, não há como negar que tanto o sujeito condenado como o absolvido “[...] não podem ser submetidos a novo processo, pelo mesmo fato, não importando qual o motivo da decisão final do processo, se o fato for o mesmo”¹⁷⁸.

A proibição do *ne bis idem*, portanto, é garantia que encontra previsão no ordenamento interno.

Partindo dessa importante garantia, Geraldo Prado defende a irrecorribilidade da sentença absolutória, ao sustentar que “[...] o réu estará sendo submetido a um segundo julgamento pelo mesmo fato, dessa vez no âmbito recursal e, de acordo com o Pacto Internacional dos Direitos Civis, como também de acordo com o Pacto de São José da Costa Rica, ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato”¹⁷⁹.

A posição de Ricardo Jacobsen Gloeckner não é diversa. Para justificá-la, o autor parte do pressuposto que a decisão absolutória, diversamente da decisão condenatória, já reúne todos os elementos necessários para se tornar definitiva. O recurso defensivo seria, pois, uma condição de validade para a sentença transitar em julgado, tanto que lhe é inerente o efeito suspensivo: seria paradoxal autorizar a execução de uma decisão que ainda não reúne os elementos mínimos para transitar em julgado. De outro lado, o recurso interposto contra a absolvição estaria muito mais ligado a uma atividade de rescisão do que a uma atividade recursal propriamente dita, visto que a decisão de absolvição já está apta, desde logo, a transitar em julgado. Por isso, ao Tribunal seria vedada a reforma da sentença de absolvição, somente podendo rescindi-la e determinando ao órgão *a quo* um novo julgamento, o que

¹⁷⁸ RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 231.

¹⁷⁹ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às idéias de Julio B. J. Maier. In: BONATO, Gilson (coord.). *Direito penal e direito processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 115.

significa dizer que o imputado seria submetido a uma nova persecução penal¹⁸⁰. E, por isso, “[...] a admissão do recurso do Ministério Público, em todo e qualquer caso, apenas torna indene a garantia da proibição da persecução penal múltipla [...]”¹⁸¹.

A despeito de sua originalidade, a tese esbarra na natureza jurídica do recurso, negando-o como um desdobramento do direito de ação, concepção que, aliás, é refutada por Ricardo Jacobsen Gloeckner, ao criticar a concepção bilateral dos recursos, isto é, a sua extensão a ambas as partes do processo penal. De fato, Ricardo Jacobsen Gloeckner afirma que a ação penal se extingue assim que recebida a denúncia e, por isso, o recurso acusatório interposto contra a sentença absolutória seria uma nova manifestação do exercício da ação penal¹⁸². Todavia, como já visto, o recurso é um desdobramento do direito de ação, justamente porque a sua interposição se faz no âmbito de uma relação processual em curso, prolongando o estado de litispendência e obstando a formação da coisa julgada. Não por outro motivo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Mohamed vs. Argentina*, rejeitando a tese ora mencionada, entendeu que o julgamento da apelação interposta contra a sentença de absolvição pelo órgão de acusação não viola a garantia do *ne bis in idem* (CADH, art. 8.4), porquanto o imputado não foi submetido a dois processos distintos envolvendo os mesmos fatos após já ter sido proferida decisão imunizada pela coisa julgada e que o tenha considerado inocente¹⁸³. O entendimento não parece equivocado, tendo em

¹⁸⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral de impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul./dez. 2014, p. 199-200.

¹⁸¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral de impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul./dez. 2014, p. 190. No mesmo sentido: “Como fica o direito ao duplo conforme ao se considerar que as chances recursais não aceitam, na prática, a produção nem revolvimento de matéria fática, no caso de conversão de absolvição em condenação? Não se resolve, justamente porque é um *bis in idem*, já que nesse caso a pessoa terá respondido duas vezes pelo mesmo fato, em dois graus de jurisdição [...]” (PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa*: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 192).

¹⁸² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral de impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul./dez. 2014, p. 199. No mesmo sentido: MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal*: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 190.

¹⁸³ “A Corte reitera que o princípio *ne bis in idem*, consagrado no art. 8.4 da Convenção, sustenta-se na proibição de um novo julgamento sobre os mesmos fatos que tenham sido objeto de sentença dotada da autoridade de coisa julgada. A Corte considera que o Sr. Mohamed não foi submetido a dois julgamentos ou processos judiciais distintos referentes aos mesmos fatos” (CtIDH, caso *Mohamed vs. Argentina*, sentença de 23/11/2012, § 125, tradução livre: “La Corte reitera que el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada. La Corte considera que el señor Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos”).

vista que os recursos são exercidos no mesmo processo, não se podendo falar, portanto, em persecução penal múltipla.

Assim, embora se defenda o duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado, não parece correto fazê-lo sob o argumento de que o recurso interposto pela acusação contra a sentença absolutória implicaria vulneração ao *ne bis in idem*.

2.2.4 Efeitos dos recursos nos processo penal

Tradicionalmente, é possível associar aos recursos dois efeitos: o efeito suspensivo e o efeito devolutivo, além de suas variantes. É necessário analisar, então, se tais efeitos apresentam alguma particularidade na seara dos recursos penais.

2.2.4.1 Efeito devolutivo (ou efeito atributivo)

A doutrina explica que “Todos os recursos têm efeito devolutivo, porque é de sua essência a remessa do que foi decidido a reexame de outro órgão jurisdicional”¹⁸⁴.

A gênese do efeito devolutivo está ligada à origem dos recursos enquanto mecanismos de controle burocrático. Como a jurisdição emanava diretamente do soberano que a delegava aos julgadores da época, a interposição do recurso lhe devolvia o conhecimento da matéria que foi apreciada pelo órgão delegado. Atualmente, no entanto, os recursos assumem a função de promover um controle do exercício do poder em prol do recorrente e não existe o exercício de uma jurisdição delegada para tanto, tendo em vista que a jurisdição é una. Por esse motivo, Thiago Bunning Mendes propõe uma revisão da expressão, frisando que “[...] não se trata de simples fetichismo à nomenclatura, mas justifica-se, principalmente, porque a ideia de jurisdição delegada e sua devolução demanda o controle da decisão independente de algum erro ou injustiça na decisão [...]”¹⁸⁵. Assim, mais correto seria abandonar a referida expressão, que poderia ser substituída, *v. g.*, por efeito atributivo, até porque a jurisdição, enquanto manifestação de um poder autônomo, é una e repartida entre os diversos órgãos que o compõem e partilham seu exercício.

¹⁸⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 338.

¹⁸⁵ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 91.

De qualquer forma, o efeito devolutivo, ou o efeito atributivo, deve ser analisado em duas vertentes, a extensão e a profundidade.

A extensão refere-se ao conjunto de questões que poderão ser examinadas pela instância superior, ao passo que a profundidade refere-se ao modo como essas questões serão examinadas. De acordo com a doutrina, a extensão do efeito devolutivo, ou atributivo, pode ser delimitada pelo pedido recursal, ao passo que, no que tange à profundidade, o órgão *ad quem* poderá levar em consideração tudo o que for relevante para o deslinde do julgamento¹⁸⁶. Todavia, a limitação da extensão do efeito devolutivo pelo pedido da parte (*tantum devolutum quantum appellatum*) parece fazer sentido apenas em relação ao recurso acusatório. A uma, porque o recurso defensivo interposto contra a sentença de condenação almeja reforçar a presunção de inocência do cidadão, de modo que admitir a sua restrição em decorrência do pedido formulado pela parte pode obstar esse escopo. A duas, porque a proibição da *reformatio in pejus* refere-se apenas ao recurso acusatório (CPP, art. 617), sendo possível afirmar que, em relação ao recurso defensivo, *a contrario sensu*, vigora a regra da permissão da *reformatio in melius*¹⁸⁷. E a três, porque “Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” (CPP, art. 654, § 2º), motivo pelo qual, ainda que o recorrente tenha restringido a sua irresignação, nada impediria o Tribunal de apreciar algum vício da decisão que não tenha sido apontado por ele. Tais argumentos evidenciam, portanto, que para o recurso defensivo a extensão do efeito devolutivo é irrestrita, afirmando Aury Lopes Jr., não por outro motivo, que “[...] o *tantum devolutum quantum appellatum* é, acima de tudo, uma limitação recursal ao acusador”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 338.

¹⁸⁷ Os dois argumentos iniciais foram apresentados por: MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 88-89. No sentido de que vigora a regra da permissão da *reformatio in melius*, cf.: LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1211.

¹⁸⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1215. Como resume Vinicius Gomes Vasconcellos: “[...] a devolução da matéria ocasionada pela interposição da apelação é ampla e integral, embora as impugnações defensivas estabeleçam o mínimo sobre o qual o Tribunal deve se pronunciar. Em sentido distinto, no recurso interposto pela acusação, vige invariavelmente a proibição da *reformatio in pejus*, de modo que o Tribunal fica vinculado às impugnações que possam piorar a situação do acusado” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 282). Em igual sentido: MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 88. Em âmbito jurisprudencial, extrai-se essa diretriz da Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, saliente-se que o efeito devolutivo apresenta duas características e que, por isso, não merecem abordagem separada, a saber: a) o *efeito extensivo*, que é a possibilidade de estender ao co-imputado os efeitos de uma decisão obtida em favor de outro recorrente, desde que não se fundamente em aspectos de ordem exclusivamente pessoal (CPP, art. 580), a exemplo da condição de ascendente ou descendente, que poderá resultar na isenção de pena do crime patrimonial praticado sem violência ou grave ameaça (CP, art. 180, I, c. c/ art. 183, I), tratando-se, pois, de questão ligada à amplitude do efeito devolutivo; e b) o efeito regressivo, também chamado de diferido ou iterativo, que é a devolução, ao próprio juízo que prolatou a decisão impugnada, do conhecimento da matéria questionada, de modo a ensejar o exercício do juízo de retratação¹⁸⁹, tal como no recurso em sentido estrito (CPP, art. 589).

2.2.4.2 *Efeito suspensivo: a inexistência de relação entre o direito à liberdade e o direito de recorrer*

O efeito suspensivo dos recursos refere-se à aptidão desses mecanismos de impedir que a decisão produza, desde logo, seus efeitos, obstando, portanto, a sua imediata execução. Trata-se de efeito que deriva não da interposição do recurso, mas, sim, da simples possibilidade de sua interposição: “[...] mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é *ainda* ineficaz, e a interposição apenas *prolonga* semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusesse o recurso”¹⁹⁰.

No âmbito do processo penal, a ideia de efeito suspensivo deve ser apreciada com muita cautela. Não é que se rejeite a noção de efeito suspensivo, mas é certo que se trata de noção que deve ser analisada em conjunto com a presunção de inocência, de modo a evitar a execução antecipada de uma pena que ainda não se tornou definitiva. Isso porque, em razão da presunção de inocência, a sentença penal condenatória somente poderá assumir plenos efeitos após o seu trânsito em julgado (CF, art. 5º, LVII; CADH, art. 8.2; PIDCP, art. 14.2), evidenciando, desde logo, que o estudo do efeito suspensivo merece um tratamento autônomo em comparação com sua análise no processo civil. Dessa forma, nota-se que o fato de o imputado permanecer preso, no caso de uma sentença de condenação, ou de ser

¹⁸⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 339.

¹⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. V, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 258, *grifos do autor*.

colocado em liberdade, na hipótese de sua absolvição e a despeito da interposição de um recurso pelo acusador, refere-se não à presença ou ausência do efeito suspensivo no recurso manejado pela parte, mas a saber “[...] se deve ou não ser tutelado o direito à liberdade ou se deve prevalecer o direito do Estado de assegurar a possível condenação e isso, em qualquer caso, independe da interposição do recurso”¹⁹¹, de modo que o problema, na verdade, “[...] não se refere aos efeitos do recurso, senão à incidência de outros pontos mais importantes e gerais, como o direito à liberdade, à presunção de inocência e suas manifestações e, por outro lado, ao direito do Estado de garantir, dentro dos limites legais, a possível execução após o recurso de apelação”¹⁹². Ou, como sintetiza Tiago Bunning Mendes, “[...] não é a concessão de efeito suspensivo que impede a execução da sentença, mas é a presunção de inocência que incide como efeito suspensivo sobre a sentença condenatória e qualquer pena a ela imposta até o trânsito em julgado”¹⁹³.

Por isso, as disposições que neguem o efeito suspensivo a determinados recursos devem sempre ser lidas à luz da presunção de inocência. Assim, por exemplo, o disposto no art. 59 da Lei de Drogas, ao determinar que “[...] o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória”, carece de sentido, eis que impõe a prisão preventiva independentemente de razões cautelares. O mesmo deve ser dito em relação à ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial (CPC, art. 995 c. c/ art. 1.029, § 5º), pois não obstante o regramento de tais modalidades impugnativas alcance o processo penal (CPP, art. 3º), é certo que as suas particularidades não podem ser mitigadas. E, ainda, em relação ao disposto no art. 492, § 4º, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.964/2019, ao prever que “A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo”, ressalvada a excepcional

¹⁹¹ MORENO CATENA, Víctor; DOMÍNGUEZ CORTÉS, Valentín. *Derecho procesal penal*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 523, tradução livre: “[...] si hay o no que tutelar el derecho a la libertad o si debe primar el derecho del Estado de asegurarse una posible condena, y ello, en cualquier caso, es independiente de la interposición del recurso”.

¹⁹² MORENO CATENA, Víctor; DOMÍNGUEZ CORTÉS, Valentín. *Derecho procesal penal*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 523, tradução livre: “[...] no es referible a los efectos del recurso, sino a la incidencia de otros puntos más importantes y generales, como el derecho a la libertad, la presunción de inocencia y sus manifestaciones y, por contra, el derecho del Estado a asegurarse, dentro de los límites legales, la ejecución posible tras el recurso de apelación”.

¹⁹³ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal*: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 99.

hipótese do § 5º, o qual exige, cumulativamente, que o recurso (a) não tenha escopo meramente protelatório e (b) levante “[...] questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão” (CPP, art. 492, § 5º, II).

Dessa forma, ainda que ao imputado possa ser negado o direito de recorrer em liberdade, é inquestionável que tal limitação de sua liberdade assume natureza cautelar, não podendo ser imposta como uma mera decorrência da prolação de uma sentença de condenação. Em virtude da presunção de inocência, a prisão preventiva, independentemente do momento em que seja decretada, não perde sua natureza cautelar. A Constituição Federal, aliás, é expressa ao assegurar que, salvo a hipótese de flagrante, a decretação da prisão impõe “[...] ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]” (CF, art. 5º, LXI). Não por outro motivo, o § 1º do art. 387, incluído no Código de Processo Penal pela Lei n. 12.736/2012, estipula que, ao proferir uma condenação, “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”.

Por sua vez, no rito dos crimes dolosos contra a vida, o art. 492, I, *e*, em alteração promovida no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/2019, preceitua que proferida sentença de condenação, o magistrado “mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”. Percebe-se, em face do que foi exposto até o presente momento, que a parte final do referido dispositivo padece de inquestionável inconstitucionalidade, eis que, ao permitir o encarceramento independente de qualquer hipótese de cautelaridade, autoriza a execução antecipada da pena nos casos condenações a pena igual ou superior a 15 anos de reclusão¹⁹⁴.

Em síntese: no processo penal, o efeito suspensivo do recurso deve ser lido à luz da presunção de inocência, filtrando-se eventuais disposições que o neguem aos recursos

¹⁹⁴ Defendendo a inconstitucionalidade da referida alteração, cf.: DEZEM, Guilherme Madeira. Alterações no Código de Processo Penal (art. 3º), na Lei de Normas Procedimentais perante STF e STJ (art. 16) e no Código de Processo Penal Militar (art. 18). In: DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 141-142.

defensivos, para que, dessa maneira, seja evitada a imposição de prisão como uma simples decorrência da condenação, o que significa dizer, sob outro prisma, que a prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sempre poderá ser imposta, desde que embasada em motivos cautelares.

2.2.4.2.1 A execução antecipada da pena

A questão acima debatida, no entanto, assume especial relevo em razão da recente corrente jurisprudencial que passou a admitir a execução antecipada da pena, assunto que se mostra de especial relevância para este trabalho, tendo em vista a possibilidade de imediata expedição de mandado de prisão nos casos de condenações, em sede recursal ou originária, pelos tribunais, em que pese não ter sido assegurado a garantia de recurso contra a sentença condenatória.

Inicialmente, deve-se registrar que, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da presunção de inocência, estabelecendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, art. 5º, LVII), o Supremo Tribunal Federal admitia a execução antecipada da pena¹⁹⁵. posição que foi seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo elucidativo o teor de sua Súmula n. 267: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”. Foi paradigmático, no entanto, o julgamento do *habeas corpus* n. 84.078, ocasião em que Supremo Tribunal Federal passou a entender que a prisão, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória, somente poderia

¹⁹⁵ A título exemplificativo, cf.: STF, Segunda Turma, HC n. 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 23/5/2000; STF, Primeira Turma, HC n. 72.610, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 5/12/1995.

assumir feição cautelar, sendo vedada, portanto, a execução antecipada¹⁹⁶. Pelo mesmo motivo, o Supremo julgou inconstitucional o art. 21 do Estatuto do Desarmamento, que vedava a concessão da liberdade provisória relativamente a determinados tipos penais previstos nessa lei¹⁹⁷. Sob outra ótica, o Tribunal passou a admitir a execução provisória da pena, isto é, a incidência de direitos típicos da execução penal ao preso provisório (LEP, art. 2º, parágrafo único), tal como a progressão de regime, conforme fixado em sua Súmula n. 716: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

O tema, no entanto, voltou ao debate por conta do julgamento do *habeas corpus* n. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/2/2016, momento em que o Supremo Tribunal Federal, ainda que de maneira não unânime, mas por meio de seu Plenário, passou a admitir a execução antecipada da pena. Posteriormente, em decorrência do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, o tema foi revisto e, então, a execução antecipada da pena passou a ser proscrita.

Um dos principais argumentos para a admissão da execução antecipada da pena consiste na ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais (CPC, art. 995 c. c/ art. 1.029, § 5º c. c/ art. 27, § 2º, da revogada Lei n. 8.038/1990 e art. 637 do CPP). Ocorre que,

¹⁹⁶ STF, Tribunal Pleno, HC n. 84.078, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 5/2/2009. Conforme noticiado no Informativo n. 534, eis a síntese do raciocínio que conduziu ao posicionamento que prevaleceu: “Ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, concedeu *habeas corpus*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tratava-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do STJ que mantivera a prisão preventiva do paciente/impetrante, ao fundamento de que os recursos especial e extraordinário, em regra, não possuem efeito suspensivo [...]. Salientou-se, de início, que a orientação até agora adotada pelo Supremo, segundo a qual não há óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo, deveria ser revista. Esclareceu-se que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, artigos 105, 147 e 164), além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP, que estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença. Asseverou-se que, quanto à execução da pena privativa de liberdade, dever-se-ia aplicar o mesmo entendimento fixado, por ambas as Turmas, relativamente à pena restritiva de direitos, no sentido de não ser possível a execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Aduziu-se que, do contrário, além da violação ao disposto no art. 5º, LVII, da CF, estar-se-ia desrespeitando o princípio da isonomia”.

¹⁹⁷ Ementa: “[...] Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente. [...]” (STF, Tribunal Pleno ADI n. 3.112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 2/5/2007).

como já dito, em razão da presunção de inocência, a noção de efeito suspensivo deve ser apreciada com muita cautela no processo penal. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, não por outro motivo, apontam para a necessidade de interpretar o efeito suspensivo à luz da presunção de inocência: “[...] pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não-culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). O efeito suspensivo dos recursos extraordinários, com relação à aplicação da pena, deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária (art. 637 CPP) ser revistas à luz da Lei Maior”¹⁹⁸.

Ainda em favor da execução da antecipada da pena, argumenta-se que a presunção de inocência, diante da sua natureza principiológica, poderia e deveria ser sopesada com outros princípios. Trata-se de argumento que atribui à presunção de inocência a natureza normativa de um princípio, tornando possível o seu sopesamento, conforme a lição de Robert Alexy e Ronald Dworkin, ao abordarem as espécies normativas. Entretanto, a forma como redigido o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, torna inquestionável a sua consagração normativa como uma regra, eis que escrito em termos fixos e rígidos, de modo a não admitir qualquer tipo de flexibilização. Como esclarece, a propósito, Tiago Bunning Mendes: “[...] ou se é inocente ou já se restou declarado culpado. A única possibilidade de afastar a presunção de inocência está expressamente prevista na mesma norma que lhe garante: trata-se do trânsito em julgado da sentença condenatória, que não flexibiliza, mas elimina a inocência, substituindo-a pela culpa”¹⁹⁹.

Em adição, para justificar a execução antecipada da pena, sustenta-se que os instrumentos utilizados para o debate jurídico nos tribunais superiores – os recursos excepcionais e o *habeas corpus* – seriam de restrita cognição, não admitindo o questionamento de matéria fática. A imprecisão entre a distinção de “questão de fato” e “questão de direito” será enfrentada oportunamente. Mas é certo que, mesmo que se admita a legitimidade do argumento, muitos aspectos de dosimetria de pena e de fixação do regime

¹⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

¹⁹⁹ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 109.

inicial são questionados por tais instrumentos, resultando na melhora da situação jurídica do imputado e, por isso, “É indiferente a natureza da devolutividade dos recursos especial e extraordinário, porque se caracterizam justamente por sua capacidade de modificar o conteúdo da decisão condenatória, seja qual for a probabilidade de seu provimento”²⁰⁰, tornando inseguro admitir a execução de sua pena enquanto ainda pendente a possibilidade de alguma alteração.

Não por outro motivo, levantamento feito pela *Folha de São Paulo* revelou que as Defensorias Públicas obtêm êxito em 48% dos casos perante o Superior Tribunal de Justiça – na Defensoria Pública do Estado de São Paulo, esse índice, especificamente em relação à impetração de *habeas corpus*, é de 62%, conforme levantamento feito pela Instituição –, ao passo que perante o Supremo Tribunal Federal o índice de reforma é de 5%²⁰¹. Tal constatação evidencia, de maneira inquestionável, que não há segurança jurídica para o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E, de qualquer forma, mesmo que a taxa de sucesso não fosse expressiva, a opção pela presunção de inocência é reveladora de uma escolha pela proteção dos inocentes, ainda que à custa da absolvição de algum culpado, motivo pelo qual a necessidade de aguardar o trânsito em julgado para começar a execução da pena estaria justificada mesmo que se tivesse alcançado um só caso de reforma da decisão dos tribunais inferiores.

Frise-se, finalmente, que a admissão da execução antecipada da pena é contrária à jurisprudência da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos acerca do tema. Com efeito, ao interpretar o art. 8.2 c. c/ o art. 7.5, ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, A Corte Interamericana estabeleceu que: “[...] a regra geral deve ser a liberdade do imputado enquanto se resolve acerca de sua responsabilidade, já que este goza de um estado jurídico de inocência que impõe ao Estado que o trate de acordo com a sua condição de pessoa não condenada. Este Tribunal assinalou que existe uma obrigação estatal de não restringir a liberdade do imputado além dos limites estritamente necessários para assegurar

²⁰⁰ PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa*: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 163-164.

²⁰¹ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>. Acesso em 6 nov. 2019. Por outro lado, levantamento efetuado por Thiago Bottino entre os anos de 2008 e 2012, revelou os seguintes índices de concessão de *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça em face destes Tribunais: a) TJ-SP: 31,9%; b) TJ-RS: 27,3%; c) TJ-RJ: 18,8%; d) TJ-MG: 13,7%; e e) TJ-DF: 11,2% (BOTTINO, Thiago. *Habeas Corpus* nos Tribunais Superiores: pontos para reflexão e debate. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 262, p. 2-4).

que ele não impedirá o desenvolvimento do procedimento nem impedirá a ação da justiça. Nesse sentido, a prisão preventiva deve cindir-se ao disposto no art. 7.5 da Convenção Americana, é dizer, não pode exceder um prazo razoável de duração, nem se prolongar além da causa que motivou sua decretação. Proceder de outra forma equivaleria a antecipar a pena, o que contraria princípios gerais de direito amplamente reconhecido, entre os quais, a presunção de inocência”²⁰².

Por tudo isso, é lamentável que, para alcançar sua conclusão sobre a possibilidade de execução antecipada da pena, alguns Ministros tenham sido “seduzidos” por um suposto sentimento social de maior efetividade do direito penal para a diminuição da impunidade, a exemplo dos Ministros Luiz Fux²⁰³ e Roberto Barroso²⁰⁴. Ao admitir a execução antecipada da pena, o Supremo Tribunal Federal pareceu olvidar-se que, no Estado de Direito, o Poder Judiciário “[...] não desponta somente como um poder direcionado à resolução de conflitos de interesse entre os jurisdicionados, mas como garantidor e distribuidor dos direitos fundamentais, inclusive contra o maior violador que é o próprio Estado”²⁰⁵. Com efeito, exercício das funções outorgadas ao Poder Judiciário não está escorado na representação popular e, por conseguinte, seus membros devem manter-se distantes dos anseios das

²⁰² CtIDH, caso Arguelles e outros vs. Argentina, sentença de 20/11/2014, §§ 130-131, tradução livre: “[...] la regla general debe ser la libertad del imputado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, ya que éste goza de un estado jurídico de inocencia que impone que reciba del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada. Este Tribunal ha señalado que existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, es decir, no puede durar más allá de un plazo razonable ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia”.

²⁰³ “São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o *anseio da população pela efetividade do direito penal*, não em uma dimensão meramente punitivista, mas em sua função democrática de garantia das normas mais relevantes para o convívio social” (STF, Tribunal Pleno, HC n. 152.752, julgado em 5/4/2018, voto do Ministro Luiz Fux, *grifos nossos*).

²⁰⁴ “O sistema penal brasileiro não tem funcionado adequadamente. A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria *confiança da sociedade na Justiça criminal*. Ao se permitir que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um *sentimento social de ineficácia da lei penal* e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos” (STF, Tribunal Pleno, ADC n. 43 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o Acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 05/10/2016, voto do Ministro Roberto Barroso, p. 9-10, *grifos nossos*).

²⁰⁵ PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. O Poder Judiciário no Estado de Direitos. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, jan.-fev.-mar. 2013, p. 204.

maiorias ocasionais, exercendo sua função contramajoritária²⁰⁶. E o que é pior: o Supremo Tribunal Federal parece desconhecer não só a realidade, visto que o Brasil, atualmente, possui a terceira maior população carcerária do mundo²⁰⁷, mas ignorar sua própria jurisprudência ao admitir o encarceramento de pessoas ainda não definitivamente condenadas em um sistema ao qual já foi associada, pelo próprio Supremo, a etiqueta do “estado de coisas inconstitucional”, tendo em vista a situação degradante dos presídios e a massiva violação de direitos humanos nos centros de detenção, aspectos que foram reconhecidos como estruturais²⁰⁸, contradição que serve para escancarar a irracionalidade do poder punitivo, eis que, ao mesmo tempo em que se reconhece a degradante situação dos presídios, admite-se que pessoas sejam presas para cumprir pena antes mesmo de que sua culpa tenha sido definitivamente comprovada.

De qualquer modo, após o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, o tema foi revisto, superando-se a possibilidade de execução antecipada da pena e, com isso, restaurando-se a presunção de inocência. Aguarde-se, assim, que, oportunamente, seja declarada a inconstitucionalidade da parte final do art. 492, I, e, do Código de Processo Penal, na redação que lhe conferida pela Lei n. 13.964/2019, por permitir a execução antecipada da pena.

2.3 Os fundamentos legislativos e a primazia da norma mais favorável

No direito processual brasileiro, a garantia do duplo grau de jurisdição pode ser extraída dos seguintes preceitos normativos: a) do art. 5º, LV, da Constituição Federal, que o consagra como um desdobramento da ampla defesa; b) do art. 8.2.h da Convenção

²⁰⁶ Como esclarece Antonio Magalhães Gomes Filho, os magistrados desempenham suas funções sem que recebam mandato popular e, por isso, a sua legitimação deriva *do modo* como exercem seu poder: “Por isso que nos regimes democráticos a legitimação dos membros do Judiciário – que não resulta da forma de investidura no cargo – só pode derivar do *modo* pelo qual é exercida sua função. Isso quer dizer que, para ser legítima, a atividade judiciária deve ser exercida em respeito às garantias da *justiça natural*, o juiz não age de ofício, nem em causa própria, e a sua decisão é um ato que nasce do diálogo *entre* as partes e *com* as partes, que são destinatárias da decisão” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 67, *grifos do autor*).

²⁰⁷ A população carcerária brasileira é constituída por 748.009 pessoas, conforme levantamento que leva em consideração o período de julho a dezembro de 2019. Além disso, chama atenção o número de pessoas encarceradas provisoriamente: 29,75%. Os dados são do Infopen: <[²⁰⁸ STF, Tribunal Pleno, ADPF n. 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015.](https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>”. Acesso em 25 maio 2019.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Americana sobre Direitos Humanos, que o prevê no contexto das garantias que devem compor o devido processo; e c) do art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual o assegura de forma autônoma.

A garantia em tela, portanto, encontra-se legislativamente sediada em diplomas superiores que tutelam direitos fundamentais e, por isso, faz-se necessária a análise dos atos normativos que embasam o seu reconhecimento, tendo em vista que, em se tratando de diplomas de tal natureza, na hipótese de antinomia normativa, a resolução do conflito deve guiar-se pela aplicação da norma mais favorável ao imputado. Sobre o ponto, conforme se infere do disposto no art. 29, *a e b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *c. c/* art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, e art. 5.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o critério para solução desse conflito é o da *primazia da norma mais favorável*, assumindo o grau hierárquico da norma aspecto secundário, como pontua André de Carvalho Ramos: “[...] nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para *limitar*, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional. Assim, caso haja dúvida na interpretação de qual norma deve reger determinado caso, impõe-se que seja utilizada a norma *mais favorável* ao indivíduo, quer seja tal norma de origem *internacional* ou mesmo *nacional*”²⁰⁹.

²⁰⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 149, *grifos do autor*. No mesmo sentido, esclarece Carlos Weis: “Como sistemas jurídicos paralelos [direito internacional e direito interno], ambos são aptos a gerar direitos subjetivos para as pessoas submetidas à soberania brasileira. E, sobrevivendo eventual conflito quanto ao sentido e alcance de um dado direito, no caso concreto, conforme se busque sua previsão num ou noutro sistema, tal se resolve não pela indagação de qual seja a norma ‘superior’, mas, sim, da que promova de forma mais ampla e eficaz o direito em questão [...]” (WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45). Cf., ainda: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação história dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74; MACHADO, Antonio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 197-198.

Segundo a doutrina, a primazia da norma mais favorável é uma consagração do *monismo internacionalista dialógico*²¹⁰. De acordo com essa vertente, a primazia é do direito internacional, porém, no caso de antinomia envolvendo preceitos normativos definidores de direitos humanos, prevalece a norma que tutele mais amplamente o direito. Dessa forma, para a resolução do conflito normativo em tela, decisivo não é a posição hierárquica da norma, mas o seu alcance protetivo. De acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli, *a superioridade ainda é da ordem internacional*, visto que a aplicação da normativa nacional, caso seja mais favorável do que a internacional, é concessão daquela ordem²¹¹, sendo importante frisar que o afastamento da norma menos protetiva não resulta na sua eliminação do ordenamento jurídico, eis que não se trata de um exame de validade da legislação, mas, sim, da comparação entre o alcance protetivo dos preceitos antinômicos²¹².

Desse modo, para identificar qual dos preceitos assegura uma proteção de maior alcance, faz-se necessária a análise comparativa das referidas previsões normativas, sendo possível constatar as seguintes diferenças:

a) *abertura à intermediação legislativa*: a previsão do art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em comparação com os demais atos normativos, é a única que

²¹⁰ Cf., sobre essa variação teórica do monismo, entre outros: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112-114. V., ainda, a lição de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que utiliza a expressão “cláusula de interpretação conforme” para referir-se a ela, assim a formulando: “Em termos gerais, poderíamos sintetizá-la como a técnica hermenêutica por meio da qual os direitos e liberdades constitucionais são harmonizados com os valores, princípios e normas contidos nos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelos Estados, assim como pela jurisprudência dos tribunais internacionais (e outras resoluções e fontes internacionais) para alcançar sua maior eficácia e proteção” (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juz mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 570, tradução livre: “En términos generales, podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”).

²¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 113.

²¹² Como resume Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “Não se trata simplesmente da imposição da norma internacional sobre a nacional, mas de um processo interpretativo de harmonização, o qual implica, inclusive, em algumas ocasiões, deixar de aplicar a primeira, ao resultar de maior alcance protetivo a norma nacional [...]” (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juz mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 571, tradução livre: “No se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional [...]”). Em igual sentido: BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, p. 206.

condiciona que o recurso seja exercido “[...] em conformidade com a lei”, o que, como já visto, não significa atrelar tal direito à previsão legal, eis que o seu fundamento é o próprio tratado, rejeitando-se, por conseguinte, uma ampla margem de apreciação ao Estado na regulamentação do recurso.

b) *recurso e sentença*: enquanto o art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos condiciona o cabimento do recurso especificamente à impugnação da sentença condenatória, a previsão do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos menciona apenas que o recurso é exercido contra a sentença, sem especificar se ela é condenatória ou absolutória. Por isso, de acordo com Jaques de Camargo Penteado, a previsão do tratado interamericano assegura a garantia ao recurso em maior extensão: enquanto o art. 14.5 do Pacto Internacional “[...] não garante o acesso ao segundo grau para alteração do fundamento de sentença absolutória”, o art. 8.2.h da Convenção Americana, por mencionar apenas o direito de ‘recorrer da sentença’, assegura “[...] o acesso ao segundo grau visando a alteração do fundamento da decisão que absolve o acusado”²¹³. Por sua vez, o art. 5º, LV, da Constituição Federal, assegura o recurso como um direito incondicional, isto é, podendo ser utilizado invariavelmente como um mecanismo atrelado ao exercício da ampla defesa e, portanto, viabilizando a impugnação até mesmo de decisões interlocutórias.

c) *instância competente para apreciação da impugnação*: a Constituição Federal, art. 5º, LV, limita-se a prever o recurso, ao passo que as previsões convencionais dispõem sobre o órgão competente para apreciá-lo: “[...] uma instância superior [...]” (PIDCP, art. 14.5) ou um “[...] juiz ou tribunal superior” (CADH, art. 8.2.h). Sobre esse ponto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos frisa que o conceito de “juiz ou tribunal superior”, no contexto do duplo grau de jurisdição, não está atrelado à hierarquia do órgão, mas ao reconhecimento de sua competência para promover um reexame integral da condenação imposta ao imputado. Dessa forma, o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não exige que se trate de um órgão julgador hierarquicamente superior ao que prolatou a decisão impugnada. A ideia de superior, tal como prevista pelo dispositivo, traduz a exigência de que o órgão ao qual se direciona o recurso tenha competência para proceder

²¹³ PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 65.

a um reexame integral do caso, podendo reformar ou anular a decisão combatida, ainda que não seja hierarquicamente superior ao órgão que a prolatou²¹⁴.

d) *recurso contra a pena imposta pelo órgão judicial*: finalmente, o art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos é o único dispositivo que apresenta a possibilidade de recorrer, de forma autônoma, contra a pena e, com isso, tratando-a diversamente da sentença condenatória. Tal previsão assume especial relevo nas hipóteses em que o imputado tenha sido condenado em primeira instância, mas o Ministério Público interponha recurso visando ao aumento de sua pena. Sendo provido o recurso do Ministério Público, seria necessário disponibilizar ao imputado um recurso que viabilizasse o reexame desse específico capítulo de sua condenação, tendo em vista que, após a elevação da pena em decorrência do acolhimento do recurso ministerial, o imputado tornar-se-ia sucumbente também nessa parte da condenação.

Assim, em perspectiva comparada, percebe-se que a previsão constitucional é aquela que goza de maior amplitude, consagrando o recurso de maneira irrestrita, sem especificar se o seu exercício está condicionado à impugnação de uma sentença ou de uma decisão interlocutória, ao passo que o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o art. 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos trazem o recurso como uma modalidade de impugnação da sentença, ato que encerra o procedimento em primeira instância, o que pode excluir de sua margem de tutela a impugnação de decisões interlocutórias. A esse propósito, rememore-se que uma técnica que se repete nos diversos sistemas processuais é atrelar o cabimento da espécie recursal à determinada modalidade de provimento jurisdicional. Assim, por exemplo, dispõe o art. 1.009 do Código de Processo Civil que “Da sentença cabe apelação”, ao passo que o agravo de instrumento está

²¹⁴ “[...] em hipóteses como estas, a Corte interpreta que, ao não existir um tribunal de maior hierarquia, a superioridade do tribunal que revisa a condenação entende-se cumprida quando o pleno, uma turma ou câmara, dentro do mesmo órgão colegiado superior, porém de distinta composição da que conheceu a causa originariamente, resolva o recurso interposto com as facultades de revogar ou modificar a sentença condenatória prolatada, se assim o considerar pertinentes” (CtIDH, caso Liakat Ali Alibux, sentença de 30/1/2014, § 105, tradução livre: “[...] en supuestos como estos, la Corte interpreta que al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente”). Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, embora entenda que a garantia de recorrer também deva ser assegurada nos casos em que o indivíduo seja condenado pelo mais alto tribunal de seu Estado, não especifica a qual órgão competirá efetuar o reexame em tal situação (CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32, § 47).

relacionado a certas decisões interlocutórias (CPC, art. 1.015)²¹⁵, sistemática que, não obstante com uma técnica inferior, se repete no Código de Processo Penal, conforme se depreende dos arts. 581 e 593²¹⁶.

Nesse contexto, perceba-se que um conteúdo que pode ser veiculado em uma decisão interlocutória no processo penal é a imposição de medida cautelar, situação que não estaria abrangida pelo art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pelo art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. No entanto, ainda assim, seria necessário assegurar ao imputado o direito de impugnação, porquanto o art. 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos preceitua 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*”. Note-se, pois, que, a despeito de não encontrar guarida no referido art. 8.2.h, essa forma de irresignação recursal deve ser garantida ao imputado como uma exigência “*do direito à liberdade pessoal*” (CADH, art. 7)²¹⁷, manifestando-se, a rigor, como uma exigência da inafastabilidade da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV c. c/ CADH, art. 25).

²¹⁵ Destaque-se que, ao julgar o REsp n. 1.696.936, o Superior Tribunal de Justiça fixou, sob a sistemática de julgamento dos recursos repetitivos, a seguinte tese: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação” (REsp 1.696.396/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 5/12/2018).

²¹⁶ Em virtude da correlação entre os atos passíveis de impugnação e os recursos previstos pelo sistema processual, é comum o estabelecimento da *unicidade do recurso*, isto é, o estabelecimento de que a cada provimento jurisdicional passível de impugnação corresponde um único recurso, ressalvadas as hipóteses “[...] de decisões objetivamente complexas, com capítulos distintos, em que entram em jogo diversos requisitos de admissibilidade” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33), tal como sucede, entre nós, com o acórdão que, concomitantemente, nega vigência à lei federal e contraria dispositivo constitucional, desafiando, respectivamente, o recurso especial e o extraordinário (CF, art. 105, III, *a*; art. 102, III, *a*), situação em que o recorrente deverá fazer a sua interposição conjunta, conforme dispõe o art. 1.031 do Código de Processo Civil. Isso porque, “[...] para fins de recorribilidade, cada capítulo é considerado uma decisão *per se*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. V, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 249).

²¹⁷ Ressalva também formulada por BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 29. No mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 86: “Afirma-se, desse modo, a inegável necessidade de controle por meio do juízo recursal, o que, contudo, parece se fundamentar, de modo distinto, não no direito ao recurso (art. 8.2.h), mas na proteção da liberdade e do direito de defesa prevista nos arts. 7.6 e 8.2.c da CADH, o qual, embora possa se direcionar mais especificamente à proteção por meio do *habeas corpus*, por exemplo, também deve ser lido como a necessidade de um recurso a tribunal superior em relação à decisão judicial que impõe restrição à liberdade”.

Acrescente-se, ademais, que a disciplina do Código de Processo Penal é manifestamente incompatível com as exigências do art. 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ora, o art. 581 do Código de Processo Penal, ao prever as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, autoriza sua utilização contra a decisão que “[...] indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante” (inc. V), não permitindo seja interposto esse recurso contra a decisão que decreta a prisão preventiva ou outra medida cautelar. Em razão da omissão do sistema processual, a decisão que indefere a liberdade provisória ou o pleito de revogação da prisão preventiva poderá ser revista pelo magistrado de primeiro grau durante todo o processo de conhecimento, eis que as medidas cautelares são informadas pelo critério da provisoriedade, ou seja, “[...] seus efeitos perdurarão até a superveniência de um evento sucessivo”²¹⁸.

Isso posto, percebe-se que o art. 5º, LV, da Constituição Federal, em uma primeira leitura, poderia resultar em uma previsão normativa de maior alcance, tornando imperiosa a previsão de mecanismos recursais para a impugnação não apenas de sentenças, mas também

²¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1028. No entanto, relativamente ao Ministério Público, discordando da decisão que conceder a liberdade provisória em sede de audiência de custódia, será imperiosa a interposição do respectivo recurso, de modo a permitir que o Tribunal de Justiça reaprecie a questão. Por conseguinte, não pode o magistrado do processo de conhecimento, por provocação do órgão de acusação, impor a prisão preventiva, revendo a decisão do juiz da custódia, eis que este é o juiz natural para decidir sobre a liberdade da pessoa presa em flagrante, encontrando-se ambos no mesmo plano jurisdicional, ressalvado o surgimento de novas hipóteses fáticas. É o que ressaltou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Nas palavras da Desembargadora Relatora: “Em relação às decisões concessivas de liberdade, não há poder revisional do magistrado do processo de conhecimento sobre a decisão que seja benéfica ao réu. O magistrado somente está autorizado a dar decisão em sentido oposto na hipótese de surgimento de fato inédito. A competência revisora da decisão prolatada pelo juiz da audiência de custódia é exclusiva do Tribunal de Justiça, sob pena de subversão da ordem jurídica, que acolhe, além do princípio do juiz natural, o devido processo legal, o princípio do duplo grau de jurisdição. Exige-se, assim, a segurança das decisões, por meio de sua imutabilidade e com o uso dos recursos próprios a serem julgados por magistrados de segundo grau. Evidente que, em relação às decisões que não são concessivas de liberdade, há que se conciliar com os demais princípios constitucionais, especialmente o da supremacia da liberdade. Nesta medida, é permitida a revisão pelo juiz de conhecimento durante todo o processo”. (TJ-SP, 2ª Câmara de Direito Criminal, *Habeas Corpus* n. 2148444-14.2018.8.26.0000, Rel. Kenarik Boujikian, julgado em 8/10/2018, p. 7-8 do voto da Relatora). Nesse contexto, ainda que o art. 3º-C, § 2º, do Código de Processo Penal, estipule que “As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias”, é certo que o reexame deve estar amparado em novas circunstâncias que, de fato, ensejem a revisão da decisão anterior, como, aliás, se infere do art. 315, § 1º, do Código de Processo Penal.

de decisões interlocutórias²¹⁹. Todavia, a excessiva amplitude do art. 5º, LV, da Constituição Federal, parece ser justamente o seu ponto fraco. Embora mencione o recurso como um elemento inerente da ampla defesa e, portanto, de cabimento irrestrito, é certo que as modalidades recursais, observados os *standards* mínimos de proteção estipulados superiormente, devem ser definidas pelo Poder Legislativo. E, assim, justamente por não especificar a hipótese de cabimento do recurso e a autoridade competente para apreciá-lo, em comparação com as previsões convencionais, a previsão constitucional, configurada a inércia legislativa, é de difícil implementação. Ou seja: é de se notar que os termos em que redigidos os dispositivos convencionais, em comparação com a previsão constitucional, tornam mais fácil e inquestionável a aplicabilidade imediata da garantia de recurso contra a sentença condenatória, pois especificam não só o ato passível de impugnação, como a autoridade competente para apreciá-la.

Pode-se concluir, portanto, que, não obstante a previsão constitucional pareça conferir uma maior margem de proteção, por não limitar o recurso a determinado ato, consagrando-o genericamente, as previsões convencionais, ao menos no que se refere à garantia de insurgência contra a sentença de condenação, assumem maior nível de proteção, eis que os termos em que redigidos, por especificarem, desde logo, o ato passível de questionamento e a autoridade competente para proceder ao reexame, tornam a autoaplicabilidade de tal garantia inquestionável.

²¹⁹ Vale frisar que Tiago Bunning Mendes defende que o duplo grau de jurisdição alcance todas as decisões no processo penal, não devendo se restringir à condenação: “[...] percebe-se que a nossa posição é de que o duplo grau de jurisdição existe não somente nas decisões de mérito (sentenças condenatórias), mas em qualquer decisão, *inclusive as interlocutórias* que causem prejuízo material, direto ou indireto, ao imputado. Isso porque a ideia de não se permitir a preclusão da matéria, possibilitando que decisões que causem gravame ao imputado no curso do processo sejam impugnadas futuramente em caso de sentença desfavorável, não garante a eficácia da impugnação, pois, a despeito da inocorrência de preclusão – o que nem sempre pode ser garantido, por exemplo, no caso de uma nulidade que pode ser atingida pela convalidação –, os efeitos ocasionados pelo ato podem ter se tornado irreversíveis ou de difícil reparação” (MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 169, *grifos nossos*). A proposta exposta por Tiago Bunning Mendes, no entanto, é questionável. A uma, porque ele sustenta que o duplo grau de jurisdição é uma decorrência da presunção de inocência e, então, não fica evidenciado de que forma a impugnação de uma decisão interlocutória, que não aprecia a culpa ou inocência do imputado, poderia servir de mecanismo de reforço da presunção de inocência. A duas, porque o próprio pesquisador parece discordar de sua posição, afirmando, em momento posterior de sua dissertação, “[...] que o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado *somente se aflora diante de uma condenação*” (MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 177, *grifos nossos*) e, ainda, “[...] a garantia do duplo grau de jurisdição *somente existe para ser exercida em desfavor de uma decisão condenatória [...]*” (MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 178, *grifos nosso*).

2.4 Duplo grau de jurisdição e aplicabilidade imediata

2.4.1 Significado da aplicabilidade imediata na teoria dos direitos fundamentais

A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais é característica que goza de previsão constitucional e convencional.

Com efeito, é possível extraí-la da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 1.1 c/ c. art. 2, havendo previsão igualmente no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 2 e, ainda, no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. De acordo com 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Estados-partes comprometem-se a respeitar os direitos reconhecidos na Convenção, devendo assegurá-los a todos os indivíduos que estejam submetidos à sua jurisdição, independentemente de discriminação de qualquer espécie, preceituando o art. 2 que “[...] os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. Em linha similar, o art. 2 do Pacto Internacional estipula que “Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto”. Finalmente, o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Na leitura da doutrina especializada, a cláusula inserida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem alcance irrestrito, direcionando-se a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, independentemente de sua espécie, sejam direitos de liberdade ou direitos sociais, por exemplo²²⁰. A posição em tela sustenta-se não só em razão de uma interpretação literal do preceito – “direitos e garantias *fundamentais*” (*grifamos*) –,

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325-326. Como pontua Flávia Piovesan, “Esse princípio *realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais*, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92, *grifos nossos*).

mas também porque o constituinte não estabeleceu um regime jurídico diferenciado entre as diversas categorias de direitos fundamentais²²¹.

Por outro lado, para delimitar o significado do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, faz-se necessário partir de *duas premissas*.

A primeira premissa, como salienta Ingo Wolfgang Sarlet, é a de que *o dispositivo em questão não deve ser subestimado e nem superestimado*²²². É necessário, por isso, descartar as posições extremadas.

Nesse contexto, para uma parcela da doutrina, o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, faria com que todo e qualquer direito fundamental fosse dotado de eficácia imediata, independentemente de interposição legislativa, sendo que a omissão do legislador deveria ser sanada invariavelmente pelo Poder Judiciário, dispensando até mesmo o uso de mandado de injunção²²³. Ora, essa posição deve ser avaliada com cautela. Não só porque os direitos fundamentais são consagrados em preceitos normativos de diferentes espécies, muitos deles redigidos em termos insuficientes para tanto, mas, ainda, porque embora seja louvável a atuação do Judiciário na suplementação das lacunas legislativas, é inquestionável que em determinadas situações esse agir deve ser evitado: para citar um exemplo, tem-se o recente julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, em que o Supremo Tribunal Federal, a pretexto de suprir uma omissão legislativa e em gritante violação do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, do art. 9 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do art. 15 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, admitiu a criminalização de uma conduta sem a prévia edição de lei. Com efeito, se o

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 270.

²²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 276.

²²³ V., a título exemplificativo, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 663-664, *grifos nossos*: “[...] defendemos a tese de que, em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autêntico *dever-poder* de controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, *emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa*. Nesse contexto, sustentamos ser dispensável, ou desnecessário, o manejo à ação específica do mandado de injunção, em que pese reconhecermos sua potencialidade para sanar as omissões lesivas a direitos fundamentais”.

“ativismo judicial”²²⁴ pode ser considerado uma conquista para a jurisdição civil, tendo em vista que acarreta a efetivação dos direitos humanos e, por isso, impõe ao julgador uma atuação menos passiva, suprindo eventuais deficiências das partes, o mesmo não pode ser dito no que se refere à sua transposição para o terreno da jurisdição penal. Ao fazê-lo, cria-se uma “tendência justicialista” ou de “império dos juízes”, em que estes têm suas atribuições reforçadas em detrimento dos demais Poderes e do cidadão²²⁵, visto que assumem funções atípicas e incompatíveis com o desempenho da jurisdição criminal, bem como são autorizados a afastarem o texto legal sob o argumento de sua injustiça²²⁶. Note-se, em reforço, que a existência do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 5º, LXXI, e art. 103), ao que parece, indicam que a própria Constituição reconheceu a inoperância de algumas de suas normas, conclamando a atuação legislativa e/ou administrativa para torná-las efetivas²²⁷.

Há, de outra banda, posição extremada no sentido de que as normas constitucionais, mesmo definidoras de direitos fundamentais, somente poderiam ser aplicadas se consagradas em preceito que reunisse elementos para tanto e, assim, o art. 5º, § 1º, da Constituição

²²⁴ Registre-se, a propósito, que o ativismo judicial é uma consequência do “neoconstitucionalismo”, uma nova vertente de estudo do Direito Constitucional, apresentando-se como um constitucionalismo democrático surgido no período do pós-guerra e que tem como inspiração filosófica o pós-positivismo. A essa nova teoria constitucional são atribuídos três marcos teóricos, a saber: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) a formatação de uma nova hermenêutica que ativa e reconhece o papel do intérprete na criação da norma (cf., sobre o ponto: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 229-267). Desse modo, o neoconstitucionalismo valoriza o papel do magistrado na realização do projeto constitucional, reconhecendo-o como órgão incumbido de conferir eficácia aos direitos fundamentais e sanar as omissões inconstitucionais dos demais Poderes. Não por outro motivo, Daniel Sarmiento afirma que “O grande protagonista das teorias neoconstitucionalitas é o juiz” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 41).

²²⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e o terrorismo: o “progresso ao retrocesso”*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 61.

²²⁶ Sobre o ponto, mostram-se pertinentes as colocações de Carlos Maximiliano, ao alertar para os perigos de uma “ditadura da toga”: “Com atribuir ao juiz a faculdade de abandonar o texto quando lhe não parecer suscetível de se adaptar, com justiça, à espécie, concedem-lhe, de fato, a prerrogativa de criar *exceções* ao preceito escrito, isto é, fazem o contrário do que toda a evolução do Direito concluiu: justamente as exceções é que se não deixam ao arbítrio do intérprete; devem ser *expressas*, e, ainda assim, compreendidas e aplicadas estritamente” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 66-67, *grifos do autor*).

²²⁷ Cf. as críticas de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 277-278.

Federal, não poderia atentar contra a “natureza das coisas”²²⁸, o que também não pode ser aceito, sob pena de nulificar o dispositivo em questão²²⁹.

A segunda premissa é a de que *todo preceito constitucional, independentemente de sua natureza, goza de um mínimo de eficácia e aplicabilidade*. Mesmo as normas meramente programáticas, ainda que não sejam imediatamente aplicáveis, certamente terão o condão de subsidiar a declaração de inconstitucionalidade de outras normas que as contrariem²³⁰.

Apresentadas tais premissas, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, é um *mandado de otimização*. Assim, o dispositivo ora analisado impõe “[...] aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais [...]”, sendo certo que “[...] o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta”²³¹. Nesse contexto, a aplicabilidade imediata é a regra geral, havendo uma presunção em seu favor que deve ser afastada em cada caso. Adicionalmente, para operacionalização de sua posição, ele propõe a divisão dos direitos fundamentais em dois grandes grupos: a) os direitos cujas normas definidoras já reúnem, de antemão, condições para a plena eficácia, ou seja, os *direitos de defesa*, hipótese em que a

²²⁸ Cf., por exemplo, a lição de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 314-315: “Louve-se a intenção dos constituintes, qual seja a de tentar impedir que os direitos não permaneçam como letra morta na Constituição, mas ganhem efetividade. Contudo, o caminho escolhido não é suficiente em si para atender o objetivo colimado. É lição da doutrina clássica, totalmente aceita, a de que nem toda norma constitucional é suscetível de aplicação imediata. Onde se pode perfeitamente inferir que uma norma constitucional, mesmo definidora de direitos ou garantias fundamentais, somente pode ser aplicada se for completa. [...]. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta. E a melhor prova disso é que a Constituição [...] prevê no mesmo art. 5º, LXXI, um mandado de injunção para o caso em que direitos [...] não podem ser exercidos por falta de norma regulamentadora...”

²²⁹ Nesse sentido, v. a crítica de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 277.

²³⁰ “Para o constitucionalismo atual, todas as normas constitucionais são executáveis por si mesmas, até onde possam sê-lo”, sendo que “O caráter programático de uma norma constitucional não significa que o preceito esteja destituído de força jurídica. [...]. As normas programáticas impõem um dever político ao órgão com competência para satisfazer o seu comando [...]. Impedem comportamentos contrários a elas mesmas, podendo gerar pretensões a abstenção. Revogam normas anteriores incompatíveis com o programa que promovem e, se atritam com normas infraconstitucionais posteriores, levam à caracterização de inconstitucionalidade” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Noções introdutórias*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69 e 70-71). No mesmo sentido: LOBATO, Anderson Cavalcante. *O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais*. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: instrumentos e garantias de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 84.

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 278-279.

intermediação legislativa é desnecessária para a sua aplicabilidade; e b) os direitos cujas normas definidoras carecem de interposição legislativa para alcançarem sua plena eficácia, ou seja, os direitos sociais, que demandam uma prestação de natureza positiva pelo Estado²³².

Isso posto, a diretriz que se extrai do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, é a de que a regulamentação legislativa não está proscrita, mas que a omissão do legislador não pode impedir a aplicação da norma definidora do direito e a privação de seus efeitos, embora a definição da posição subjetiva do titular do direito dependerá de seus respectivos limites fáticos²³³.

Na mesma linha, no que se refere às normas convencionais que resguardam a aplicabilidade imediata dos direitos humanos, extrai-se do primado do *pacta sunt servanda* a obrigação de cumprir integralmente o compromisso assumido na esfera internacional (Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados/1969, art. 26). Com efeito, exercendo sua soberania e optando pela ratificação de uma determinada convenção internacional, caberá ao Estado (a) abster-se de editar atos normativos e adotar práticas que a contrariem e (b) deverá elaborar textos normativos que a concretizem. E, falhando nessa atribuição, incumbirá ao Judiciário assegurar o efeito útil das disposições do tratado, declarando a

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 278-292. Uma posição intermediária também é defendida por Paulo Gustavo Gonet Branco, ao afirmar que “Há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são autoaplicáveis. Carecem de interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos,” concluindo, assim, que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal apresentar-se-ia como “[...] uma norma-princípio estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio em tela valeria como indicador da aplicabilidade imediata da norma constitucional, devendo-se presumir sua perfeição, quando possível” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Direitos fundamentais – tópicos de teoria geral*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155).

²³³ “[...] se é correto afirmar que a aplicabilidade direta afirmada pelo art. 5º, § 1º, da CF afasta, em geral, a necessidade de uma interposição legislativa, pelo menos naquilo em que tal intervenção possa ser considerada um obstáculo à aplicação judicial das normas de direitos fundamentais, também é certo que, mesmo se tratando de normas de eficácia plena e de aplicabilidade direta, as normas de direitos fundamentais estão sujeitas a regulamentação, assim como estão expostas a eventuais restrições e limitações. Com efeito, crucial relevar que a aplicabilidade imediata não significa em hipótese alguma irrelevância da legislação infraconstitucional, que, aliás, dá vida e concretude aos direitos fundamentais, mas sim, como já frisado, que a ausência eventual de lei não pode servir de obstáculo absoluto à aplicação da norma de direito fundamental e da extração de efeitos úteis, cuja extensão, sobretudo no que diz com a dedução de posições subjetivas, irá depender de qual é o direito em causa e de seus limites fáticos e jurídicos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 327).

invalidez da produção normativa que o contrarie e deixando de aplicá-la, sob pena de responsabilização internacional do Estado²³⁴.

2.4.2 Aplicabilidade imediata da garantia do duplo grau de jurisdição

Trazendo a base dogmática acima proposta para a garantia do duplo grau de jurisdição (CF, art. 5º, LV; CADH, art. 8.2.h; PIDCP, art. 14.5), temos que se trata de garantia que goza de aplicabilidade imediata, em especial, se considerarmos a sua previsão nas convenções internacionais de direitos humanos, as quais estipulam não apenas o seu mecanismo de ativação, mas também a decisão que deve ser submetida ao reexame e o órgão competente para efetuar-lo.

Apesar disso, há situações em que a omissão legislativa poderá dificultar o exercício da garantia, o que se faz sentir, em especial, nas hipóteses de condenações proferidas pelos Tribunais, quer em decorrência de sua competência originária, quer em virtude do exercício de competência recursal (reversão da absolvição em razão do provimento do recurso de acusação). Segundo Vinicius Gomes de Vasconcellos, “[...] nos casos em que o ordenamento não apresente recurso cabível previsto em suas leis ordinárias em razão da inércia legislativa, o judiciário deverá tomar as medidas para garantir a efetividade do direito ao recurso sobre a condenação”²³⁵.

Urge frisar que, para sanar eventual omissão da disciplina legislativa, não se faz necessária a criação judicial e à margem da lei de modalidades recursais, visto que, como frisa Gustavo Badaró, ao analisar o disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, trata-se de um dispositivo suficientemente específico para ser aplicado pelos Tribunais no caso concreto, porquanto foi definido (a) seu titular, (b) seu conteúdo e

²³⁴ CtIDH, caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, sentença de de 26/9/2006, § 123: “A obrigação legislativa descrita no artigo 2 da Convenção tem também a finalidade de facilitar a função do Poder Judiciário de modo que o aplicador da lei tenha uma opção clara sobre como resolver um caso particular. Entretanto, quando o Legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Poder Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 da mesma e, conseqüentemente, deve abster-se de aplicar qualquer norma contrária a ela. A aplicação, por parte de agentes ou funcionários do Estado, de uma lei que viole a Convenção gera responsabilidade internacional do Estado, sendo um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o fato de que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos que violem os direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana”.

²³⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 57.

(c) o órgão que deverá apreciar a impugnação²³⁶. Por isso, mostra-se suficiente a *interpretação extensiva* ou a *aplicação analógica* (CPP, art. 3º) de mecanismos recursais já colocados à disposição do imputado, ferramentas admitidas não só pela doutrina²³⁷ como pela jurisprudência²³⁸, não havendo que se falar, pois, em violação ao princípio da taxatividade do recursos²³⁹.

Nesse sentido, Vinicius Gomes de Vasconcellos anota que “[...] a inexistência de previsão legal de recurso cabível ao caso não pode impedir o exercício efetivo do direito ao recurso no processo penal”²⁴⁰. Assim, “[...] além do conteúdo programático do direito ao recurso no processo penal, o qual impõe a adoção de reformas legislativas visando à sua efetivação, pensa-se que, mesmo a partir do ordenamento atual, deve-se permitir a utilização dos meios legalmente regulados, por analogia, aos casos em que inexistir recurso específico”²⁴¹. Percebe-se, assim, que a ausência de previsão legislativa de um recurso para

²³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 52. No mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 57.

²³⁷ Acerca da possibilidade de interpretação extensiva ou aplicação analógica em matéria de recursos: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 83; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

²³⁸ Cf.: STJ, Terceira Seção, EResp n. 1.630.121-RN, Informativo n. 640, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/11/2018. Recentemente, no julgamento do REsp n. 1.628.262-RS, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser cabível o recurso em sentido estrito contra decisão que revoga medida cautelar diversa da prisão, interpretando extensivamente o art. 581, V, do Código de Processo Penal (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, REsp n. 1.628.262/RS, julgado em 13/12/2016).

²³⁹ A taxatividade dos recursos, segundo a doutrina, tem sua razão de ser: o escopo é, em obediência à segurança jurídica e equilibrando os valores da justiça e da certeza, evitar que as possibilidades de questionamento de uma decisão desfavorável à parte permaneçam indefinidamente abertas (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32). Por isso, cabe à legislação definir não apenas os *recursos cabíveis*, mas, também, as *decisões passíveis de impugnação* (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 83).

²⁴⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 96. Em igual sentido: GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2010, p. 76.

²⁴¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 96. Em sentido aproximado, leciona Maurício Zanoide de Moraes que “[...] serve o princípio do duplo grau de jurisdição como atenuador dos rigores e formalismos impostos pelos pressupostos e condições para o exercício do direito ao recurso” (MORAES, Maurício Zanoide de. Princípio do duplo grau de jurisdição e direito ao recurso. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (org.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 929).

questionar a condenação não pode servir de argumento para afastar a necessidade de observância da garantia do duplo grau de jurisdição.

Isso posto, resulta evidenciada a aplicabilidade imediata da garantia do duplo grau de jurisdição, reservando-se para outro momento a análise das propostas de correção das falhas e omissões legislativas na sua disciplina²⁴².

²⁴² Cf. o Tópico 5.3.1.3 – Propostas de implementação da garantia do duplo grau de jurisdição nas hipóteses de omissão legislativa.

3 A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

3.1 A importância do direito internacional dos direitos humanos para o processo penal: ampliação dos espaços de contenção do poder punitivo

A ideia de concentrar a proteção dos direitos humanos como uma tarefa exclusiva do Estado, a partir da constitucionalização das declarações de direitos, fruto do constitucionalismo liberal, mostrou-se insuficiente, não sendo capaz de conter os abusos estatais, como se percebeu por ocasião das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial e o período que a antecedeu. Leonardo Arquimimo de Carvalho e Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho observam, a esse propósito, que “[...] essa atribuição de autoridade ao Estado criou um ambiente livre para estabelecer distinções inadequadas sobre a ideia do que é o homem, a partir de interesses político-ideológicos”²⁴³. Ou, como explica Fábio Konder Comparato, “[...] se se admite que o Estado nacional pode criar direitos humanos, e não apenas reconhecer a sua existência, é irrecusável admitir que o mesmo Estado também pode suprimi-los, ou alterar de tal maneira o seu conteúdo, a ponto de torná-los irreconhecíveis”²⁴⁴. Restringir a tutela dos direitos humanos ao âmbito nacional, portanto, mostrou-se um equívoco.

Por isso, foi necessário que os Estados dessem um passo adiante, abrindo mão de uma parcela de sua soberania para que os preceitos protetivos dos direitos humanos também fossem inseridos em diplomas supranacionais que, uma vez ratificados por eles, passariam a vinculá-los. Como pondera Alberto do Amaral Júnior, evidenciando a necessidade de atuação dos organismos internacionais e denunciando a insuficiência da atuação estatal na proteção dos direitos humanos: “Os Estados definiam o alcance e a extensão do domínio reservado, obedecendo à lógica de seus interesses conjunturais. Não havia critério ou procedimento capaz de conferir rigor a este conceito. Como resultado, as organizações internacionais reivindicaram o direito de estabelecer na prática os limites da noção de domínio reservado. Os direitos humanos tornam-se objeto de interesse internacional, que

²⁴³ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. *Introdução aos direitos humanos*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 76.

²⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação história dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72. Cf., ainda: WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 85.

extrapola a competência exclusiva dos Estados”²⁴⁵. Dessa forma, constatou-se “[...] a necessidade de controle externo das atividades dos Estados com base em mecanismos e instituições internacionais”, assim como foi relativamente enfraquecida a tendência “[...] de admitir que argumentos baseados na soberania permitissem que os Estados adotassem políticas, ações, agendas que desconsideram a importância do respeito ao ser humano”²⁴⁶.

O Estado, portanto, mediante o exercício de sua soberania, passou a vincular-se à ordem jurídica internacional, ampliando o catálogo de direitos e garantias existentes em seu ordenamento. A Constituição e as convenções internacionais tornaram-se “cúmplices” na proteção dos direitos humanos. Dentro dessa ótica, não obstante consagre uma série de direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal reconhece a sua própria insuficiência na matéria e, por isso, aponta a importância dos diplomas internacionais para a proteção do ser humano, indicando, no § 2º do art. 5º, que o rol de direitos por ela reconhecido será expandido pelos direitos que sejam consagrados em tais atos normativos. A opção constitucional não é destituída de significado, pois se a Constituição Federal dispõe, de maneira expressa, que o seu rol de direitos fundamentais não é taxativo e pode ser ampliado pela normativa internacional, por via de consequência, insere nesse catálogo os direitos humanos oriundos da ordem jurídica internacional, conferindo-lhes dignidade constitucional. Pouco importa a forma e o procedimento pelo qual são aprovados os tratados,

²⁴⁵ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Direitos humanos: da utopia à realidade. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 33). No mesmo sentido: SIQUEIRA, Adriana Souza de. *As medidas reparatorias na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 24.

²⁴⁶ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. *Introdução aos direitos humanos*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 77.

eis que relevante, *in casu*, é a matéria que disciplinam, tornando-os normas materialmente constitucionais²⁴⁷.

É dizer: a Constituição Federal, ao incorporar em seu catálogo de direitos fundamentais os direitos oriundos de tratados (CF, art. 5º, § 2º), pretendeu atribuir-lhes *status* constitucional, isto é, conferir-lhes a natureza de normas materialmente constitucionais, o que não significa, de outra banda, que teve a intenção de torná-los equivalentes às emendas constitucionais (normas formalmente constitucionais), escopo perseguido pela inovação

²⁴⁷ Nesse sentido, entre outros, cf.: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111: “Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional”. No mesmo sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16; LENZA, Pedro. As garantias processuais dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 442-443; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 416; RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 319; SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 301; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 89-91; WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 33-42; FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 83; MACHADO, Antonio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 195-196; NIÑO ESTÉBANEZ, Roberto. *La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Fe d'Erratas, 2014, p. 33; RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos, *Revista de Investigaciones Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, set./dez. 2015, p. 141; Em sentido oposto: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 184-186, para quem os tratados de direitos humanos, em que pese sua natureza de normas materialmente constitucionais, no plano formal, assumem hierarquia constitucional apenas quando observado o procedimento do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, situando-se os demais no patamar conferido às leis ordinárias. V, ainda: BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 173-177; MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 64.

proporcionada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (CF, art. 5º, § 3º)²⁴⁸. Portanto, à luz da Constituição Federal, sobretudo a partir da implementação do § 3º ao art. 5º, são situações distintas (a) a atribuição de caráter constitucional a uma norma internacional e (b) a sua equiparação às emendas constitucionais²⁴⁹.

Nesse contexto, para Flavia Piovesan, um dos efeitos do § 3º é a introdução no ordenamento jurídico de duas categorias de tratados de direitos humanos. Em sua visão, com fulcro no § 2º do art. 5º, *todo tratado que verse sobre direitos fundamentais é norma materialmente constitucional*. Porém, caso aprovado pela sistemática do § 3º, o tratado será

²⁴⁸ Segundo André de Carvalho Ramos, ao instituir o mencionado § 3º, o constituinte reformador *facultou* a observância do rito das emendas constitucionais para a aprovação dos tratados sobre direitos humanos celebrados posteriormente à edição da aludida Emenda Constitucional n. 45/2004, não instituindo, pois, um procedimento impositivo (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 394). Apesar dos termos em que redigido o citado § 3º, Ingo Wolfgang Sarlet defende que o procedimento nele previsto é de observância obrigatória, visto que o escopo da modificação constitucional foi assegurar aos tratados um *status* diferenciado (SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 95). Ao demais, o constituinte derivado silenciou a respeito dos tratados que foram aprovados anteriormente à modificação da Constituição Federal, deixando sua situação em aberto, motivo pelo qual Luís Roberto Barroso sustenta a necessidade de que os tratados anteriores à Emenda Constitucional n. 45/04 sejam novamente aprovados para que lhes sejam estendidas as consequências do § 3º do art. 5º (BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 174).

²⁴⁹ A referida distinção é proposta por: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 929. Para uma crítica ao § 3º, cf.: REDIN, Giuliana. Crítica ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 240: “O art. 5º, § 3º, da CF/1988, ao estabelecer um critério restrito de interpretação ao § 2º do mesmo artigo, além de impedir formalmente o reconhecimento do caráter constitucional dos tratados sobre direitos humanos ratificados pelo país anteriormente à sua vigência, atribui papel exclusivo ao Poder Legislativo, dentro de uma dimensão positivista e formalista, de definir o status constitucional de um tratado sobre direitos humanos”. No mesmo sentido, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 45/04, Sylvia Steiner já considerava supérflua a proposta de alteração constitucional tendente a estender o rito de elaboração das emendas constitucionais para o procedimento de aprovação de tratados sobre direitos humanos (STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 82-83). Artur Cortez Bonifácio também se manifesta contra o § 3º, chegando a taxá-lo de inconstitucional, por ter esvaziado o conteúdo do § 2º. De acordo com sua visão, o § 2º é preceito que atribui aos direitos humanos decorrentes de convenções internacionais um *status* equiparado às normas editadas pelo poder constituinte originário, não obstante admita sua denúncia, ressalvados os casos dos direitos que tenham ganhado contornos de normas de *jus cogens* (BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, p. 206-218). A opção da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, não é digna de encômios, uma vez que, ao exigir um fundamento procedimental para equiparação dos tratados às emendas constitucionais, dificultou a sua recepção como normas de hierarquia constitucional. Tanto é assim que a nova sistemática não se impôs aos tratados celebrados anteriormente e, desde que ocorreu sua introdução, foi observada apenas em três situações, a saber: na aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assim como na aprovação do Tratado de Marraquexe, que facilita o acesso ao conteúdo de obras literárias para as pessoas com deficiência visual.

norma material e formalmente constitucional. Os tratados da segunda categoria integrariam inequivocamente a Constituição Federal e, por conseguinte, não poderiam ser objeto de denúncia pelo Presidente da República, visto que sobre os direitos por eles veiculados recairia o caráter de cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, IV). No que se refere aos tratados celebrados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, ser-lhes-ia aplicada a *teoria da recepção*, sendo recebidos pela nova ordem constitucional como normas material e formalmente constitucionais²⁵⁰. Portanto, em consonância com essa posição, os tratados de direitos humanos formal e materialmente constitucionais (CF, art. 5º, §§ 2º e 3º) incorporar-se-iam ao texto constitucional inequivocamente, já que, nos termos do § 3º, “[...] serão equivalentes às emendas constitucionais” e, assim, ostentando o *status* de limitações materiais ao poder de reforma constitucional, não poderiam ser objeto de denúncia²⁵¹.

Distinta, no entanto, é a visão predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal não acolheu a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, senão quando observado o rito do § 3º do art. 5º da

²⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128-129. Também apontando a impossibilidade de denúncia do tratado caso observado o rito do § 3º do art. 5º da Constituição Federal: REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103. Já André de Carvalho Ramos sustenta que a denúncia, caso admitida pelo tratado, deverá seguir o mesmo rito de sua aprovação, ou seja, será imprescindível não só a manifestação do Executivo, mas também a do Legislativo, bem como aprovação por meio de votação de 3/5 dos membros de cada uma de suas Casas, em dois turnos, não dispensando, ainda, a verificação da proibição do retrocesso social (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 319-320). Em sede jurisprudencial, acerca da denúncia de tratados de modo geral e da possível violação da teoria da junção de vontades, ante o fato que a denúncia é feita mediante expedição de um ato unilateral do Executivo, o Supremo Tribunal Federal ainda não pacificou a questão, pois o julgamento da ADI n. 1.625 encontra-se suspenso após pedido de vista do Min. Dias Toffoli. De acordo com a proposta do Min. Teori Zavascki, a denúncia dependeria da autorização do Legislativo, mas a decisão formulada no julgamento do processo de controle abstrato deveria receber eficácia prospectiva, em homenagem à segurança jurídica (Lei n. 9.868/1999, art. 27). Partindo da premissa que a disparidade de procedimentos legislativo impediria a aplicação da teoria da recepção para a hipótese ora descrita, cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 298.

²⁵¹ Urge registrar, contudo, o entendimento dissonante de Paulo Gustavo Gonet Branco, no sentido de que os direitos fundamentais introduzidos pelo constituinte de reforma – e, entre eles, estão inseridos os direitos humanos decorrentes de tratados aprovados sob a sistemática do art. 5º, § 3º, CF – não seriam cláusulas pétreas, eis que o estabelecimento destas somente se justifica pelo fato de que o poder constituinte originário é superior ao poder de reforma, motivo pelo qual “[...] aquele pode limitar o conteúdo das deliberações deste. Não faz sentido, porém, que o poder constituinte de reforma limite-se a si próprio”. O autor ressalva, entretanto, os casos em que a reforma constitucional apenas explicita algum direito que já se encontrava implicitamente albergado pelo texto constitucional, situação em que se impõe a sua configuração como cláusula pétrea. Para ilustrar, cita o direito à duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), introduzido pela EC n. 45/2004, que poderia ser deduzido do direito ao devido processo legal (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder constituinte. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 130).

Constituição Federal²⁵². A tese foi firmada por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343, que envolvia a prisão civil do depositário infiel, em virtude do conflito entre o disposto na Constituição Federal, art. 5º, LXVII, ao admiti-la, e a regra inserida no art. 7.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, rejeitando o emprego de tal mecanismo de execução. Com isso, o Supremo Tribunal Federal passou a defender que os tratados de direitos humanos têm *hierarquia supralegal*, posicionando-se acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo da legislação constitucional, salvo se aprovados em conformidade com o rito do multicitado art. 5º, § 3º, hipótese em que se equiparam às emendas constitucionais (*teoria do duplo estatuto*)²⁵³. Dessa maneira, via de regra, os tratados de direitos humanos *não alteram a Constituição Federal*, mas exercem a *eficácia paralisante da legislação infraconstitucional que a regulamente*, tornando-a inoperante quando seja com eles conflitante.

Embora assegure aos tratados de direitos humanos um *status* diferenciado, acima da legislação infraconstitucional, e, por isso, tornando-os aptos a servirem de parâmetro para a aferição de sua validade, a posição do Supremo Tribunal Federal não é compatível com a dogmática dos direitos fundamentais. Isso porque, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet, direitos fundamentais “[...] são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição do legislador ordinário”²⁵⁴. Assim, a tese consagrada em sede jurisprudencial relega os direitos humanos a um patamar secundário em comparação com os direitos fundamentais.

²⁵² No que se refere aos tratados que versam sobre matéria distinta, a partir do entendimento firmado por ocasião do julgamento do RE n. 80.004, o Supremo Tribunal Federal passou a endossar a posição de que tais diplomas equiparam-se à legislação ordinária. A tese, ainda hoje predominante em sede jurisprudencial, é perigosa, visto que, ao equiparar os tratados às leis internas, permite a revogação destes por legislação que lhes seja posterior e, dessa maneira, pode desencadear a responsabilização internacional do Brasil pelo seu descumprimento, em manifesta afronta ao princípio da boa-fé, tal como previsto pelo preceito do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

²⁵³ Nas palavras de André de Carvalho Ramos, o Supremo Tribunal Federal adotou a *teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos*, conferindo um *status* “[...] *supralegal* para os que não foram aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, quer sejam anteriores ou posteriores à EC n. 45/2004 e *constitucional* para os aprovados de acordo com o rito especial” (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 321).

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 105. A título de esclarecimento, rememore-se que, na linguagem jurídica, as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” assumem significados distintos: estes seriam os direitos consagrados em normas internacionais, ao passo que aqueles representam os direitos positivados por meio de fontes jurídicas internas. Sem embargo, em nosso sentir, a distinção perdeu seu sentido, havendo uma interação cada vez maior entre as duas fontes normativas por meio do denominado “direito constitucional internacional”.

A despeito da equivocada posição do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que o direito internacional dos direitos humanos é capaz de ampliar os campos de contenção do poder punitivo, fazendo inserir no ordenamento novas garantias fundamentais e assegurando a tutela jurisdicional em situações nas quais o Estado tenha falhado, sobretudo mediante a provocação dos tribunais internacionais de proteção dos direitos humanos²⁵⁵. Todavia, não basta a mera ratificação de um tratado, cabendo ao Estado cumpri-lo integralmente, como se infere, a título exemplificativo, do disposto no art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, impondo aos Estados-parte a *obrigação de respeitar os direitos nela previstos e garantir aos indivíduos que se encontrem sob sua jurisdição o exercício destes*; e, em seu art. 2, determinando-lhes o *dever de adotar disposições de direito interno*.

Dessa forma, o Estado deve não somente abster-se de violar os direitos humanos enunciados nos tratados internacionais, como deve criar uma estrutura que permita o seu pleno exercício e impeça que os cidadãos desrespeitem os direitos uns dos outros e, caso seja necessário, adapte sua legislação interna para isso²⁵⁶. Como frisa Nereu Giacomolli, especificamente no campo da persecução penal, impõe-se uma releitura do processo penal ordinário, isto é, o processo estruturado pela legislação infraconstitucional, resultando na adaptação ou eliminação dos preceitos que contrariem a ordem internacional²⁵⁷. Vale dizer: a constitucionalização/convencionalização do direito processual penal impõe a (re)leitura do ordenamento à luz das normas da Constituição Federal e dos tratados de proteção aos direitos humanos²⁵⁸. Estruturando-se o processo penal a partir desses instrumentos normativos de

²⁵⁵ Como expõe Nereu José Giacomoli, “[...] a incorporação e vinculação do ordenamento jurídico aos tratados e convenções internacionais protetivos dos Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, faz com que a proteção transcenda ao ordenamento jurídico interno e encontre eco nas Cortes Internacionais (CIDH, TPI, v. g.)” (GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81).

²⁵⁶ Cf., a propósito das obrigações estatais assumidas à luz desses dispositivos: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Enumeração dos deveres. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 25-37.

²⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12-15.

²⁵⁸ Como observa Nereu José Giacomolli, a constitucionalização/convencionalização do processo penal evidencia “[...] o seu caráter normativo e supralegal vinculante, com aplicação direta, imediata e com entidade jurídico-positiva, ultrapassando-se a concepção de mera orientação programática, enunciativa e descritiva. Assim, as regras do CPP anteriores e posteriores à CF, contrárias aos mandamentos constitucionais, não comportam aplicação válida e legítima. [...]. Também, as leis infraconstitucionais deverão respeitar o conteúdo essencial dos direitos e garantias constitucionais processuais [...]” (GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81). No mesmo sentido: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 44.

superior estatura, será necessário *filtrar* a legislação ordinária que o concretize²⁵⁹. Assim, a legislação anterior à Constituição Federal e aos tratados e que não se compatibilize com eles, será considerada não recepcionada, devendo ser tida como revogada (plano do direito intertemporal).²⁶⁰ Já a legislação posterior deverá ser declarada inconstitucional/inconvencional, com a observância dos respectivos procedimentos para tanto – controle de constitucionalidade/convencionalidade, difuso ou concentrado. Assim, para o controle da produção normativa, ao filtro da constitucionalidade, a partir da ratificação dos tratados de proteção aos direitos humanos, acrescenta-se o crivo da convencionalidade.

Fica claro, pois, que os tratados de proteção dos direitos humanos ampliam as garantias do cidadão no processo penal e suprem lacunas, nas hipóteses de uma salvaguarda insuficiente da pessoa pelo Estado. Entretanto, não basta a mera ratificação dos textos internacionais, sendo imprescindível a observância, pelo Estado, da *exegese internacional*, a qual deve sobrepor-se à interpretação nacional, sob pena de uma inautêntica

²⁵⁹ Como ressalta André de Carvalho Ramos, “[...] os direitos humanos representam hoje a nova *centralidade* do *Direito Constitucional* e também do *Direito Internacional*. No *Direito Constitucional*, há a *jusfundamentalização* do Direito, fenômeno pelo qual as diferentes normas de um ordenamento jurídico se formatam à luz dos *direitos fundamentais*. Trata-se de uma verdadeira ‘filtragem *pro homine*’, na qual todas as normas do ordenamento jurídico devem ser compatíveis com a promoção da dignidade humana” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88, *grifos do autor*). Nesse contexto, “A justificação no devido processo constitucional e por ele se dá, ademais de sua concretude, em sua integralidade, ou seja, considerando todo o manancial constitucional e convencional dele decorrente” (GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 79). Por isso, “[...] incumbe ao juiz proceder à adaptação das leis do processo, conforme este sistema ou, se for o caso, não aplicar, por inválidas, aquelas que contrastam com a Constituição [...]” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 48).

²⁶⁰ Isso porque, segundo explica Paulo Gustavo Gonet Branco, o conflito entre o direito constitucional e o direito infraconstitucional que o precede resolve-se no plano intertemporal, sanando-se a antinomia pela revogação do respectivo ato normativo e não pela declaração de sua inconstitucionalidade, eis que não adotada, entre nós, a teoria da inconstitucionalidade superveniente: “[...] se a lei foi corretamente editada quando da Constituição anterior, ela não pode ser considerada nula, desde sempre, tão só porque a nova Constituição é com ela incompatível. A lei apenas deixa de operar com o advento da nova Carta. O fenômeno só poderia ser tido, por isso, como hipótese de revogação” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder constituinte. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 110). É no mesmo sentido a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento da ADI n. 2, Rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 6/2/1992.

internacionalização das garantias processuais incidentes ao caso²⁶¹. Nesse contexto, como enfatizam Marcelo A. Solimine e Jorge D. Pirozzo, a virtude dos órgãos internacionais de monitoramento dos tratados é justamente proporcionar que organismos alheios ao Poder Judiciário efetuem um controle acerca da aplicação judicial das garantias neles previstas, sendo certo que muitas vezes a garantia somente se torna efetiva após a prolação de uma decisão que reconheça a responsabilidade internacional do Estado²⁶².

Impõe-se frisar, a esse propósito, que dois são os argumentos tradicionalmente invocados para justificar o descumprimento dos compromissos assumidos internacionalmente pelos Estados, a saber, (a) a supremacia constitucional e (b) a soberania nacional²⁶³.

Com efeito, a supremacia constitucional autorizaria o afastamento da normativa internacional nos casos em que ela se mostrasse incompatível com a Constituição Federal. O argumento, todavia, não se justifica, tendo em vista que, como já afirmado, na hipótese de antinomia entre normas protetivas de direitos humanos, deve prevalecer o preceito que assegure uma proteção mais ampla ao indivíduo (CADH, art. 29, *a e b*), independentemente do grau hierárquico. Por sua vez, o conceito de soberania estatal sempre foi um dos principais empecilhos à efetividade das obrigações contraídas pelos Estados na esfera internacional e, sobretudo, à executoriedade das decisões proferidas pelos tribunais internacionais de proteção dos direitos humanos, tornando extremamente difícil a imposição de suas

²⁶¹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35. Partindo dessa linha de raciocínio, Rafael Strano indica que: “Conquanto a responsabilidade pela implementação dos direitos humanos seja sempre do Estado, é certo que a interpretação internacional dos Direitos Humanos mostra-se como meio legítimo – e subsidiário – para o reconhecimento de garantias ignoradas ou ‘mal interpretadas’ pelos tribunais locais, os quais interpretam os direitos previstos na Convenção ao seu bel-prazer, criando uma ‘convenção americana de direitos humanos paralela’” (STRANO, Rafael Folador. Defesa criminal e direitos humanos: uma necessária releitura do direito ao duplo grau de jurisdição. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, n. 67, jan.-fev. 2015, p. 281). Trata-se de dicotomia entre *universalismo na ratificação e localismo na aplicação*, identificada por André de Carvalho Ramos e que representa o velho truque de ilusionista (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35).

²⁶² SOLIMINE, Marcelo A.; PIROZZO, Jorge A. *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 53.

²⁶³ “Em verdade, a tendência jurisprudencial de consolidar (e manter) a ideologia de classes dominantes é verificada em relação a todos os ramos englobados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. É possível, de plano, citar dois escapes retóricos comumente utilizados por tais tribunais: a violação à soberania nacional, bem como a suposta quebra da rigidez normativa [...]. (STRANO, Rafael Folador. Defesa criminal e direitos humanos: uma necessária releitura do direito ao duplo grau de jurisdição. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, n. 67, jan.-fev. 2015, p. 280).

conclusões aos Estados²⁶⁴. Ocorre que tal argumento também não se justifica, porquanto é justamente mediante o exercício de sua soberania que os Estados ratificam tratados e, então, voluntariamente assumem algumas obrigações, impondo restrições à sua própria atuação (*teoria da autolimitação do Estado*)²⁶⁵. Portanto, é justamente mediante o exercício de sua soberania que o Estado se vincula à ordem jurídica internacional. É por esses motivos, aliás, que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), art. 26, preceitua que “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé” e seu art. 27 afirma que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

De qualquer forma, é necessário registrar que, não obstante a superação do período de exceção e a afirmação de uma série de direitos fundamentais, a sua efetivação prática tem sido extremamente dificultosa, tornando atual a advertência de Norberto Bobbio, no sentido de que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”²⁶⁶, o que traz à tona o mito de Sísifo, eis que a proteção dos direitos humanos é permeada por avanços e retrocessos, devendo ser (re)construída cotidianamente²⁶⁷. Não é à toa que uma das conclusões da Comissão Nacional da Verdade é no sentido de que persiste em nossa jovem e cambaleante democracia o quadro de graves violações de direitos humanos, embora estas não ocorram em um contexto de repressão política, fato que se deve, em grande parte, à ausência de responsabilização das violações

²⁶⁴ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção internacional dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 139-141.

²⁶⁵ Nesse sentido, cf. Dalmo de Abreu Dallari, ao abordar a *teoria da autolimitação do Estado*, “[...] pela qual este, desde que o entenda conveniente, pode assumir obrigações externas, como pode fixar regras jurídicas para aplicação interna, sujeitando-se voluntariamente às limitações impostas por essas normas” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 82).

²⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23, *grifos do autor*.

²⁶⁷ Sobre essa relação, v. JOSÉ, Caio Jesus Granduque. *A construção existencial dos direitos humanos*. Curitiba: CRV, 2012. Nesse trabalho, fruto de sua dissertação de mestrado, o autor refuta as concepções jusnaturalista e juspositivista dos direitos humanos, concentrando-se na preocupação de torná-los efetivos. Para isso, busca seu substrato teórico embasado nas obras de Sartre e Camus, denominando sua abordagem originária de construção existencial dos direitos humanos. O seguinte trecho resume sua visão: “Por serem o direito e os direitos humanos modos de *ser* do homem, eles assumem características provindas da estrutura ontológica pertencente à *realidade humana*. Assim, o direito e os direitos humanos não *são*, mas *estão sendo*. Sendo a partir do que foram e do que virão a ser, na medida em que são um produto do agir e fazer humanos que, por constituírem-se numa manifestação fenomênica do exercício da liberdade humana no tempo, não escapam à temporalidade *existencial*, retroagindo até o passado, para decidir sobre o seu sentido, e antecipando o futuro, por meio do seu projetar (JOSÉ, Caio Jesus Granduque. *A construção existencial dos direitos humanos*. Curitiba: CRV, 2012, p. 163, *grifos do autor*).

cometidas no passado²⁶⁸. Paradigmáticos dessa constatação são os casos Cosme Rosa Genoveva e outros vs. Brasil, em que nosso país foi condenado por violações de direitos humanos praticadas no contexto de operações policiais realizadas na favela Nova Brasília, no Rio de Janeiro²⁶⁹, e Escher e outros vs. Brasil, no qual o Estado foi responsabilizado pelo uso indevido de interceptações telefônicas, a partir de uma atuação investigatória da Polícia Militar chancelada pelo Poder Judiciário e imbuída do escopo de criminalizar movimentos sociais²⁷⁰.

Assim, não obstante o processo de redemocratização, a promulgação de uma Constituição composta de um extenso rol de direitos/garantias fundamentais e a assunção de compromissos internacionais pelo Brasil em matéria de proteção dos direitos humanos, subsiste em grande parcela dos atores do sistema de persecução penal o ideário autoritário. A tendência parece ser, pois, de rechaçar as concepções garantistas, em especial, quando se pleiteia o respeito à norma oriunda do ordenamento internacional, seja sob o argumento de

²⁶⁸ “A CNV, ao examinar o cenário de graves violações de direitos humanos correspondente ao período por ela investigado, pôde constatar que ele persiste nos dias atuais. Embora não ocorra mais em um contexto de repressão política – como ocorreu na ditadura militar –, a prática de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e mesmo ocultação de cadáveres não é estranha à realidade brasileira contemporânea. Relativamente à atuação dos órgãos de segurança pública, multiplicam-se, por exemplo, as denúncias de tortura, o que levou à recente aprovação da Lei n. 12.847/2013, destinada justamente à implementação de medidas para prevenção e combate a esse tipo de crime. É entendimento da CNV que esse quadro resulta em grande parte do fato de que o cometimento de graves violações de direitos humanos verificado no passado não foi adequadamente denunciado, nem seus autores responsabilizados, criando-se as condições para sua perpetuação” (Comissão Nacional da Verdade. Relatório Final. Brasília: CNV, 2014, v. 1, t. 2, p. 964. Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/textos-do-colegiado/586-epub.html>>. Acesso em 5 abr. 2018). A CNV foi criada por meio da Lei n. 12.528/2011, representando um cumprimento parcial do Brasil na decisão emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Seu escopo é concretizar o *direito à memória e verdade dos fatos*, uma das dimensões da *justiça de transição*, ao lado da *necessidade de responsabilização dos perpetradores das violações de direitos humanos, obrigação de promover reformas institucionais e dever de reparação das vítimas*.

²⁶⁹ CtIDH, caso Cosme Rosa Genoveva e outros vs. Brasil, sentença de 16/2/2017.

²⁷⁰ CtIDH, caso Escher e outros vs. Brasil, sentença de 6/7/2009.

que a preponderância da normativa externa violaria a soberania nacional, seja sob a justificativa de que esbarraria na supremacia constitucional²⁷¹.

Feita essa breve apresentação acerca da proteção internacional dos direitos humanos, impõe-se registrar que o escopo deste capítulo é examinar a garantia do duplo grau de jurisdição no âmbito dos quatro principais sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos: o europeu, o africano, o onusiano (ou universal) e o interamericano, com especial ênfase para este.

3.2 O sistema europeu de proteção aos direitos humanos

No ano de 1949, foi aprovado, em Londres, o Conselho da Europa, “[...] uma organização internacional de caráter regional baseada nos valores e nos princípios comuns dos Estados europeus ocidentais, como a liberdade, a democracia, o respeito aos direitos humanos e império da Lei”²⁷². De acordo com André de Carvalho Ramos, a criação do Conselho da Europa se fez em um contexto de inserção da parte ocidental da Europa no mundo bipolar surgido após o encerramento da Segunda Guerra Mundial. Conscientes de que isoladamente não poderiam fazer frente ao poderio dos Estados Unidos da América e da extinta União Soviética, os grandes vencedores do conflito, os Estados europeus buscaram atuar com sinergia e cooperação. Assim, os países capitalistas da Europa ocidental firmaram tratados multilaterais que, sob o ponto de vista militar (União da Europa Ocidental, em 1954), econômico (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, em 1951) e político (Conselho da Europa), mostravam uma reação ao mundo bipolar que se instaurava. E, ainda dentro desse contexto, em 1950, na cidade de Roma, é assinada a Convenção Europeia de Direitos e Liberdades do Homem, uma forma de firmar as diferenças com o bloco soviético

²⁷¹ A título exemplificativo, registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, em manifesto desrespeito ao disposto no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e à interpretação efetuada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que o desacato (CPP, art. 331) continua a ser uma conduta delitativa (STJ, Terceira Seção, HC 379.269-MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. p/ o acórdão Min. Antônio Saldanha Palheiro, por maioria, julgado em 24/5/2017). Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em dissonância com o entendimento firmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da imprescritibilidade dos delitos contra a humanidade, indeferiu o pleito de extradição formulado pelo Governo Argentino, sustentando que, em âmbito nacional, tais crimes estão sujeitos à prescrição (STF, Tribunal Pleno, Ext 1362/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, julgado em 9/11/2016).

²⁷² NIÑO ESTÉBANEZ, Roberto. *La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Fe d'Erratas, 2014, p. 15, tradução livre: “[...] una organización internacional de carácter regional basada en los valores y en los principios comunes de los Estados europeos occidentales, como la libertad, la democracia, el respecto a los derechos humanos y el imperio de la Ley.”

e reforçar políticas liberais internas, já que os Estados europeus, então, passam a aceitar a internacionalização da temática de proteção dos direitos humanos²⁷³.

Inicialmente, o monitoramento da Convenção Europeia era uma incumbência da Comissão Europeia de Direitos Humanos, cuja extinção ocorreu por meio do Protocolo n. 11, firmado em 1994. Em sua substituição, estabeleceu-se o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, órgão internacional de funcionamento permanente composto de um número de juízes equivalente ao número de Estados-membros da Convenção e encarregado de delimitar todas as questões relativas à interpretação e aplicação da Convenção e de seus Protocolos, mediante o acionamento de qualquer indivíduo, grupo de pessoas ou organização governamental, por petição apresentadas nos seis meses subsequentes ao esgotamento dos recursos internos (arts. 19, 20, 32, 34 e 35).

Em sua redação originária, a Convenção Europeia previa algumas garantias processuais mínimas no art. 6º que compunham a noção do “processo equitativo”, tais como o juiz natural, a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório.

3.2.1 A garantia do duplo grau de jurisdição e sua interpretação pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Com efeito, a garantia do duplo grau de jurisdição não foi reconhecida pela redação originária da Convenção Europeia de Direitos Humanos, tendo sido assegurada apenas em 1984, com o advento do Protocolo n. 7.

Dispõe o art. 2.1 do Protocolo n. 7 que “Qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei”. Nota-se que a redação é bastante completa, não deixando dúvidas acerca da hipótese de cabimento do recurso e da autoridade competente para examiná-lo: o recurso é cabível nos casos em que a pretensão acusatória seja julgada procedente, cabendo o seu exame a uma instância superior. Por outro lado, há excessiva discricionariedade aos Estados-partes na conformação dessa

²⁷³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 161-162.

garantia, pois o seu exercício e os fundamentos pelos quais poderá ser exercido o direito deverão ser regulamentados pela lei.

A esse propósito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Krombach vs. França*, assentou que o art. 2 do Protocolo n. 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos atribuiu aos Estados-membros uma ampla margem de apreciação, sendo admitido que estipulem, por exemplo, que o reexame pelo tribunal *ad quem* poderá embasar-se em questões de direito e de fato ou apenas em questões de direito²⁷⁴. Ao explicar a exegese fixada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Teresa Armenta Deu anota que basta “[...] a mera concessão de um recurso, ainda que esse seja de caráter extraordinário, é dizer, que não permita a revisão integral da sentença por todas e cada uma das irregularidades que lhe possam afetar [...]. O direito ao recurso penal, pois, não equivale ao direito a uma segunda instância”²⁷⁵.

Apesar disso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos firmou jurisprudência no sentido de que, em determinadas situações, é impositivo que o órgão *ad quem* reinquirira o recorrente. No caso *Ektabani vs. Suécia*, após ter sido condenado em primeira instância, o requerente interpôs recurso pleiteando a declaração de sua inocência e, para tanto, postulou por sua inquirição na Corte de Apelação. No entanto, seu pedido foi denegado, tendo sido mantida a condenação. De acordo com o Tribunal Europeu, as garantias do art. 6 da Convenção Europeia devem ser observadas em todas as instâncias, ressalvadas as características do julgamento recursal e a competência do órgão encarregado de analisar o recurso. Por isso, nas hipóteses em que o órgão *ad quem* careça de competência para apreciar a matéria fático-probatória, limitando-se o julgamento a aspectos de direito, torna-se desnecessário um contato imediato dos julgadores com os elementos de prova de natureza oral. Todavia, nos casos em que esse contato seja relevante para determinar a inocência ou a culpabilidade do imputado, uma audiência oral e pública perante o órgão *ad quem*, com a participação do imputado, será imperiosa²⁷⁶.

²⁷⁴ TEDH, caso *Krombach vs. França*, sentença de 13/2/2001, § 96. No mesmo sentido: TEDH, caso *Müller vs. Austria*, sentença de 5/10/2006, § 25; TEDH, caso *Hauser-Sport vs. Austria*, sentença de 7/12/2006, §§ 51-52.

²⁷⁵ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 5. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 256, tradução livre: “[...] la mera concesión de un recurso, aunque éste sea de carácter extraordinario, es decir, que no permita la revisión íntegra de la sentencia por todas y cada una de las irregularidades que la puedan afectar [...]. El derecho al recurso penal, pues, no equivale al derecho a una segunda instancia”. Cf., ainda: BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016, p. 503-504.

²⁷⁶ TEDH, caso *Ektabani vs. Suécia*, sentença de 26/5/1988, §§ 30-33.

Sobre o ponto, como resume Décio Alonso Gomes, a partir do caso Ekbatani, “[...] paulatinamente foi fixado que quando a instância de apelação é chamada a conhecer de um assunto em seus aspectos de fato e de direito e a estudar em seu conjunto a questão da culpabilidade ou inocência do imputado, não pode, por motivos de equidade do processo, decidir estas questões sem apreciação das declarações apresentadas pessoalmente pelo próprio imputado que sustenta não ter cometido a ação considerada delitativa, precisando neste ponto, que, após o pronunciamento absolutório em primeira instância, o imputado deveria ser ouvido pelo Tribunal de apelação especialmente, considerando-se que foi o primeiro a condená-lo no marco de um procedimento dirigido a resolver sobre uma questão em matéria penal”.²⁷⁷

Por outro lado, quaisquer restrições estipuladas ao duplo grau de jurisdição devem perseguir um fim legítimo e não podem vulnerar a própria essência da garantia. Partindo desse norte interpretativo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que, ao definir a sentença de condenação como irrecorrível, mas estipular que, por iniciativa do presidente do Tribunal, ela poderá ser revista, pouco importa se de ofício ou a requerimento do interessado, mas, de qualquer forma, sem estabelecer o procedimento para tanto, o Estado viola tal garantia²⁷⁸. Da mesma forma, é vedado ao Estado definir como irrecorrível a sentença pelo simples fato de que o imputado tenha sido julgado à revelia²⁷⁹ ou estipular a obrigação de recolher-se à prisão para recorrer²⁸⁰.

Além das restrições previstas pelos Estados-membros no âmbito de sua margem de apreciação, o texto do Protocolo n. 7 consagra algumas hipóteses em que a garantia do duplo grau de jurisdição poderá ser excepcionada. Afirma o seu art. 2.2 que “Este direito pode ser objecto de exceções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou

²⁷⁷ GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 200. No mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 277: “[...] é posição pacífica na jurisprudência convencional europeia que, nos casos em que houver a reavaliação do lastro probatório, envolvendo provas pessoais orais, em que se modifique uma sentença absolutória para condenar o imputado em segundo grau, impõe-se a realização de uma audiência para julgamento oral e contraditório, com a participação do réu, que poderá exercer sua defesa pessoal sempre que sustentar sua inocência diante da acusação”.

²⁷⁸ TEDH, caso Galstyan vs. Armênia, sentença de 15/11/2007, § 126. Em sentido similar: TEDH, caso Kakabadze e outros vs. Georgia, § 97.

²⁷⁹ TEDH, caso Krombach vs. França, sentença de 13/2/2001, §§ 99-100.

²⁸⁰ TEDH, caso Papon vs. França, sentença de 25/7/2002, §§ 96-100.

declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição”. São previstas, portanto, três exceções ao duplo grau de jurisdição: a) julgamento e condenação pela prática de “infrações menores”, a serem definidas em lei; b) julgamento e condenação em ação de competência originária pela mais alta Corte do Estado-parte; e c) condenação após o provimento de recurso acusatório interposto contra a sentença absolutória.

De acordo com o art. 2.2 do Protocolo n. 7, cabe ao Estado-parte definir quais são as “infrações menores”. Aqui, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entende que um dos critérios para delimitar a gravidade das infrações é a cominação de penas privativas de liberdade. Dessa forma, se a legislação sanciona a conduta delituosa com essa espécie de pena, não pode o Estado-membro dispensar a observância da referida garantia, não se qualificando, pois, como “infração menor” o tipo penal a que a legislação comine pena privativa de liberdade em seu preceito secundário²⁸¹.

Ademais, insta registrar que, segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a aceitação de um acordo de colaboração penal, com a consequente admissão dos fatos imputados pela acusação, pode implicar a renúncia à garantia de recorrer, não se tratando de uma indevida restrição ao duplo grau de jurisdição²⁸². Todavia, a despeito da aceitação do acordo de colaboração penal resultar na renúncia de algumas garantias processuais, a admissão dos fatos pelo colaborador não pode impedi-lo de utilizar o recurso para questionar a classificação jurídica atribuída pelo julgador aos fatos que lhe foram imputados, especialmente se a interpretação adotada não era previsível²⁸³.

No que se refere ao intersecção da garantia do duplo grau de jurisdição e do direito à liberdade, isto é, a possibilidade de se autorizar a execução imediata de uma sentença de condenação, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é oscilante. Assim, por exemplo, no caso *Fiat vs. Grécia*, o Tribunal Europeu entendeu pela legitimidade da imediata execução da sentença imposta a um estrangeiro que não possuía vínculos com o Estado²⁸⁴. Por outro lado, no caso *Shvydka vs. Ucrânia*, embora não tenha desautorizado a

²⁸¹ TEDH, caso *Zaicev vs. Letônia*, sentença de 31/7/2007, § 55; caso *Gurepka vs. Ucrânia*, sentença de 8/4/2010, § 33; caso *Kamburov vs. Bulgária*, sentença de 23/4/2009, §§ 22-27; caso *Zaicev vs. Letônia*, sentença de 31/7/2007, §§ 54-55; caso *Galstyan vs. Armênia*, sentença de 15/11/2007; caso *Ashughyan vs. Armênia*, sentença de 1/12/2008, § 108; caso *Stanchev vs. Bulgária*, sentença de 1/1/2010, § 48; caso *Luchaninova vs. Ucrânia*, §§ 71-72, sentença de 9/9/2011.

²⁸² TEDH, caso *Natsvlshvili e Togonidze vs. Geórgia*, sentença 8/9/2014 §§ 90-98.

²⁸³ TEDH, caso *Rostovtsev vs. Ucrânia*, sentença de 25/10/2017, §§ 30-38.

²⁸⁴ TEDH, caso *Firat vs. Grécia*, sentença de 9/11/2017, §§ 35-46.

execução imediata da sentença penal condenatória, o Tribunal Europeu entendeu pela inefetividade do recurso utilizado pelo imputado, tendo em vista que, em razão da ausência de atribuição do efeito suspensivo pela legislação local, autorizando a execução imediata da sentença, ao tempo da apreciação da apelação, a pena já havia sido cumprida e, ainda que exista a possibilidade de obtenção de reparações materiais e morais, trata-se de mera compensação financeira²⁸⁵.

Já no caso *Ruslan Yakovenko vs. Ucrânia*, o Tribunal Europeu entendeu pela violação do art. 2 do Protocolo n. 7, tendo em vista que o exercício do recurso foi condicionado à prisão do imputado. Isso porque as cortes nacionais determinaram que sua prisão fosse mantida até que a sentença de primeira instância se tornasse definitiva, de modo que, se o imputado decidisse por apelar, sua prisão preventiva se prolongaria por prazo indeterminado, perdurando até que a sentença fosse reexaminada; ou seja, diante da situação criada pelos tribunais locais, o imputado foi forçado a escolher entre o direito de apelar e o direito de liberdade, porque, caso tivesse apelado, sua soltura teria sido atrasada²⁸⁶.

Isso posto, pode-se afirmar que a garantia do duplo grau de jurisdição goza de previsão no sistema europeu de direitos humanos, embora não tenha sido instituída originariamente pela Convenção Europeia de Direitos Humanos. Na interpretação do art. 2 do Protocolo n. 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem procurado estabelecer o conteúdo mínimo da garantia em tela, não obstante frise que em sua regulamentação é assegurada aos Estados-partes uma ampla margem de apreciação.

3.3 O sistema africano de proteção aos direitos humanos

O sistema africano de proteção aos direitos humanos, o mais jovem dos sistemas regionais, foi inaugurado em 1986, com a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, também chamada de Carta de Banjul. Em vigor internacional desde 1986, a Carta Africana foi ratificada por 53 Estados do continente.

A proteção dos direitos humanos é um tema muito caro para a história africana, não somente em razão das constantemente noticiadas violações de direitos ocorridas no

²⁸⁵ TEDH, caso *Shvydka vs. Ucrânia*, sentença de 31/1/2015, §§ 53-54. No mesmo sentido: TEDH, caso *Tsvetkova e outros vs. Rússia*, sentença de 10/9/2018, §§ 188-191; TEDH, caso *Martynyuk vs. Rússia*, §§ 38-43.

²⁸⁶ TEDH, caso *Ruslan Yakovenko vs. Ucrânia*, sentença de 4/9/2015, §§ 81-82.

continente, mas, ainda, como uma reação dos Estados africanos contra o colonialismo. Partindo dessa constatação, a Carta Africana, logo em seu Preâmbulo, pontua que os Estados africanos são “Conscientes do seu dever de libertar totalmente a África cujos povos continuam a lutar pela sua verdadeira independência e pela sua dignidade, e comprometendo-se a eliminar o colonialismo, o neocolonialismo, o apartheid, o sionismo, as bases militares estrangeiras de agressão e quaisquer formas de discriminação, nomeadamente as que se baseiam na raça, etnia, cor, sexo, língua, religião ou opinião política”.

Ponto inovador na Carta Africana é a sua visão coletivista dos direitos humanos, inserindo-os ao lado dos “direitos dos povos”²⁸⁷, sendo certo que há uma inter-relação entre eles, porquanto “os direitos fundamentais do ser humano se baseiam nos atributos da pessoa humana, o que justifica a sua proteção internacional, e que, por outro lado, a realidade e o respeito dos direitos dos povos devem necessariamente garantir os direitos humanos” (CADHP, Preâmbulo). Ademais, a indivisibilidade dos direitos humanos é expressamente reconhecida, afirmando o Preâmbulo da Carta Africana que “os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade, e que a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos civis e políticos”. Trata-se de disciplina que se mostra superior, por exemplo, aos tratados que compõem o sistema onusiano de proteção de direitos humanos: de um lado, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e, de outro lado, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujos direitos são de progressiva implementação (PIDESC, art. 2), em comparação com os direitos consagrados naquele tratado.

No que se refere às garantias processuais, o art. 7.1 da Carta Africana assegura as seguintes prerrogativas: a) o direito de acesso à justiça, consagrando-o como “o direito de recorrer aos tribunais nacionais competentes contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor”; b) o direito à presunção de inocência, pontuando que ela perdura “[...] até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente”; c) “o direito de defesa, incluindo o de ser assistido por um defensor de sua livre escolha”; d) o direito ao juiz

²⁸⁷ FERNANDES, Guilherme Antonio de Almeida Lopes. *O controle de convencionalidade no sistema interamericano para proteção dos direitos humanos*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 72.

natural, assim como à duração razoável do processo, afirmando que todos têm “o direito de ser julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial”.

Originariamente, o órgão encarregado de monitorar os Estados em relação ao cumprimento da Carta Africana era a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, um órgão convencional autônomo²⁸⁸, de natureza *quase judicial*²⁸⁹. A Comissão Africana pode ser acionada por Estados-membros da Carta Africana ou por seus nacionais (CADHP, arts. 47 e 55). Posteriormente, foi criado o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, por meio de um Protocolo à Carta Africana que foi aprovado pelos Estados-membros da então Organização da Unidade Africana – sucedida pela União Africana –, em Ouagadougou, Burkina Faso, em junho de 1998. O Protocolo entrou em vigor em 25/1/2004, após ratificação por mais de 15 países e, atualmente, foi ratificado por 30 Estados. De acordo com Marina Feferbaum, a criação do Tribunal Africano assume importância sob o viés político, eis que deixa de lado a abordagem não contenciosa de solução dos conflitos entre os Estados, representando, portanto, uma mudança de paradigma, assim como sob a ótica jurídica, pois detém competência para a emissão de decisões vinculantes²⁹⁰.

O Tribunal Africano pode ser acionado (a) pelo Estado-parte que submeteu o caso à Comissão Africana, (b) pelo Estado-parte demandado perante a Comissão Africana, (c) por um Estado-parte cuja vítima seja seu nacional e (d) por Organizações Africanas Intergovernamentais (PCADHP, art. 5). Adicionalmente, o Tribunal Africano poderá receber petições das próprias vítimas, desde que o Estado faça uma declaração específica outorgando-lhe tal competência (PCADHP, art. 34.6 c. c/ 5.3), situação em que “há o acesso *condicionado do indivíduo*”²⁹¹. Ademais, impõe-se destacar que o Tribunal Africano não adota a teoria da quarta instância e frisa que não detém competência para reexaminar os elementos de prova utilizados em um processo judicial, de modo a alterar o seu resultado final, podendo apenas aferir se o modo pelo qual foram avaliados pelas instâncias nacionais

²⁸⁸ FEFERBAUM, Marina. *Proteção internacional dos direitos humanos: análise do sistema africano*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

²⁸⁹ FERNANDES, Guilherme Antonio de Almeida Lopes. *O controle de convencionalidade no sistema interamericano para proteção dos direitos humanos*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 74.

²⁹⁰ FEFERBAUM, Marina. *Proteção internacional dos direitos humanos: análise do sistema africano*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84.

²⁹¹ FERNANDES, Guilherme Antonio de Almeida Lopes. *O controle de convencionalidade no sistema interamericano para proteção dos direitos humanos*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 77, grifos do original.

foi adequado aos *standards* de proteção do direito internacional dos direitos humanos, constatando, assim, erros aparentes ou manifestos que possam ter ocasionado uma denegação de justiça²⁹².

3.3.1 A garantia do duplo grau de jurisdição e sua interpretação pelo Tribunal Africano

Uma análise da jurisprudência do Tribunal Africano revela que a maior parte dos casos sobre a violação de garantias processuais refere-se à denegação do direito de defesa, seja por conta da denegação da defesa técnica²⁹³, seja pela inefetividade do direito de defesa²⁹⁴.

Especificamente no que tange à garantia do duplo grau de jurisdição, o exame da jurisprudência do Tribunal Africano revela que o seu entendimento é no sentido de que se trata de um elemento íntinseco ao devido processo legal, estando consagrada no art. 7.1.a da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos e, por isso, cabendo ao Estado assegurá-la²⁹⁵. Ademais, o recurso disciplinado pelo Estado deve assegurar o reexame da matéria fática, não podendo a devolução da matéria restringir-se a aspectos meramente formais²⁹⁶. Adicionalmente, incumbe ao Estado-parte assegurar o seu exercício, fornecendo os documentos necessários para tanto, tais como cópias autenticadas dos autos que sejam necessárias para a interposição do recurso²⁹⁷. E, por fim, a garantia em tela não autoriza a supressão de instância, inexistindo violação a ela nos casos em que o órgão *ad quem* não tenha apreciado a matéria porque o recorrente a introduziu originariamente em segunda instância, deixando de debatê-la no juízo *a quo*²⁹⁸.

²⁹² TADHP, caso Oscar Josiah vs. República Unida da Tanzânia, §§ 51-54, sentença de 28/3/2019; caso Kenedy Ivan vs. República Unida da Tanzânia, sentença de 28/3/2019, §§ 61.

²⁹³ TADHP, caso Anaclet Paulo vs. República Unida da Tanzania; TADHP, caso Minani Evarist vs. República Unida da Tanzânia; caso Kenedy Ivan vs. República Unida da Tanzânia, sentença de 28/3/2019.

²⁹⁴ TADHP, caso Diocles William vs. República Unida da Tanzânia.

²⁹⁵ TADHP, caso Mgesi Mwita Makungu vs. República Unida da Tanzânia, §§ 56-65, sentença de 7/12/2018.

²⁹⁶ TADHP, caso Sebastien Germain Ajavon vs. República do Benin, sentença de 29/3/2019, §§ 211-215

²⁹⁷ TADHP, caso Alex Thomas vs. República Unida da Tanzânia, sentença de 20/11/2015, §§ 100-110; caso Kennedy Owino Onyachi e outro vs. República Unida da Tanzânia, sentença de 28/9/2017, §§ 113-121.

²⁹⁸ TADHP, caso George Maili Kemboge vs. República Unida da Tanzânia, §§ 50-52.

3.4 O sistema internacional de proteção dos direitos humanos

A Organização das Nações Unidas surgiu após o encerramento dos conflitos bélicos do final da primeira metade do século XX e como uma tentativa de evitar que novos abusos estatais fossem cometidos contra o ser humano. Conforme resume Carlos Weis, “[...] desconfiando da capacidade que os governos nacionais tinham de subverter a ordem democrática interna e, novamente, solapar os direitos humanos, os líderes mundiais do pós-guerra, orientados e pressionados por pessoas e grupos sociais progressistas, ressuscitaram a idéia de uma Comunidade Internacional de Nações, a que deram o nome de *Organização das Nações Unidas*, no bojo da qual haveria de nascer um conjunto de normas e organismos voltados à construção e preservação daqueles direitos inerentes aos seres humanos”²⁹⁹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é um importante marco na proteção do ser humano, em que pese a ausência de sua força vinculante, tendo em vista a sua natureza jurídica. De fato, em razão de sua implementação por meio de uma Resolução da ONU (Resolução n. 217, em 10/12/1948), a doutrina enfatiza que a Declaração Universal seria despida de força obrigatória³⁰⁰. A Declaração Universal prevê algumas garantias processuais, tais como o juiz natural (DUDH, art. X), a presunção de inocência e a ampla defesa (DUDH, art. XI). Embora não mencione expressamente a garantia do duplo grau de jurisdição, a Declaração assegura ao indivíduo o “[...] direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei” (DUDH, art. VIII).

Posteriormente, em 1966, foram redigidos dois pactos: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A principal diferença entre ambos os tratados deve-se ao modo de implementação dos respectivos direitos: enquanto os direitos civis e políticos são dotados de imediata aplicação (PIDCP, art. 2), os direitos econômicos, sociais e culturais são seguem a lógica da aplicação progressiva, porquanto o Estado signatário “[...] compromete-se a adotar medidas,

²⁹⁹ WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 87.

³⁰⁰ Cf.: ANTUNES, Eduardo Muylaert. Natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: PIVOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p; 607-624). Sem embargo, existem argumentos doutrinários sustentado sua obrigatoriedade com base na ideia de que constituiria o costume internacional sobre a matéria ou mesmo sua interpretação autêntica (Sobre essas correntes, cf.: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47-48).

tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” (PIDESC, art. 2.1).

De maneira contrária às características da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos³⁰¹, os aludidos pactos internacionais propõem um tratamento cindido dos direitos. Segundo Carlos Weis, essa divisão normativa serviu “[...] ao propósito dos Países do bloco liderado pelos Estados Unidos e potências europeias de conservar a noção individualista liberal dos direitos humanos, diminuindo a importância das prescrições relativas ao estabelecimento de um padrão digno de existência social, através da cooperação técnica e financeira dos países desenvolvidos – o que, de certa forma, garantia a permanência dos Países subdesenvolvidos como fornecedores de produtos primários e mão-de-obra barata”³⁰². De qualquer forma, frise-se, em 1968, a Organização das Nações Unidas reconheceu, por ocasião da Conferência de Teerã, que “Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível [...]”, ou seja, consagrou-se em âmbito internacional a indivisibilidade dos direitos humanos.

Atualmente, inúmeros outros pactos fazem parte do sistema onusiano, a exemplo da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradante, da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sendo que esta última, assim como o seu Protocolo Facultativo, foram ratificados pelo Estado brasileiro sob o rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

3.4.1 A garantia do duplo grau de jurisdição e sua interpretação pelo Comitê de Direitos Humanos

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, incorporado ao ordenamento nacional por meio do Decreto n. 592/1992, traz a garantia do duplo grau de jurisdição no art.

³⁰¹ Sobre essas características, cf.: RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 230-233.

³⁰² WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 94-95.

14.5, nos seguintes termos: “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”.

O órgão encarregado de monitorar o cumprimento do referido tratado pelos Estados que o ratificaram é o Comitê de Direitos Humanos. Além de examinar relatórios periódicos (PIDCP, art. 40), apreciar demandas inter-estatais (PIDCP, art. 41) e analisar petições individuais (Segundo Protocolo Facultativo ao PIDCP, aprovado no Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 311/2009), o Comitê de Direitos Humanos também pode emitir comentários-gerais sobre os direitos previstos no Pacto Internacional.

Nesse contexto, a garantia do duplo grau de jurisdição é objeto do Comentário-Geral n. 32/2007, além de ser objeto de decisões oriundas do sistema de peticionamento individual.

De acordo com o Comitê de Direitos Humanos, o cabimento da garantia é indiscriminado, alcançando todos os tipos de delito, embora não se aplique a procedimentos de ordem extrapenal³⁰³.

Adicionalmente, apesar da cláusula “em conformidade com a lei”, trata-se de garantia que encontra seu fundamento no tratado, motivo pelo qual a sua existência, em si, não está sujeita à discricionariedade estatal. Assim, os termos convencionais referem-se à atribuição do Estado-parte em determinar as modalidades recursais e o órgão jurisdicional competente para examiná-las³⁰⁴. A esse propósito, o art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não exige que os Estados-partes prevejam múltiplos graus de jurisdição, mas, caso assim o façam, deverão providenciar para que o acesso a cada um deles seja efetivo³⁰⁵.

Segundo o Comitê de Direitos Humanos, o art. 14.5 do Pacto Internacional é violado em três hipóteses: a) previsão pelo ordenamento nacional de que a decisão de primeira instância seja definitiva, ou seja, instituição do julgamento em instância única; b) ausência de previsão pelo ordenamento do Estado-parte da possibilidade de reexame de condenação imposta em decorrência da reforma de uma sentença absolutória; c) impossibilidade de reexame da condenação imposta em decorrência de processo de competência originária do

³⁰³ CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32/2007, § 46; Comunicação n. 1572/2007, caso Panteleimon vs. Grécia, § 4.4.

³⁰⁴ CDH-ONU, Comunicação n. 1095/2002, Caso Gomaríz Valera vs. Espanha, § 7.1; Comunicação n.64/1979, caso Salgar de Montejo vs. Colômbia, § 10.4; Comentário-Geral n. 32/2007, § 45.

³⁰⁵ CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32/2007, § 45; Comunicação n. 903/1999, caso Van Hulst vs. Holanda, § 6.4.

tribunal supremo do Estado-parte³⁰⁶. Sem embargo, o Comitê de Direitos Humanos entende que podem ser formuladas reservas ao art. 14.5 do Pacto Internacional, o que afasta a alegação de eventual violação. Assim, na Comunicação n. 75/1980 (caso Fanali vs. Itália), o Comitê reputou legítima a reserva efetuada pela Itália no sentido de que o art. 14.5 do Pacto Internacional seria inaplicável aos processos de competência originária de sua Corte Constitucional envolvendo o Presidente da República e seus Ministros³⁰⁷.

O reexame exigido pela garantia prevista no art. 14.5 do Pacto Internacional deve ser amplo, não podendo se limitar a aspectos meramente formais ou estritamente jurídicos da condenação. Dessa forma, o órgão definido como competente pelo Estado-parte para apreciar o recurso deve possuir competência para reexaminar a condenação em sua inteireza, tanto no que se refere à suficiência dos elementos de prova, como aos fundamentos legais. Entretanto, é prescindível que o órgão *ad quem* proceda à uma nova instrução, bastando que tenha competência examinar os elementos de prova que embasaram a condenação³⁰⁸.

Para que o recurso possa proporcionar um controle efetivo, a sentença de condenação deve ser motivada e por escrito, devendo o Estado-parte assegurar o seu acesso ao jurisdicionado, assim como a todos os documentos que sejam necessários para instrumentalizar o seu inconformismo perante a instância superior³⁰⁹. Além disso, o reexame da condenação deve ser realizado em um prazo razoável, “[...] sem dilações indevidas”, conforme previsão do art. 14.3.c do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e deverá ocorrer antes do início da execução da pena, isto é, previamente ao trânsito em julgado da condenação³¹⁰.

Por fim, o cidadão condenado deve ser informado de que seu patrono não pretende recorrer da sentença de condenação para que possa constituir oportunamente outro defensor

³⁰⁶ CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32/2007, § 47; Comunicação n. 1095/2002, caso Gomaríz Valera vs. Espanha, § 7.1; Comunicação n. 1073/20202, caso Jesús Terron vs. Espanha, § 7.4.

³⁰⁷ CDH-ONU, Comunicação n. 75/1980, caso Fanali vs. Itália, § 11.8.

³⁰⁸ CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32/2007, § 48; Comunicação n. 1110/2002, caso Bandajevsky vs. Bielorrússia, § 10.13; Comunicação n. 802/1998, caso Andrew Rogerson vs. Austrália, § 7.5; Comunicação n. 701/1996, caso Gómez Vázquez, § 11.1; Comunicação n. 984/2001, caso Shukuru Juma vs. Austrália, § 7.5.

³⁰⁹ CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32/2007, § 49; Comunicação n. 903/1999, caso Van Hulst, § 6.4.

³¹⁰ CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32/2007, §§ 49-50.

ou obter assistência jurídica gratuita, viabilizando que as razões de seu inconformismo possam ser endereçadas à instância *ad quem*³¹¹.

Discute-se, no entanto, se as resoluções e interpretações do Comitê de Direitos Humanos seriam dotadas de força vinculante ou não. A doutrina internacionalista, a esse propósito, classifica o Comitê de Direitos Humanos como um *mecanismo convencional quase judicial*. Vale dizer: trata-se de um mecanismo de monitoramento previsto no seio de um tratado cujos dispositivos não se referem às suas decisões como sentenças, omitindo-se, ainda, sobre a sua força vinculante³¹². Nesse contexto, frisa-se que, por ser inquestionável que, no âmbito internacional, diversamente do que sucede na esfera nacional, a jurisdição não é atributo inerente ao órgão, mas, sim, derivado de um ato de vontade do Estado que, ao ratificar um determinado tratado, confere fundamento para a sua constituição e lhe atribui poder para a resolução de controvérsias de âmbito internacional, não seria possível reconhecer a força vinculante das determinações do Comitê de Direitos Humanos ou de outros órgãos internacionais com a mesma feição, eis que ausente dispositivo nesse sentido no respectivo tratado que o criou³¹³.

Sob outra ótica, argumenta-se que a ausência de dispositivo expresse acerca da força vinculante das determinações do Comitê não pode ser impeditivo de seu reconhecimento. Isso porque, em se cuidando de um tratado de proteção ao ser humano, deve-se adotar uma exegese em prol do aumento da carga protetiva. Ademais, é inquestionável que, na maior parte dos casos, a atribuição de competência a esses órgãos, como é o caso do Comitê de Direitos Humanos, é feita mediante uma cláusula de adesão facultativa ao Estado, de modo

³¹¹ CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32/2007, § 51; Comunicação n. 750/1997, caso Silbert Daley vs. Jamaica, § 7.5.

³¹² RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 90.

³¹³ Como esclarece Wagner Menezes, “Esse poder que têm os Tribunais Internacionais de determinar e fazer cumprir um mandamento baseado no Direito para os Estados, não é inato, mas a fonte principal que permite a eles expressar os direitos e obrigações das partes. É baseada na vontade criadora dos próprios Estados e na atribuição por eles concedida, que delimita suas competências e prescreve seu funcionamento em um Tratado constitutivo” (MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 327). Por isso, na esfera internacional, “[...] a essência da jurisdição é a transferência de um poder para que os Tribunais Internacionais exerçam a administração da justiça, para que ordenem as relações internacionais dentro de um marco regulatório pautado sobre as bases do Direito [...]”, de modo que a “[...] jurisdição internacional é a capacidade atributiva (poder) exercida por um Tribunal Internacional constituído a partir de um tratado, decorrente da vontade soberana dos Estados, no sentido de resolver os conflitos à medida que a ele sejam apresentados, em lugar daqueles que no conflito estão envolvidos, mediante a aplicação de uma solução contida no sistema jurídico normativo baseado na própria concepção do Direito Internacional, fontes, princípios e, principalmente, a vontade definidora e delimitadora dos Estados componentes da sociedade internacional” (MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 330-331).

que este pode aderir ao tratado sem ratificá-la, ficando imune ao referido sistema de monitoramento de suas obrigações. “Mas se expressamente aceita tal sistema seria ilógico considerar as deliberações finais dos mesmos como meros conselhos ou recomendações”³¹⁴, visto que “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé” (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados/1969, art. 26). Vale dizer: dar integral cumprimento às decisões do Comitê de Direitos Humanos e de outros órgãos similares equivaleria a cumprir o tratado de boa-fé.

3.5 O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é formado por quatro diplomas principais: de um lado, a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem³¹⁵ e, de outro, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador. Por isso, há um *sistema dúplice de proteção*: o de *caráter geral*, baseado na Carta e na Declaração, impondo-se aos Estados que são membros da Organização dos Estados Americanos, e o de *caráter restrito*, embasado, sobretudo, na Convenção e no Protocolo – além de outros diplomas que possam ser ratificados pelos Estados – e que se impõe unicamente para os Estados signatários desses tratados³¹⁶. A diferença é fundamental, tendo em vista que a Corte Interamericana de Direitos Humanos somente poderá atuar nos casos baseados no sistema de caráter restrito e, ainda, apenas em face de Estados que tenham reconhecido a sua jurisdição contenciosa (CADH, art. 62).

A Organização dos Estados Americanos surge no contexto da guerra fria. Posteriormente, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o primeiro passo concreto para a promoção dos direitos humanos no continente, como observa André

³¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 364.

³¹⁵ No que tange à Declaração Americana, diversamente do que sucede com a Declaração Universal, o entendimento acerca de sua força jurídica é distinto, eis que lhe foi atribuída força vinculante indireta, pois incorporada no texto da Carta da OEA (art. 145) (cf., sobre o ponto: WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 145).

³¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 201; GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138.

de Carvalho Ramos³¹⁷. Com o apoio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1969, é redigida a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Não se pode deixar de observar que, à época da redação da Convenção Americana, os países do continente eram dominados por ditaduras militares, criando uma situação paradoxal, qual seja, a elaboração de um texto internacional de proteção aos direitos humanos destinado a uma região em que predominavam regimes manifestamente descomprometidos com o respeito aos direitos humanos. Conforme esclarece André de Carvalho Ramos, “Esse paradoxo pode ser explicado pela tentativa das ditaduras da época (e, conseqüentemente, da OEA, organização intergovernamental) de transmitir uma aparência de normalidade e semelhança com outros Estados da sociedade internacional, obtendo, com isso, legitimação e apoio para sua perpetuação. Para tanto, nada melhor que mimetizar o discurso de respeito a direitos humanos e democracia, mesmo sem qualquer intenção de pô-lo em prática”³¹⁸.

Bem elucidativo desse “discurso vazio” de proteção aos direitos humanos é o caso do Brasil. Perceba-se, com efeito, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos somente foi incorporada no ordenamento nacional em 1992, por meio do Decreto n. 678/1992, justamente após a superação do regime militar. E, a despeito da superação do regime de exceção, a ratificação da Convenção Americana pelo Brasil, inicialmente, não se deu de maneira integral: apenas em 1998, na forma do art. 62 da Convenção Americana, o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, declarando que o seu exercício deveria dar-se em relação aos fatos posteriores ao dia 10/12/1998 (Decreto n. 4.463/2002). Tratou-se de uma frustrada tentativa de evitar a responsabilização internacional por fatos ocorridos durante o período da ditadura militar: é que, embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos seja temporalmente incompetente para apreciar possíveis violações de direitos humanos ocorridas anteriormente ao momento em que reconhecida a sua jurisdição internacional, não há impedimento para analisar situações em que tenha sido caracterizada a permanência ou continuidade da violação, como é o caso das hipóteses de desaparecimento forçado, servindo de exemplo o caso Gomes Lund

³¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 206.

³¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 218.

e outros vs. Brasil, ou de denegação de acesso à justiça diante da não elucidação dos fatos, a exemplo do caso Vladimir Herzog vs. Brasil.

No presente trabalho, impõe-se frisar que será atribuída maior importância à exegese fixada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em detrimento da interpretação adotada pelos demais demais órgãos de proteção dos direitos humanos. Registre-se que esta opção não é arbitrária, estando justificada pelo fato da maior eficiência e especificidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos no tratamento da matéria, eis que inserida em um ambiente no qual os Estados gozam de um similar contexto político, econômico, social e jurídico³¹⁹. A esse propósito, embora não sejamos adeptos de uma concepção relativista dos direitos humanos³²⁰, o fato é que diferenças políticas, sociais e econômicas relevantes entre os Estados podem justificar um tratamento dissonante da matéria internacional, a partir da margem de apreciação. Por isso, um sistema regional tende a ser mais eficaz na pretensão de assegurar uma interpretação internacional (regional) dos direitos humanos, conferindo um similar nível de proteção entre os Estados que compõem a região.

Adicionalmente, a força cogente das determinações emanadas dos órgãos que compõem o sistema global de proteção dos direitos humanos, os chamados Comitês, é controversa na doutrina, embora se reconheça o seu valor como importante fonte de

³¹⁹ Nesse sentido: NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 7. Sobre esse “alcance direcionado”, ressalta Marina Feferbaum que “A abrangência mais reduzida dos sistemas regionais, comparativamente ao sistema global, permite o tratamento especializado de questões particulares ao escopo do sistema, sejam elas políticas, econômicas, geográficas, culturais, ou mesmo religiosas” (FEFERBAUM, Marina. *Proteção internacional dos direitos humanos: análise do sistema africano*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46). Em complemento, acerca do contexto sociopolítico comum existente na região da América Latina e sua importância para a formatação do respectivo sistema protetivo de direitos humanos, pontua Flávia Piovesan: “Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico” (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 102-103).

³²⁰ Sobre o ponto, esclareça-se que, para os adeptos da corrente universalista, os direitos humanos são deferidos a todos membros da humanidade, independentemente de qualquer particularidade cultural, econômica ou social. Já os relativistas sustentam que o reconhecimento dos direitos humanos depende de aspectos econômicos, sociais e culturais de cada povo, sendo que a visão que predomina acerca de sua concepção é oriunda do mundo ocidental, inadequada para as particularidades dos demais povos e, o que é pior, servem de subterfúgio para suas pretensões expansionistas/imperialistas. Cf., para maiores esclarecimentos: WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 178-183.

interpretação dos direitos e garantias previstos nos respectivos tratados e a censurabilidade internacional provocada ao Estado descumpridor³²¹.

Apesar disso, a contribuição dos demais órgãos de proteção dos direitos humanos não pode ser simplesmente descartada, tendo em vista o *diálogo entre as jurisdições regionais*, uma podendo influenciar a leitura efetuada pela outra acerca de determinada garantia³²².

3.5.1 Necessária digressão: o controle de convencionalidade e a força vinculante da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O art. 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos se ocupa das “garantias judiciais” e, no § 2º, estipula um rol de garantias mínimas que devem ser asseguradas a todo indivíduo submetido à persecução penal. O art. 8.2.h, como já foi dito, resguarda ao imputado a garantia do duplo grau de jurisdição, estipulando que seja assegurado ao imputado o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Uma análise exauriente do tema não pode se restringir aos termos convencionais, devendo ser examinada a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do assunto.

Antes de iniciar essa análise, contudo, faz-se necessário estudar o controle de convencionalidade, conceito desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e importante instrumento para compreender a força vinculante de suas decisões.

³²¹ V.: NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 16. Sobre o ponto, cf. o Tópico 3.4.1 – A garantia do duplo grau de jurisdição e sua interpretação pelo Comitê de Direitos Humanos.

³²² Como pontua Flávia Piovesan, o diálogo entre as jurisdições regionais de direitos humanos “[...] faz-se cada vez mais intenso, inclusive mediante os chamados processos de ‘interamericanização’ do sistema europeu e de ‘europeicização’ do sistema interamericano. A inclusão dos países do leste no europeu, com sua agenda própria de violações, está a deflagrar a crescente abertura da Corte Europeia à jurisprudência interamericana relativa a graves violações de direitos perpetradas por regimes autoritários, envolvendo a prática de tortura, execução sumária e desaparecimento forçado de pessoas. Por sua vez, a Corte Interamericana, ao enfrentar novos temas de direitos humanos – emergentes na agenda contemporânea – passa a aludir aos precedentes da Corte Europeia [...]” (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 154-155).

3.5.1.1 A construção da teoria do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

O controle de convencionalidade é o resultado de uma construção teórica da Corte Interamericana de Direitos Humanos e consiste na outorga aos órgãos encarregados da aplicação do direito da incumbência de afastar a incidência de atos normativos que contrariem tratados de direitos humanos, operando, portanto, em lógica similar à do controle de constitucionalidade³²³.

Ao apreciar os casos que lhe são submetidos, a Corte Interamericana sempre efetuou um exame de compatibilidade entre a legislação interna e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todavia, a primeira vez em que a Corte Interamericana utilizou a expressão “controle de convencionalidade” ocorreu no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (sentença de 26/9/2006) e, posteriormente, no caso *Aguado Alfaro e outros vs. Peru* (sentença de 24/11/2006), a doutrina do controle de convencionalidade foi ratificada, sedimentando-se em sua jurisprudência. A despeito disso, a locução já era utilizada anteriormente pelo Juiz Sergio García Ramírez, em votos concorrentes³²⁴.

A teorização do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos parte da seguinte premissa: ao exercer sua soberania e optando pela ratificação de

³²³ Como, aliás, registrou o Juiz Sergio Garcia Ramirez: “Em certo sentido, a tarefa da Corte assemelha-se à realizada pelos tribunais constitucionais. Estes examinam os atos impugnados – preceitos de alcance geral – à luz das normas, princípios e valores das leis fundamentais. Aquela, por sua vez, analisa os atos que chegam ao seu conhecimento em conformidade com normas, princípios e valores dos tratados nos quais se funda sua competência contenciosa” (CtIDH, caso *Tibi vs. Equador*, sentença de 7/9/2014, voto concorrente do Juiz Sergio Garcia Ramirez, § 3º, tradução livre: “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados – disposiciones de alcance general – a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa”).

³²⁴ CtIDH, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentença de 25/11/2003, voto concorrente do Juiz Sérgio García Ramírez, § 27, *grifos nossos*: “Para os efeitos da Convenção Americana e do exercício da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, o Estado se manifesta de forma integral, como um todo. Nessa ordem, a responsabilidade é global, atinge o Estado em seu conjunto e não pode ficar sujeita à divisão de atribuições feita pelo Direito Interno. Não é possível cindir internacionalmente o Estado, obrigar perante a Corte somente um ou algum de seus órgãos, entregar a esses a representação do Estado em juízo – sem que essa representação repercuta em seu conjunto – e subtrair a outros desse regime convencional de responsabilidade, deixando suas atuações fora do ‘controle de convencionalidade’ que traz consigo a Corte internacional” (tradução livre: Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”).

um tratado, o Estado, por meio de seu Poder Legislativo, deve adaptar seu ordenamento jurídico aos preceitos da normativa internacional e, para tanto, (a) deverá abster-se de editar atos normativos e adotar práticas que o contrariem e (b) deverá elaborar textos normativos que o concretizem. Falhando o Legislativo nessa atribuição, incumbirá ao Judiciário assegurar o efeito útil das disposições do tratado, declarando a invalidade da produção normativa que o contrarie e deixando de aplicá-la, sob pena de responsabilização internacional do Estado. Vigora, pois, o primado do *pacta sunt servanda*, de modo que o Estado deve cumprir suas obrigações internacionais, sob pena de responsabilização na esfera internacional, não podendo invocar o direito nacional, ainda que de âmbito constitucional, para se desvencilhar desse dever (arts. 26 e 27 da CVDT/1986)³²⁵.

Essa lógica encontra-se evidenciada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nos moldes de seu art. 1.1, “Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição [...]”. Por sua vez, seu art. 2 estipula que “[...] os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. Deduz-se desses dispositivos dois *princípios fundantes do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*, quais sejam, (a) o *efeito útil das obrigações internacionais assumidas pelo Estado* e (b) a *prevalência dessas obrigações sobre todo o direito interno*³²⁶. Sendo assim, falhando o Poder Legislativo no cumprimento daquele encargo, incumbe ao Poder Judiciário assegurar o efeito útil das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, declarando a invalidade da produção normativa que a contrarie e deixando de aplicá-la, sob

³²⁵ Como resume Rafael Fecury Nogueira, “[...] a incorporação de normas sobre direitos humanos impõe aos Estados que se organizem estruturalmente, prevejam os procedimentos necessários para implementar as garantias ratificadas por eles e adequem seu direito interno para efetivar esses direitos de forma expressa. Não havendo a concretização dessas medidas necessárias, impõe-se aos Tribunais pátrios atuarem para conferir concretude às normas internacionais sobre direitos humanos ratificados” (NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 300).

³²⁶ PIZZOLO, Calogero. Control de convencionalidad y su recepción por la Corte Suprema de Justicia en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 428.

pena de responsabilização internacional do Estado³²⁷. Dessa forma, os juízes devem “[...] zelar para que os efeitos das disposições convencionais não se vejam minguados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim e que, desde o início carecem, de efeitos jurídicos” e, por conseguinte, incumbe-lhes a missão de “[...] exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”³²⁸.

Reconhecida a inconvenção da normativa interna, o Estado será responsabilizado internacionalmente e assumirá a obrigação de modificar sua legislação interna, adaptando-a à convencionalidade internacional³²⁹. Adriana Souza de Siqueira acrescenta que o exercício do controle de convencionalidade obriga os Estados que “[...] adotem condutas positivas, ao promover alterações legais; ou negativas, ao se abster de aplicar normas tidas por incompatíveis com a Convenção Americana [...]”³³⁰. Assim, reconhecida a responsabilidade internacional, o Estado deverá: a) adotar uma obrigação de fazer, consistente na modificação da legislação incompatível com a Convenção Americana ou, ainda, na sua edição, em caso de inconvenção por omissão; ou b) implementar uma obrigação de não fazer, consistente na abstenção de aplicação da legislação

³²⁷ CtIDH, caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, sentença de de 26/9/2006, § 123: “A obrigação legislativa descrita no artigo 2 da Convenção tem também a finalidade de facilitar a função do Poder Judiciário de modo que o aplicador da lei tenha uma opção clara sobre como resolver um caso particular. Entretanto, quando o Legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Poder Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 da mesma e, consequentemente, deve abster-se de aplicar qualquer norma contrária a ela. A aplicação, por parte de agentes ou funcionários do Estado, de uma lei que viole a Convenção gera responsabilidade internacional do Estado, sendo um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o fato de que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos que violem os direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana”.

³²⁸ CtIDH, caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, sentença de de 26/9/2006, § 124.

³²⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29. Acerca da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, destaque-se que ela pode compor-se de obrigações de dar, fazer, não fazer e pagar quantia, sendo que o seu capítulo indenizatório será executado em território nacional “[...] pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado” (CADH, art. 68.2). Vale dizer: observar-se-á o rito de execução contra a Fazenda Pública e, a depender da quantia fixada na sentença, a execução processar-se-á mediante expedição de precatórios ou requisições de pequeno valor (CF, art. 100). Além disso, será legitimada passiva a Fazenda Pública Federal, pois, para fins do direito internacional dos direitos humanos, a adoção do sistema federativo de Estado é irrelevante (CADH, art. 28.1), sendo certo, ainda, que a incumbência de “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (CF, art. 21, I) recai sobre a União. Ainda, a sentença da Corte Interamericana, desde a sua expedição, está imediatamente apta a instruir o processo de execução, sendo desnecessária homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, visto não se tratar de uma sentença estrangeira, isto é, um ato decisório emitido por outro Estado soberano (CF, art. 105, I, “i”).

³³⁰ SIQUEIRA, Adriana de Souza. *As medidas reparatorias na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 112.

incompatível com a Convenção. Percebe-se, em resumo, que a operacionalização do controle de convencionalidade resultará, de um lado, (a) na privação de eficácia das normas contrárias ao *corpus juris* interamericano, operando o seu *efeito destrutivo* e, de outra banda, (b) imporá ao Estado a obrigação de promover o funcionamento do ordenamento interno de acordo com esse conjunto normativo, gerando o seu *efeito construtivo*³³¹.

A doutrina do controle de convencionalidade, como dito acima, tem os seus desenhos iniciais estabelecidos no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (sentença de 26/9/2006). Mas a sua evolução pode ser visualizada a partir de outros casos³³².

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Aguado Alfaro e outros vs. Peru* (sentença de 24/11/2006), salientou que, não obstante o exercício do controle de convencionalidade estar atrelado aos regramentos processuais aplicáveis em cada caso, cabe ao Judiciário exercê-lo de ofício³³³. Assim, ao lado do controle de convencionalidade em sua modalidade concentrada, a Corte Interamericana estipulou uma modalidade difusa, a ser exercida pelos magistrados nacionais³³⁴. Não por outro motivo, ao

³³¹ “A Corte IDH realiza em certa medida uma ‘filtragem convencional’, ou seja, seleciona o que é válido e o que é inválido no confronto com a Convenção Americana de Direitos Humanos por meio de um controle de convencionalidade destrutivo da legislação doméstica quando a declara incompatível com a CADH, quanto em um controle construtivo, pela ampliação do diálogo entre a Corte IDH e as Cortes Constitucionais, que infiltra os sentidos das normas convencionais na Constituição e na legislação nacionais ou quando demanda a aprovação de novas leis e políticas públicas para proteção dos direitos humanos” (LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 64). No mesmo sentido: PEDRO SAGUÉS, Néstor. *El control de convencionalidad en Argentina*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 351.

³³² Para um resumo da evolução jurisprudencial do controle de convencionalidade nas decisões da Corte Interamericana, cf.: SIQUEIRA, Adriana Souza de. *As medidas reparatorias na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 111-128; FERNANDES, Guilherme Antonio de Almeida Lopes. *O controle de convencionalidade no sistema interamericano para proteção dos direitos humanos*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 115-206.

³³³ CtIDH, caso *Aguado Alfaro e outros vs. Peru*, Sentença de 24/11/2018, § 128: “[...] os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não apenas um controle de constitucionalidade, senão também ‘de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, por óbvio, dentro da esfera de suas competências e dos regramentos processuais correspondentes. Essa função não deve permanecer restrita apenas pelas manifestações ou atos dos litigantes, o que não significa que esse controle deva ser sempre exercido, sem considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência desse tipo de ações” (tradução livre: “[...] los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”).

³³⁴ SIQUEIRA, Adriana Souza de. *As medidas reparatorias na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 114-115.

analisar o controle de convencionalidade, a doutrina frisa que os juízes nacionais, em decorrência da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, convertem-se em “magistrados interamericanos”, evidenciando, com isso, que o controle de convencionalidade é exercido difusamente³³⁵. Ou, como elucida Ariel E. Dulitzky, o controle de convencionalidade, em relação aos magistrados nacionais, apresenta-se como uma obrigação adicional ao tradicional controle de constitucionalidade³³⁶. Dessa forma, a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos por um Estado faz com que seus julgadores deixem de ser simples aplicadores da lei nacional e assumam a obrigação de interpretá-la convencionalmente, “[...] já que a aplicação de uma lei inconveniente produz por si própria uma responsabilidade internacional do Estado”³³⁷. É dizer: “O controle de convencionalidade também muda o papel dos juízes nacionais ao exigir deles que sejam guardiões da supremacia da Convenção na forma como interpretada pela Corte”³³⁸.

Posteriormente, a Corte Interamericana, com o caso *Cabrera García y Montiel Flores* (sentença de 26/11/2010), passa a especificar que o controle de convencionalidade deve ser exercido não apenas pelos juízes, mas por todos os órgãos estatais incumbidos da

³³⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 585-586; CONTESSÉ, Jorge. Contestation and deference in the Inter-American Human Rights System. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 79, n. 2, 2016, p. 137; DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 48.

³³⁶ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 46.

³³⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 585-586, tradução livre: “[...] ya que la aplicación de una ley inconveniente produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado”.

³³⁸ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 48, tradução livre: “The conventionality control also changes the role of domestic judges by requiring them to be the guardians of the supremacy of the Convention as interpreted by the Court”. Ou, ainda, como sintetiza Jorge Contesse: “De acordo com a doutrina do controle de convencionalidade, os juízes de todos os países que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos têm a obrigação de contrastar a legislação doméstica não apenas com as constituições nacionais, mas, ainda, em face da Convenção Americana e de sua interpretação pela Corte (CONTESSÉ, Jorge. Contestation and deference in the Inter-American Human Rights System. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 79, n. 2, 2016, p. 128, nota de rodapé n. 25, tradução livre: “According to the conventionality-control doctrine, all judges from countries that have ratified the American Convention on Human Rights have an obligation to contrast domestic legislation not only with the national constitutions, but also with the American Convention and the Court’s interpretation of the Convention”).

administração da justiça³³⁹. Desse modo, a título ilustrativo, caberia ao Senado Federal, ao exercer de maneira atípica a jurisdição, nos casos a que se refere o art. 52, I e II, da Constituição Federal, assegurar às autoridades acusadas da prática de crime de responsabilidade as garantias da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na forma como fixadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

³³⁹ CtIDH, caso Cabrera García y Montiel Flores, sentença de 26/11/2010, *grifos nossos*: “Porém, quando um Estado é parte em um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o qual os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam distorcidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim. *Os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis estão incumbidos de exercer ex officio um ‘controle de convencionalidade’ entre as normas internas e a Convenção Americana*, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Nessa tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não apenas o tratado, senão também a interpretação que dele tenha sido feita pela Corte Interamericana, última intérprete da Convenção Americana” (tradução livre: “Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”).

No caso *Gelman vs. Uruguai*³⁴⁰, em mais uma etapa para a sedimentação de sua jurisprudência acerca do tema, a Corte Interamericana especificou que o controle de convencionalidade “[...] é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário”³⁴¹. Assim, por exemplo, caberia ao Presidente da República vetar projetos de lei inconventionais, ampliando-se o âmbito do art. 66, § 1º, da Constituição Federal, que lhe atribui competência para promover o veto com fundamento na inconstitucionalidade ou na violação ao interesse público. Ademais, tal aspecto coloca em evidência uma importante característica distintiva entre o controle de convencionalidade e o controle de

³⁴⁰ Um aspecto deve ser esclarecido acerca do caso *Gelman*: trata-se de um caso que envolve o questionamento de uma lei de anistia aprovada para impedir a investigação e a punição dos responsáveis por violações graves e massivas de direitos humanos ocorridas no período da ditadura militar uruguaia. No presente caso, a Corte Interamericana reafirmou sua jurisprudência sobre o assunto, ou seja, considerou a referida lei inconventionais. No entanto, o caso *Gelman* apresenta uma interessante particularidade, qual seja, a lei uruguaia questionada foi aprovada em um regime democrático e, ainda, foi ratificada pela população, mediante mecanismos de exercício direto da democracia. Para a Corte, no entanto, tal situação é irrelevante e não serve para conferir legitimidade à legislação questionada: “O fato de que a Lei de Caducidade tenha sido aprovada em um regime democrático e ainda ratificada ou respaldada pela população em duas ocasiões não lhe concede automaticamente, nem por si só, legitimidade perante o Direito Internacional. A participação da população com respeito a esta Lei, por meio de procedimentos de exercício direto da democracia – recurso de referendo (parágrafo 2º do artigo 79 da Constituição do Uruguai) em 1989 e plebiscito (inciso A do artigo 331 da Constituição do Uruguai) sobre um projeto de reforma constitucional através do qual seriam declarados nulos os artigos 1 a 4 da Lei, em 25 de outubro do ano 2009 - deve ser considerada, então, como fato atribuível ao Estado e gerador, portanto, de sua responsabilidade internacional. A simples existência de um regime democrático não garante, per se, o permanente respeito do Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que foi assim considerado inclusive pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados fatos ou atos numa sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substantivas, motivo pelo qual particularmente em casos de graves violações às normas do Direito Internacional, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias, isto é, à esfera do ‘susceptível de ser decidido’ por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um ‘controle de convencionalidade’ (par. 193 supra), que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguai*, sentença de 24/2/2011, §§ 238-239). Para Luiz Guilherme Marinoni, a decisão da Corte Interamericana, no caso *Gelman*, careceu de fundamentação racional. Nas suas palavras: “Os direitos humanos não são incompatíveis com a democracia. Ambos convivem e, por isto, esta relação deve ser mediada por uma interpretação democrática. A Corte não está dispensada de legitimar suas decisões, confrontando os direitos humanos com a vontade da maioria de um país. Diante disto, terá que evidenciar quando não é possível deliberar e, especialmente, quando uma decisão majoritária, apesar de formalmente tomada, não expressa a vontade real de um povo, por ter sido elaborada sem a adequada discussão ou com a exclusão real ou virtual de parte da população. Assim, caberia à Corte demonstrar, de forma racional, ou que a vontade do povo é incompatível com a extinção da punibilidade de crimes contra os direitos humanos ou que a decisão majoritária carece de base democrática. Sucede que a demonstração de incompatibilidade entre democracia e direitos humanos não se faz com uma frase impositiva, em que simplesmente se afirma o que se deve evidenciar. Dizer que a vontade da maioria não é compatível com os direitos humanos nada significa. É preciso demonstrar, mediante argumentação racional, que, em determinados casos, os direitos humanos são inconciliáveis com a democracia” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 57-85, p. 77).

³⁴¹ CtIDH, caso *Gelman vs. Uruguai*, sentença de 24/2/2011, § 239.

constitucionalidade. Com efeito, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade é atribuição de toda e qualquer autoridade pública; logo, todos os órgãos públicos, no exercício de suas funções, devem conformar seus atos ao critério da convencionalidade. De outro lado, a possibilidade de a Administração Pública negar aplicação a uma lei que considere inconstitucional é controversa.

Nesse sentido, argumenta-se, por um lado, que, por estar vinculada à legalidade, a Administração Pública não poderia deixar de aplicar uma lei considerada inconstitucional, exceto se houver disposição legal no ordenamento que o permita³⁴². Por outro lado, sustenta-se que a Administração Pública teria o dever de rejeitar a execução de uma lei que considere inconstitucional, tendo em vista que, em razão do princípio da supremacia constitucional, “Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição”, sendo certo que se “[...] até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder”³⁴³.

O escopo da Corte Interamericana parece ser o de esclarecer que todos os órgãos públicos estão vinculados à Convenção Americana, tal como estão atrelados às constituições nacionais. Nesse sentido, como elucida Sergio Garcia Ramirez, “[...] a missão geral de

³⁴² RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, set./dez. 2015, p. 145: “[...] partindo do dever da Administração Pública de atuar com obediência plena à Lei e ao Direito, é dizer, ao bloco de legalidade, ao não existir uma disposição no ordenamento jurídico que lhe atribua competência para exercer o controle difuso de constitucionalidade, no caso de se deparar com uma lei ou norma cuja constitucionalidade seja questionável, a Administração Pública estaria impedida de exercer o controle em questão, sob pena de incorrer em usurpação de funções do Poder Judiciário e, portanto, em manifesta incompetência, resultando na nulidade absoluta do ato jurídico que tivesse sido editado a pretexto de exercer o controle referido” (tradução livre: “[...] partiendo del deber de la Administración Pública de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, es decir, al bloque de la legalidad, al no existir una disposición en el ordenamiento jurídico que le atribuya competencia expresa a ésta para ejercer el control difuso de la constitucionalidad, en caso de enfrentarse a una ley o norma legal que le lleve a cuestionar su validez constitucional para resolver un asunto concreto, la Administración Pública estaría impedida de ejercer el referido control difuso de constitucionalidad, so pena de incurrir en usurpación de funciones del Poder Judicial y por ende en incompetencia manifiesta, lo que de producirse constituiría una expresión del vicio de nulidad absoluta del acto jurídico, que hubiese materializado tal declaración de control difuso de la constitucionalidad”).

³⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93-94.

cumprimento é uma questão e a missão de ‘controle’ dos atos de outras autoridades, assunto distinto”³⁴⁴.

Sendo assim, na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *todos os órgãos estatais estão vinculados ao cumprimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*.

Impende reconhecer que, ao exigir dos órgãos nacionais – sobretudo do Poder Judiciário – um exame de compatibilidade entre a Convenção Americana – e os demais tratados do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o chamado *corpus juris* interamericano – e a produção normativa nacional, a Corte Interamericana faz com que aquela ocupe o nível mais elevado do ordenamento jurídico. A esse propósito, como observa Ariel E. Dulitzky, “Se os juízes nacionais devem aferir a compatibilidade de toda a ação estatal, seja constitucional ou legislativa, com a Convenção Americana, como uma questão do direito internacional e nacional, isso significa que a Convenção deve estar em uma posição normativa superior. Se ela estivesse no mesmo plano hierárquico do restante do ordenamento, os juízes simplesmente iriam aplicar o critério *lex posterior derogat priori*, ou que o ato posterior no tempo deve prevalecer sobre o mais antigo, ou o princípio *lex specialis derogat generali*, o qual estabelece que legislação especial ou específica sobrepõe-se à legislação geral”³⁴⁵.

Tais são as bases convencionais que justificam o controle de convencionalidade. De qualquer modo, não obstante seja possível extraí-lo do disposto no art. 1.1 c. c/ art. 2 da Convenção Americana e, ainda, da atribuição de jurisdição internacional à Corte Interamericana de Direitos Humanos, impõe-se frisar que a aceitação do controle de convencionalidade não é unânime, tendo em vista que alguns autores apontam,

³⁴⁴ GARCIA RAMIREZ, Sergio. The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (national systems): some pertinent questions. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Notre Dame, v. 5, n. 1, 2015, p. 144, tradução livre: “[...] the general mission of compliance is one matter, and the mission of ‘control’ of the acts of other authorities is another.”

³⁴⁵ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 57, tradução livre: “If domestic judges must check the compatibility of all state action, whether constitutional or legislative, with the American Convention as a matter of international and domestic law, this means that the Convention must be of a higher legal rank. If it were at the same hierarchical level as the rest of the normative order, judges would simply apply the principle *lex posterior derogat priori*, or that the act later in time should prevail over the earlier one, or the principle *lex specialis derogat generali*, which claims that the special or specific law overrules the general law”.

equivocadamente, a falta de previsão normativa para o seu exercício, assim como a ilegitimidade democrática da Corte Interamericana³⁴⁶.

Finalmente, é necessário frisar, diante do que foi exposto até o presente momento, que o controle de convencionalidade é exercido tanto pelos órgãos nacionais como pelo órgão internacional encarregado de monitorar o Estado no cumprimento do tratado. Sobre esse ponto, parece importante ressaltar que, por conta do princípio da subsidiariedade, os Estados tornam-se os principais agentes no papel de concretização das disposições normativas dos tratados, ao passo que aos órgãos internacionais fica definida uma atuação coadjuvante, vale dizer, seu acionamento estará condicionado à constatação de omissões e deficiências dos Estados na proteção dos direitos humanos; não por outro motivo, a título exemplificativo, pontue-se que para a submissão de um caso à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, posteriormente, à análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é imprescindível o *prévio esgotamento dos remédios jurídicos internos*, conforme se infere do disposto no art. 46.1.a da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O não preenchimento desse requisito dará ensejo à arguição da preliminar de não esgotamento dos remédios internos, impedindo a Corte Interamericana de apreciar o mérito da questão, caso seja acolhida³⁴⁷. Por isso, afirma-se que a subsidiariedade “[...] é adotada no interesse dos próprios Estados, pois tem por objetivo dispensá-los de serem chamados a um Tribunal Internacional antes de terem tido a oportunidade de resolver o problema, a violação de um direito por seus próprios meios e recursos previstos em seu ordenamento

³⁴⁶ Para um resumo das críticas, cf.: SIQUEIRA, Adriana Souza de. *As medidas reparatorias na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 117-121. Especificamente quanto à falta de previsão normativa, v.: CONTESSÉ, Jorge. Contestation and deference in the Inter-American Human Rights System. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 79, n. 2, 2016, p. 138). Com ponderações acerca da ilegitimidade democrática, cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 71-78.

³⁴⁷ Acerca do procedimento no sistema interamericano, devemos destacar, em linhas gerais, que se trata de um procedimento *bifásico*: o seu início dá-se perante a Comissão Interamericana e, uma vez concluído o procedimento perante ela, a causa estará “madura” para apreciação pela Corte Interamericana, sendo que esta somente poderá ser acessada por provocação da própria Comissão ou dos Estados (CADH, art. 61). Desde que o Estado processado tenha reconhecido a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, a Comissão Interamericana encaminhar-lhe-á o caso automaticamente, ressalvada a manifestação em contrário da maioria absoluta de seus membros (art. 45.1 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). Para provocar o exercício da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, a Comissão Interamericana encaminhará a causa à Secretaria do Tribunal (Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, art. 34). Percebe-se, pois, que a etapa perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é obrigatória, ao passo que a fase perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos é eventual, podendo não ocorrer, seja porque o Estado não ratificou a sua competência contenciosa, seja porque a solução para o caso foi alcançada perante a Comissão Interamericana.

jurídico”³⁴⁸. O princípio da subsidiariedade, por conseguinte, atribui aos direitos humanos “[...] uma proteção internacional, de natureza convencional, *coadjuvante ou complementar* da que oferece o direito interno dos Estados americanos,” como destacado no preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*grifamos*)³⁴⁹.

Diante dessa lógica concorrente de atuação dos órgãos nacionais e internacionais, parece natural a constatação de que *ordens jurídicas diversas podem disciplinar o mesmo assunto de forma diferente*. A título de exemplo, a Constituição Federal menciona, no art. 5º, LXVII, a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, ao passo que a Convenção Americana, no art. 7.7, admite-a apenas nos casos envolvendo inadimplemento de prestações alimentícias, situação que, aliás, serviu de premissa para a formatação da *teoria do duplo estatuto dos tratados direitos humanos* no Supremo Tribunal Federal, firmada em virtude do julgamento do RE n. 466.343, como já visto³⁵⁰. Demais disso, verifica-se que *os órgãos de proteção – internacional e nacional –, debruçando-se sobre idêntico preceito normativo, podem dele extrair uma norma distinta*. Para ilustrar, cite-se a controvérsia acerca da incompatibilidade do crime de desacato (CP, art. 331) com a liberdade de expressão (CADH, art. 13): no entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, “Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação” (Item 11); em sentido divergente, porém, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, pacificando a controvérsia entre suas Turmas, no *Habeas Corpus* n. 379.269/MS, uniformizou a questão e decidiu que o crime em tela continua em vigor no ordenamento internacional, destacando-se como uma das razões de

³⁴⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 75.

³⁴⁹ De acordo com Roberto Niño Estébanez, o princípio da subsidiariedade ampara-se nos seguintes pressupostos: a) a existência de uma maior proximidade dos órgãos estatais com as circunstâncias fáticas a serem examinadas, o que autoriza a conclusão de que estariam em melhor posição para apreciá-las; b) o fato de que o direito internacional possui medidas de reparação menos efetivas do que as do direito interno; e c) o baixo grau de institucionalização da comunidade internacional (NIÑO ESTÉBANEZ, Roberto. *La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Fe d’Erratas, 2014, p. 23). Cf., em sentido aproximado: DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 53: “[...] subsidiariedade parte da premissa que os atores locais, incluindo legisladores e juízes, estão em melhor posição para apreciar a complexidade das circunstâncias na origem” (tradução livre: “[...] subsidiarity is also premised on the understanding that local actors, including legislators and judges, are in the best position to appreciate the complexity of circumstances on the ground”).

³⁵⁰ V. o Item 3.1 – A importância do direito internacional dos direitos humanos para o processo penal: ampliação dos espaços de contenção do poder punitivo.

sua decisão o argumento no sentido de que “[...] as recomendações expedidas pela CIDH [Comissão Interamericana de Direitos Humanos] não possuem força vinculante, mas tão somente ‘poder de embaraço’ ou ‘mobilização’”³⁵¹.

Vê-se, com isso, que o controle de convencionalidade pode manifestar-se de duas formas. De um lado, o *controle de convencionalidade primário* ou *de matriz nacional*, de incumbência do órgão nacional. E, de outro lado, o *controle de convencionalidade secundário* ou *de matriz internacional*, exercido pelos órgãos internacionais. Aquele, em virtude do princípio da subsidiariedade, é *prejudicial* em relação a este, eis que “As cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou a tenha realizado de maneira insuficiente”³⁵². Aliás, é por isso que se exige o prévio esgotamento dos recursos internos (CADH, art. 46.1.a).

Ao demais, o controle secundário ou de matriz internacional pode ser exercido de duas formas diferentes: a) *incidental*, com amparo no art. 62 c. c/ art. 68 da Convenção Americana, hipótese em que exercido a partir de um caso concreto e, nessa situação, podendo impor-se com a autoridade de *res judicata* ou *res interpretata*, conforme se verificará abaixo³⁵³; e b) *principal*, com fundamento no art. 64.2 da Convenção Americana, hipótese em que a Corte Interamericana, atuando independentemente de um caso concreto e a requerimento de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos,

³⁵¹ STJ, Terceira Seção, HC 379.269/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Rel. p/ Acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 24/05/2017. Anteriormente, em São Paulo, o Tribunal de Justiça já havia decidido pela inconvencionalidade: TJ-SP, 15ª Câmara de Direito Criminal, Apelação n. 002023764.2014.8.26.0196, Rel. Des. Encinas Manfré, julgado em 23/2/2017.

³⁵² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 33-34.

³⁵³ Cf. os Itens 3.5.1.2.2 – A teoria do duplo crivo: órgãos autônomos e concorrentes de controle e 3.5.1.2.3 – A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a teoria dos precedentes: um necessário diálogo.

emitirá *opiniões ou pareceres consultivos*, aferindo a compatibilidade convencional entre as leis internas e os tratados que compõem o sistema interamericano³⁵⁴.

Adicionalmente, conforme a teorização da Corte Interamericana, o exercício do controle de convencionalidade de matriz interna deve dar-se *ex officio*, não obstante a “questão de inconvencionalidade” possa ser suscitada pelas partes como matéria preliminar. Além disso, a exemplo do controle de constitucionalidade, a inconvencionalidade, em âmbito interno, pode ser apreciada em sede *difusa* ou *concentrada*. No entanto, a modalidade concentrada somente poderá ser desempenhada em relação aos tratados celebrados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Isso porque é somente nessa situação que tais convenções passam a ingressar, formalmente, na Constituição³⁵⁵. Sobre o ponto, conforme explana Valerio de Oliveira Mazzuoli, o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, não pretendeu atribuir *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, porquanto essa característica já lhes era assegurada pelo disposto no seu art. 5º, § 2º. O escopo foi tão-somente equipará-los às emendas constitucionais. E, se assim o foi, por questão de lógica e coerência, aos tratados formalmente constitucionais, deve a Constituição assegurar os mesmos

³⁵⁴ Não obstante a terminologia “opiniões consultivas” pareça indicar o oposto, a doutrina sinaliza para o seu efeito vinculante. Nesse contexto, Siddharta Legale sustenta que as opiniões consultivas são obrigatórias, mas não possuem “efeito vinculante”, no sentido de que não ensejam a imediata responsabilização internacional do Estado, o que somente poderia ser alcançado em um processo contencioso: “É verdade que a condenação específica do Estado por descumprimento da CADH pressuporá eventualmente uma posterior reclamação contra o mesmo no âmbito da jurisdição contenciosa. A responsabilidade internacional, porém, não pode ser confundida como sinônimo de ausência de obrigatoriedade de forma direta. A ausência de uma responsabilização internacional direta das opiniões consultivas decorre do mero fato de que esse não é o seu propósito, o que não significa que as OCs não sejam obrigatórias” (LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 42). No mesmo sentido: FÔNSECA, Vitor Moreira. *Processo civil e direitos humanos: o controle de convencionalidade no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 98-101; GARCIA RAMIREZ, Sergio. The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (national systems): some pertinent questions. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Notre Dame, v. 5, n. 1, 2015, p. 136. Em sentido oposto: BUERGENTHAL, Thomas. The Inter-American Court of Human Rights. *The American Journal of International Law*, v. 76, 1982, p. 244; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 400.

³⁵⁵ “Com a incorporação no grau equivalente à emenda constitucional, quando este se der pelo *quorum* qualificado, como estabelecido no art. 5º, § 3º, da CF, a inserção do direito-garantia é material e formalmente constitucional. Essa potencialidade constitucional permite o controle da produção legislativa que afrontar o diploma internacional pelas duas modalidades: concentrado e difuso. Já o controle da produção normativa interna que afrontar o conteúdo do diploma internacional incorporado na modalidade do art. 5º, § 2º, da CF, por ser materialmente constitucional, se dará pelo controle difuso” (GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27-28). No mesmo sentido: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 33-34.

instrumentos com que “[...] garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional”³⁵⁶.

Por fim, um questionamento que pode surgir é sobre a incidência do art. 97 da Constituição e a Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal nos procedimentos em que se debata a inconvenção de determinado ato normativo. Ora, tratando-se de uma norma que limita competência, não parece razoável interpretá-la extensivamente. Assim, tal exigência incide apenas nas hipóteses de controle de constitucionalidade ou, ainda, controle de convencionalidade, quando o tratado-parâmetro também integre a Constituição, isto é, tenha o *status* de emenda constitucional (CF, art. 5º, § 3º).

Isso posto, percebe-se que assume especial relevo saber de que modo eventual conflito entre os dois agentes de proteção, nacional e internacional, será resolvido. Qual interpretação deverá prevalecer? A nacional ou a internacional? No caso do sistema interamericano, a questão, portanto, é saber: prevalece a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou a exegese dos atores locais?

Em nosso sentir, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é dotada de efeitos vinculantes, não podendo o Estado dela distanciar-se, ainda que se trate de um precedente formado por ocasião de um caso em que não tenha figurado como parte. A seguir, apresentaremos os argumentos que justificam esse entendimento.

3.5.1.2 A força vinculante da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Esta monografia adota o entendimento que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve ser obrigatoriamente seguida pelos Estados, pouco importando se oriunda de decisões proferidas em casos nos quais tenham sido partes ou não. Três são os fundamentos que justificam esse entendimento, a saber: a) a rejeição, pela Corte Interamericana, da teoria da margem de apreciação, o que amplia sensivelmente o seu âmbito de atuação em detrimento da liberdade de conformação dos direitos e garantias previstos no tratado pelos Estados; b) a teoria do duplo crivo, a apontar que os órgãos nacionais e internacionais atuam de maneira concorrente na proteção dos direitos humanos, mas cada

³⁵⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 43.

um é autônomo no seu específico âmbito de atuação; e c) a teoria dos precedentes, a justificar a compreensão das decisões da Corte Interamericana como parâmetros interpretativos da Convenção Americana.

Por outro lado, no que se refere à obrigatoriedade ou não de seguir as determinações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o tema é controverso e exige alguns esclarecimentos.

A própria Convenção Americana estabelece que, no exercício de suas funções, a Comissão Interamericana emitirá *recomendações*, dando ensejo a questionamentos acerca do real significado dessa palavra (CADH, arts. 41, “b”; 50.3; e 51.2). Além disso, parcela da doutrina refere-se à Comissão como um mecanismo “quase judicial”, o que parece desprestigiá-la³⁵⁷. Diante disso, duas correntes se firmaram: a) há os defensores da ausência da força vinculante das decisões da Comissão, tendo em vista que a Convenção Americana não a menciona expressamente³⁵⁸; e b) há os autores que partem de uma interpretação teleológica e sistemática da Convenção, alegando que os órgãos de monitoramento devem ser objeto de uma exegese que amplie sua atuação e resulte em um maior espectro de proteção dos direitos humanos, uma vez que os tratados nessa matéria são ratificados para

³⁵⁷ Para um resumo sobre a visão doutrinária, cf.: PIZZOLO, Calogero. *Sistema interamericano*. Buenos Aires: Ediar, 2017, p. 33-38.

³⁵⁸ Contra a força vinculante das recomendações, cf., v. g.: FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 82.

assegurar a dignidade humana e não para dar vantagens materiais aos seus signatários, os Estados³⁵⁹.

A Corte Interamericana já oscilou entre essas duas linhas de raciocínio. Alterando o entendimento que vinha expondo desde o caso *Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*, no sentido de atribuir ao termo “recomendações” o seu sentido usual, isto é, afastando o caráter cogente dos informes da Comissão Interamericana e, assim, tornando o seu descumprimento insuscetível de responsabilização internacional³⁶⁰, a partir do caso *Loayza Tamayo vs. Peru*, a Corte Interamericana passou a expressar jurisprudência no sentido de que os relatórios em questão são de cumprimento obrigatório pelo Estado, fazendo uma distinção entre o primeiro e o segundo informes. Em conformidade com o julgado referido, a Comissão Interamericana é um dos principais órgãos encarregados da proteção dos direitos humanos pelo sistema interamericano (Carta da OEA, art. 106 c. c/ CADH, art. 41), de modo que o Estado, ao ratificar os tratados que compõem esse plexo normativo, deve atuar de boa-fé, envidando todos os esforços para lhes dar integral cumprimento, o que implica submeter-se

³⁵⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 363-364. No mesmo sentido, Calogero Pizzolo defende a força vinculante das determinações da Comissão Interamericana, tendo que “[...] se o valor das recomendações expedidas pela Comissão IDH for desprestigiado, não se estaria auxiliando na busca do aperfeiçoamento do sistema de proteção internacional. Esse sistema não deve olvidar que a imensa maioria dos peticionários que, após o processo de admissibilidade e resolvido o mérito da questão, são impossibilitados de acessar a Corte IDH por decisão da própria Comissão ao redigir o informe definitivo, afundando-os na incerteza. E isso frente ao desconhecimento das recomendações do órgão internacional de controle ao qual acudiram na busca de justiça frente às injustiças das instâncias nacionais. As recomendações contidas tanto no informe preliminar como no informe definitivo são obrigações que os Estados devem cumprir não somente porque deve atuar de boa-fé de acordo com o costume internacional, mas, sobretudo, porque, ao ratificar a CADH, assumiram abertamente perante seus cidadãos e a comunidade internacional obrigações claras e precisas para a tutela efetiva dos direitos humanos ali reconhecidos” (PIZZOLO, Calogero. *Sistema interamericano*. Buenos Aires: Ediar, 2017, p. 192-193, tradução livre: “[...] si se desjerarquiza el valor de las recomendaciones elaboradas por la Comisión IDH, no se estaría coadyuvando a la búsqueda de la perfección del sistema de protección internacional. Dicho sistema no debe olvidar la inmensa mayoría de peticionarios que, sorteado el proceso de admisibilidad, desarrollado el fondo del asunto, impossibilitados de acceder a la Corte IDH por decisión de la propia Comisión al redactar el informe definitivo, se hundirían en la incertidumbre. Y ello frente al desconocimiento de las recomendaciones del organismo internacional de control, al que acuden en búsqueda de justicia frente a las injusticias de las instancias nacionales. Las recomendaciones contenidas tanto en el informe preliminar como en el informe definitivo, son obligaciones que los Estados deben cumplir no sólo porque deben obrar de buena fe de acuerdo a la costumbre internacional, sino sobre todo, porque al ratificar la CADH han asumido abiertamente, ante sus ciudadanos y la comunidad internacional, obligaciones claras y precisas para la tutela efectiva de los derechos humanos allí reconocidos”).

³⁶⁰ “Na opinião da Corte, o termo ‘recomendações’ usado pela Convenção Americana deve ser interpretado conforme seu sentido usual de acordo com a regra geral de interpretação contida no art. 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e, por isso, não tem o caráter de uma decisão jurisdicional obrigatória cujo descumprimento ensejaria a responsabilidade do Estado” (CtIDH, caso *Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*, sentença de 8/12/1995, § 67, tradução livre: “A juicio de la Corte, el término ‘recomendaciones’ usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado”).

às determinações dos órgãos encarregados de monitorar o estágio de adimplemento de suas obrigações³⁶¹. Assim, o primeiro informe, expedido após a conclusão do procedimento, não seria de caráter cogente, eis que não é, ainda, definitivo, seja porque a petição pode ser remetida à Corte Interamericana, seja porque, caso o Estado não tenha reconhecido a competência contenciosa dessa, será possível a emissão do segundo informe. O segundo informe, por outro lado, expedido nas hipóteses em que (a) o Estado não observou as determinações contidas no primeiro informe e (b) o caso não será remetido à Corte Interamericana, assumiria caráter definitivo e, pois, obrigatório.

O problema, no entanto, é que, na hipótese de descumprimento do segundo relatório, a única “sanção” cabível será a inclusão do fato no relatório anual que a Comissão Interamericana deve prestar à Assembleia-Geral da OEA, conforme previsão do art. 41, “g”, da Convenção Americana. Trata-se de mecanismo que visa a compelir o Estado a adimplir suas obrigações internacionais mediante o “poder de embaraço”, de baixa eficácia³⁶². Por isso, a despeito da importância da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entendemos que as suas determinações não se impõem com a mesma intensidade que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista que não emanam de um órgão com fisionomia jurisdicional, não produzem coisa julgada e, por fim, pelo fato de que a Corte Interamericana possui atribuição para resolver a questão de modo diverso, caso seja acionada³⁶³.

³⁶¹ “Sem embargo, em virtude do princípio da boa-fé, consagrado no mesmo artigo 31.1 da Convenção de Viena, se um Estado subscreve e ratifica um tratado internacional, especialmente na hipótese de um tratado de direitos humanos, como é o caso da Convenção Americana, tem a obrigação de realizar seus melhores esforços para aplicar as recomendações de um órgão de proteção, como a Comissão Interamericana, que é, ademais, um dos principais órgãos da Organização dos Estados Americanos e que tem como função ‘promover a observância e a defesa dos direitos humanos’ no hemisfério (Carta da OEA, artigos 52 e 111)” (CtIDH, caso Loayza Tamayo vs. Peru, sentença de 17/9/1997, § 80, tradução livre: “Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)”).

³⁶² RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 235-236 : “[...] a única sanção clara à disposição da OEA é a suspensão da participação do Estado pela ruptura do regime democrático. Para as demais violações, a assembleia usualmente apenas registra o envio do relatório da Comissão, insta os Estados a bem cumprir as deliberações da Comissão e o arquivar”.

³⁶³ Cf.: PEDRO SAGUÉS, Néstor. El control de convencionalidad en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 348.

Feito esse breve esclarecimento, a seguir apresentaremos os fundamentos que justificam o entendimento de que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve ser observada pelos Estados.

3.5.1.2.1 A rejeição da teoria da margem de apreciação

O primeiro argumento a demonstrar a preeminência da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a exegese nacional é a rejeição da teoria da margem de apreciação.

A teoria da margem de apreciação é importante instrumento de delimitação da competência dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, porque, a depender de sua adoção, o âmbito de atuação do órgão será mais ou menos amplo e, por via de consequência, mais ou menos ampla será a discricionariedade do Estado na formatação dos direitos e garantias previstos nos tratados internacionais. Trata-se de teoria concebida no sistema europeu, mas rejeitada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com efeito, a doutrina da margem de apreciação foi formulada no sistema europeu a partir da interpretação do art. 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que estabelece os requisitos e procedimentos a serem observados pelos Estados-membros no caso de suspensão temporária de alguns dos direitos previstos no tratado, em linha de similaridade com o que dispõe o art. 27 da Convenção Americana. Nesse contexto, inicialmente, no caso *Handyside vs. Reino Unido*, discutiu-se se, em face do art. 10.2 da Convenção Europeia, era legítima a proibição de circulação do livro “*Schoolbook*”, escrito por dois autores dinamarqueses e cuja tradução e publicação seria feita pelo Sr. Richard

Handyside. As autoridades britânicas obstaram a circulação do livro em razão do conteúdo obsceno da obra e o Tribunal Europeu chancelou a atuação britânica³⁶⁴.

Ademais, no caso Irlanda vs. Reino Unido, discutiu-se a legitimidade de medidas adotados pelo governo britânico para enfrentar o terrorismo, tendo o Tribunal Europeu decidido que, com fulcro no art. 15 da Convenção Europeia, as autoridades locais possuem uma ampla margem de apreciação e estão em melhores condições do que os juízes internacionais para avaliar a legitimidade das medidas adotadas³⁶⁵. A partir desse precedente, o Tribunal Europeu começou a utilizar o critério da margem de apreciação para decidir casos em que a discussão esteja permeada de *especificidades culturais prevaletentes em cada Estado*, a exemplo da “moral pública”, enfatizando que os Estados possuem uma margem maior de discricionariedade para dimensioná-la quando inexista um *mínimo consenso comum europeu*. Ou seja: existindo um consenso europeu sobre determinada questão, a

³⁶⁴ Destaca-se o seguinte trecho da decisão: “Em particular, não é possível encontrar na legislação doméstica dos diversos Estados-membros um tratamento uniforme da moralidade europeia. A sua visão de moral varia conforme o tempo e o lugar, especialmente em nossa era, a qual é caracterizada por uma evolução rápida e de longo alcance de opiniões sobre a matéria. Por motivos de seu contato direto e contínuo com as forças vitais de seus países, as autoridades estatais estão, em princípio, em uma melhor posição do que o juiz internacional para opinar sobre o exato conteúdo desses requisitos [os requisitos previstos pelo art. 10.2 da CEDH], assim como sobre a ‘necessidade’ da ‘restrição’ ou da ‘penalidade’ destinada a atendê-los. [...]. Não obstante, o art. 10.2 não atribui ao Estado-parte um poder ilimitado de apreciação. A Corte, a qual, em conjunto com a Comissão, é responsável por assegurar a observância dos compromissos dos Estados (art. 19), é competente para decidir, em definitivo, se a ‘restrição’ ou ‘penalidade’ está em conformidade com a liberdade de expressão, na forma como protegida pelo art. 10. A margem de apreciação doméstica, assim, anda lado a lado com a supervisão do sistema europeu” (TEDH, caso Handyside vs. Reino Unido, sentença de 7/12/1976, § 48, tradução livre: “In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the ‘necessity’ of a ‘restriction’ or ‘penalty’ intended to meet them. [...]. Nevertheless, Article 10 para. 2 (art. 10-2) does not give the Contracting States an unlimited power of appreciation. The Court, which, with the Commission, is responsible for ensuring the observance of those States’ engagements (Article 19) (art. 19), is empowered to give the final ruling on whether a ‘restriction’ or ‘penalty’ is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10 (art. 10). The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision”).

³⁶⁵ “Incumbe, em primeiro lugar, ao Estado-membro, responsável pela ‘vida de (sua) nação’, determinar se essa vida é colocada em risco por um perigo público e, na hipótese afirmativa, até onde é necessário chegar para fazê-lo desaparecer. As autoridades nacionais, por sua relação direta e constante com as realidades urgentes do momento, estão, em princípio, em melhores condições do que a jurisdição internacional para apreciar a existência de semelhante perigo e a natureza e amplitude das derrogações necessárias para evitá-lo. O art. 15.1 defere-lhes nessa questão uma ampla margem para sua consideração” (TEDH, caso Irlanda vs. Reino Unido, sentença de 18/1/1978, § 207, tradução livre: “It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for ‘the life of (its) nation’, to determine whether that life is threatened by a ‘public emergency’ and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 (art. 15-1) leaves those authorities a wide margin of appreciation”).

margem de apreciação estatal seria mais limitada, ao passo que, diante de sua inexistência, haveria um maior âmbito de discricionariedade para o Estado definir os aspectos normativos indeterminados que são relevantes para averiguar o cumprimento ou o descumprimento das obrigações que assumiu ao ratificar o tratado³⁶⁶. Assim, a doutrina foi desenvolvida com o escopo de permitir a integração regional sem mitigar as particularidades culturais dos países do bloco europeu. Diante dessas especificidades, qualquer tentativa de homogeneização da interpretação dos direitos humanos no continente europeu seria desastrosa. Por isso, convencionou-se que “[...] determinadas questões polêmicas e controversas, sobre as quais não houvesse consenso entre os sistemas jurídicos, advindas em determinado Estado só poderiam ser discutidas, processadas e dirimidas, por juízes da comunidade nacional”, de modo que aos juízes internacionais seria defeso o seu conhecimento, “[...] por não possuírem familiaridade com elas e pela necessidade de se respeitar as visões locais”³⁶⁷.

Para aprofundar a discussão sobre o tema e melhor compreender a operacionalidade da doutrina da margem de apreciação, podemos citar outros dois julgados do Tribunal Europeu.

No caso *Cossey vs. Reino Unido*, discutiu-se o direito das pessoas transexuais a contrair matrimônio. De acordo com o panorama fático, a suposta vítima, nascida como pessoa do sexo masculino, após fazer cirurgia de redesignação sexual e, inclusive ser tratada socialmente como mulher pelas autoridades estatais, foi impedida de casar-se com um homem, porquanto, para efeitos do registro civil, ela era do mesmo sexo que ele. Após

³⁶⁶ NASH ROJAS, Claudio. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuário Colombiano de Derecho Internacional*, n. 11, jan. 2018, p. 78-79. Como resume Jorge Contesse, “A doutrina da margem de apreciação prescreve que os tribunais regionais de direitos humanos deveriam garantir aos Estados-membros um campo relativamente amplo de discricionariedade na regulamentação dos direitos humanos, tendo em vista que estão mais próximos do caso em questão, sob aspectos temporais e geográficos, do que os organismos internacionais. O entendimento tradicional é no sentido de que a margem de apreciação refere-se a casos nos quais os direitos fundamentais podem entrar em conflito com a moral pública tradicionalmente defendida pelo Estado. Assim, a doutrina normalmente se apresenta nos casos de questões morais altamente contestadas, como a liberdade de expressão, a liberdade de religião ou os direitos sexuais” (CONTESSE, Jorge. *Contestation and deference in the Inter-American Human Rights System. Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 79, n. 2, 2016, p. 133-134, tradução livre: “The margin-of-appreciation doctrine prescribes that a regional human rights court should grant member states relatively wide berth in the regulation of human rights affairs given that they are closer to the case at hand, in time and geography, than are international bodies. The traditional understanding is that the margin of appreciation refers to cases where fundamental rights may conflict with public morals, typically defended by the state. Thus the doctrine often arises in the case of highly contested moral issues, such as freedom of expression, freedom of religion, or sexuality rights”).

³⁶⁷ MELO JÚNIOR, José Ricardo Custódio de. O conflito entre o universalismo dos direitos humanos e o multiculturalismo: reflexos na aplicação da doutrina da margem de apreciação. *Publicações da Escola da AGU*, Belo Horizonte, ano 2015, n. 2, out./dez. 2015.

ponderar que alguns Estados europeus permitiam o casamento em situações similares às discutidas no caso, o Tribunal Europeu entendeu pela não violação do art. 12 da Convenção Europeia, que assegura o direito ao casamento, uma vez que muitos dos seus signatários não haviam abandonado a concepção tradicional do instituto, ou seja, a ideia de que o casamento representa uma união entre pessoas do sexo oposto³⁶⁸.

Já no *caso Lautsi e outros vs. Itália*, abordou-se a permissão para a fixação de crucifixos nas salas de aula, sustentando a demandante a violação do direito à liberdade de pensamento, consciência e religião (CEDH, art. 9). Para o Tribunal Europeu, a falta de consenso no continente impede-o de posicionar-se definitivamente sobre a permissão ou proibição aos Estados de fixação desse símbolo religioso nos ambientes de ensino,

³⁶⁸ “Embora alguns Estados signatários atualmente considerem como válido um casamento entre uma pessoa na situação da Sra. Cossey e um homem, o desenvolvimento verificado até o momento (v. § 40) não permite evidenciar um abandono geral do conceito tradicional de casamento. Nessas circunstâncias, a Corte não considera que está autorizada a formular uma nova abordagem do Artigo 12 (art. 12) na questão em exame. O Tribunal acredita, ademais, que o respeito ao conceito tradicional do instituto fornece motivo suficiente para a continuada adoção de critérios biológicos para determinar o sexo de uma pessoa para fins de união matrimonial, sendo esta uma questão abrangida pelo poder dos Estados ao regulamentarem, por meio de sua legislação interna, o exercício do direito ao casamento” (TEDH, caso *Cossey vs. Reino Unido*, sentença de 27/9/1990, § 46, tradução livre: “Although some Contracting States would now regard as valid a marriage between a person in Miss Cossey’s situation and a man, the developments which have occurred to date (see paragraph 40 above) cannot be said to evidence any general abandonment of the traditional concept of marriage. In these circumstances, the Court does not consider that it is open to it to take a new approach to the interpretation of Article 12 (art. 12) on the point at issue. It finds, furthermore, that attachment to the traditional concept of marriage provides sufficient reason for the continued adoption of biological criteria for determining a person’s sex for the purposes of marriage, this being a matter encompassed within the power of the Contracting States to regulate by national law the exercise of the right to marry”).

localizando-se a questão em sua margem de apreciação, desde que não impeçam os pais de promoverem o ensino de seus filhos de acordo com suas crenças³⁶⁹.

Conforme se percebe, a teoria da margem de apreciação, na forma como foi construída pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *torna-o incompetente para apreciar determinadas questões, ao lhe proibir de debruçar-se sobre um determinado aspecto fático ou jurídico relevante para o julgamento e, com isso, limita-o a ratificar a decisão nacional, sendo a margem de apreciação do Estado menor ou maior conforme a existência ou inexistência de um consenso europeu sobre o tema*. Por via de consequência, “[...] o controle internacional deve autolimitar-se em face da decisão nacional e não questionar o Estado em seus pontos de vista”³⁷⁰. Além disso, essa teoria reforçaria a ideia de subsidiariedade da jurisdição internacional³⁷¹, ao afastar de sua apreciação determinadas questões que só poderiam ser analisadas pelos juízes nacionais, tendo em vista sua familiaridade com o assunto e, dessa maneira, pretenderia evitar o risco de decisões supostamente danosas aos

³⁶⁹ “Na opinião do Tribunal, a decisão sobre perpetuar ou não uma tradição pertence, em princípio, à margem de apreciação do Estado demandado. De outro lado, o Tribunal deve atentar-se ao fato de que a Europa caracteriza-se por uma grande diversidade entre os Estados que a compõem, sobretudo no plano da evolução histórica e cultural. Destaca, sem embargo, que a invocação da tradição não exonera um Estado de sua obrigação de respeitar os direitos e liberdades consagrados por Convênios e seus Protocolos. [...]. Diante disso, os Estados gozam de uma margem de apreciação quando se trata de conciliar o exercício das funções que assumem no âmbito da educação e ensino com o respeito ao direito dos pais de assegurá-las de acordo com suas convicções religiosas e filosóficas [...]” (TEDH, caso Lautsi e outros vs. Itália, sentença de 18/3/2011, §§ 68 e 69, tradução livre: “The Court takes the view that the decision whether or not to perpetuate a tradition falls in principle within the margin of appreciation of the respondent State. The Court must moreover take into account the fact that Europe is marked by a great diversity between the States of which it is composed, particularly in the sphere of cultural and historical development. It emphasises, however, that the reference to a tradition cannot relieve a Contracting State of its obligation to respect the rights and freedoms enshrined in the Convention and its Protocols. [...] The fact remains that the Contracting States enjoy a margin of appreciation in their efforts to reconcile exercise of the functions they assume in relation to education and teaching with respect for the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions [...]).”

³⁷⁰ NASH ROJAS, Claudio. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuário Colombiano de Derecho Internacional*, n. 11, jan. 2018, p. 76, tradução livre: “[...] el control internacional debe autolimitarse frente a la decisión nacional y no cuestionar al Estado con sus puntos de vista”.

³⁷¹ “[...] a margem de apreciação deve ser entendida como uma manifestação do princípio da subsidiariedade, cuja função é ajustar a intensidade do controle exercido pelo TEDH em conformidade com as medidas adotadas pelas autoridades nacionais segundo as exigências da Convenção” (MENA PARRAS, Francisco Javier. Democracy, diversity and the margin of appreciation: a theoretical analysis from the perspective of the international and constitutional functions of the European Court of Human Rights. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 29, jun. 2015, p. 8, tradução livre: “[...] the margin of appreciation has to be understood as a manifestation of the principle of subsidiarity, whose function it is to adjust the intensity of the ECtHR review on the conformity of the measures adopted by the national authorities with the requirements of the Convention”).

interesses nacionais, porque os juízes dos tribunais internacionais não conheceriam a fundo o assunto sobre o qual devem decidir.

A teoria em questão padece de dois defeitos congênitos.

O primeiro deles refere-se à confiança excessiva que se atribui aos Estados europeus no papel da defesa dos direitos humanos. Com efeito, conforme observa André de Carvalho Ramos, parte-se da falsa premissa de que os Estados europeus, onde os níveis de democracia e civilidade seriam superiores, são exímios respeitadores dos direitos humanos, o que não é verdade, tendo em vista que as condenações emitidas pelo Tribunal Europeu não param de se repetir³⁷².

O segundo vício congênito liga-se à sua pretensão de reforçar a subsidiariedade da jurisdição internacional. Ora, a ideia da subsidiariedade apenas indica que a atuação na defesa dos direitos humanos incumbe primariamente ao Estado e, uma vez constatada a falha na atuação de seus órgãos, poderia a parte interessada submeter o caso à apreciação do órgão internacional. Por isso, “A subsidiariedade não implica reduzir ou restringir a competência dos órgãos internacionais na avaliação de eventuais violações dos direitos humanos”³⁷³. Pelo contrário: da forma como é concebida, a teoria da margem de apreciação nega a própria ideia de subsidiariedade, porquanto em decorrência de sua adoção “[...] a definição dos elementos relevantes para determinar se houve o cumprimento ou não da vigência dos direitos humanos estaria sempre reservada aos órgãos nacionais”³⁷⁴.

Ainda que superados esses vícios da teoria, é possível identificar um grande problema em sua adoção: não obstante sejam compreensíveis as razões que levaram à sua formulação, isto é, compatibilizar e equilibrar o poder soberano estatal com o controle exercido pelos tribunais internacionais³⁷⁵, há uma excessiva *indeterminação na aplicação da teoria da*

³⁷² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 162.

³⁷³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 159.

³⁷⁴ NASH ROJAS, Claudio. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuário Colombiano de Derecho Internacional*, n. 11, jan. 2018, p. 97, tradução livre: “[...] la definición de los elementos relevantes para determinar si se ha cumplido o no con la vigencia de los derechos humanos quedaría entregada a los órganos nacionales”).

³⁷⁵ É o que aponta: CONTRERAS, Pablo. Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, ano 22, n. 2, 2014, p. 239.

*margem de apreciação*³⁷⁶. É dizer: inexistem critérios seguros para concluir em que situações o Estado estará ou não albergado pela margem de apreciação, não havendo previsibilidade na sua adoção, portanto.

Finalmente, a adoção da teoria da margem de apreciação produziria um efeito desastroso para a proteção internacional dos direitos humanos. Ao negar a competência aos tribunais internacionais em tais situações, a doutrina em tela dificulta a construção de *standards* mínimos de proteção dos direitos humanos e, por via de consequência, denega a característica da universalidade dos direitos humanos³⁷⁷. Por isso, não é difícil concluir que a “[...] sua utilização excessiva ou imprevisível tem por derradeiro resultado a inaptidão do sistema de proteção dos direitos humanos”³⁷⁸, implodindo a própria a jurisdição internacional, “[...] criada justamente para permitir a apreciação internacional de pretensas

³⁷⁶ “Essencialmente, não está claro exatamente quando a margem de apreciação deve ser usada ou quais são os seus limites e contornos. Em adição, as consequências de sua invocação estão longe de serem previsíveis ou precisos” (KRATOCHVÍL, Jan. The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3, 2011, p. 325, tradução livre: “In essence, it is not clear exactly when the margin of appreciation should be used or what its limits and contours are. In addition, the consequences of invoking it are far from predictable or precise”). Em sentido oposto, considerando que a construção casuística é da essência da doutrina e, por isso, não enxergando qualquer problema nessa indeterminação, v.: MENA PARRAS, Francisco Javier. Democracy, diversity and the margin of appreciation: a theoretical analysis from the perspective of the international and constitutional functions of the European Court of Human Rights. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 29, jun. 2015, p. 10: “O escopo da teoria da margem de apreciação, todavia, depende do contexto de cada caso e não pode ser definida em abstrato” (tradução livre: “The scope of the margin of appreciation, however, depends on the context of each case and cannot be defined in the abstract”).

³⁷⁷ “[...] parece necessário esclarecer que a implementação da normativa internacional em matéria de direitos humanos e, particularmente, da obrigação do Estado para que investigue e sancione graves violações de direitos humanos não pode ser realizada sob a ideia de que existiria uma ‘margem de apreciação’ para que cada Estado determine quando e como implementar esta obrigação.” (NASH ROJAS, Claudio. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuário Colombiano de Derecho Internacional*, n. 11, jan. 2018, p. 73, tradução livre “[...] parece necesario aclarar que la implementación de la normativa internacional en materia de derechos humanos y, particularmente, de la obligación del Estado para que investigue y sancione graves violaciones de derechos humanos no puede ser realizada bajo la idea de que existiría un ‘margen de apreciación’ para que cada Estado determine cuándo y cómo implementa esta obligación”). Também negando a teoria da margem de apreciação, é elucidativa a seguinte passagem constante do voto individual do Juiz Eduardo Vita Grossi, na Opinião Consultiva n. 24/2017, § 163: “[...] a preeminência, na esfera internacional, do Direito Internacional e da Convenção sobre toda norma do Direito Interno é evidente e incontestável, precisamente por tratar-se, esta última, de um instrumento internacional, isto é, acordado entre Estados e obrigatório em suas relações recíprocas em assuntos que dizem respeito às relações entre o Estado e as pessoas sujeitas à sua jurisdição e que, consequentemente, deixaram de integrar a jurisdição interna, doméstica ou exclusiva ou da margem de apreciação daquela.”

³⁷⁸ DOMINGOS, Carlos Eduardo de Moraes. Caso K. S. and M. S. v. Germany: utilização da prova ilícita no processo penal e jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 231-245, jan./jun. 2017.

violações de direitos humanos, mesmo que os atos internos ofensivos tenham expressivo apoio da maioria”³⁷⁹.

No âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a teoria da margem de apreciação não goza de prestígio, sendo, aliás, bastante escassa a sua referência na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A esse propósito, sua menção dá-se, em um primeiro momento, com a análise da Opinião Consultiva n. 4/1984, ocasião na qual a Costa Rica solicitou à Corte Interamericana parecer sobre a convencionalidade de dispositivos propostos para a reforma de sua Constituição que versariam sobre o direito à nacionalidade. Na proposta de reforma constitucional, estipulou-se um período diferenciado de residência no território costarriquenho, conforme o requerente possuísse ou não a nacionalidade por ter nascido em países da América Central, Espanha ou Ibero-América, o que poderia, em tese, vulnerar o direito à igualdade perante a lei (CADH, art. 24). A Corte Interamericana validou a opção do Estado, salientando que “Trata-se de valores que adquirem dimensões concretas à luz da realidade em que são chamados a materializar-se e que deixam certa margem de apreciação para a expressão que devem assumir em cada caso” e que, por via de consequência, sua conclusão “[...] leva especialmente em conta a *margem de apreciação* reservada ao Estado que outorga a nacionalidade sobre os requisitos e conclusões que devem ser preenchidos para obtê-la”³⁸⁰.

Outro caso em que se fez referência à margem de apreciação é o caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, em que a Corte Interamericana teve que analisar se a condenação de um jornalista por crime contra a honra violaria a liberdade de expressão (CADH, art. 13), assim como se o procedimento instaurado contra ele estava em conformidade com o devido processo legal (CADH, art. 8). Ao analisar a garantia do duplo grau de jurisdição (CADH, art. 8.2, h), enfatizou a Corte Interamericana de Direitos Humanos que esta se instrumentaliza por meio de um recurso ordinário e eficaz que permita ao órgão jurisdicional superior a correção de decisões atentatórias aos direitos do recorrente e, “Ainda que os Estados tenham uma *margem de apreciação* para regular esse recurso, não podem

³⁷⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 159.

³⁸⁰ CtIDH, OC n. 4/1984, §§ 58 e 62, tradução livre, *grifos nossos*: “Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso” e “Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el *margen de apreciación* reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla”.

estabelecer restrições ou requisitos que infrinjam a própria essência do direito de impugnar a sentença”³⁸¹.

A despeito das referidas menções à teoria da margem de apreciação, em substancial estudo sobre o tema, Claudio Nash Rojas demonstra que a Corte Interamericana já se deparou com inúmeros casos em que poderia ter aplicado a teoria, mas deixou de fazê-lo. Assim, por exemplo, no que se refere à justiça de transição, a Corte Interamericana poderia ter afirmado que, diante das particularidades de cada Estado, seriam estes que estariam em melhores condições de estabelecer o tratamento normativo das graves violações de direitos humanos cometidas no período de exceção, mas não o fez. Apesar de reconhecer os esforços e as dificuldades internas, a Corte Interamericana frisou que os *standards* internacionais sobre a questão prevalecem sobre entraves fáticos e jurídicos internos, nitidamente rejeitando a invocação da margem de apreciação³⁸². Nesse contexto, ao julgar o caso *Massacre do Povo Bello vs. Colômbia*, a Corte Interamericana, após enfatizar as dificuldades do Estado colombiano, anotou que “Sem embargo, as condições do país, não importa o quão difíceis sejam, não liberam o Estado-parte da Convenção Americana de suas obrigações estabelecidas nesse tratado, que subsistem particularmente em casos como este”³⁸³.

Da mesma forma, no caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, relacionado com a violação do direito à constituição de família (CADH, art. 17) em decorrência da proibição da utilização de fertilização *in vitro* pelos casais, a Corte Interamericana fez menção às experiências nacionais, porém, não se limitou a lhes prestar deferência, procedendo a uma delimitação da normatividade do art. 4.1 da Convenção Americana, ao entender que o embrião não é considerado “pessoa”, para efeitos da incidência desse dispositivo, mas o

³⁸¹ CtIDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentença de 2/7/2004, § 161, tradução livre, *grifos nossos*: “Si bien los Estados tienen un *margen de apreciación* para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo.”

³⁸² NASH ROJAS, Claudio. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuário Colombiano de Derecho Internacional*, n. 11, jan. 2018, p. 91-92.

³⁸³ CtIDH, caso *Massacre do Povo Bello vs. Colômbia*, sentença de 31/1/2006, § 146, tradução livre: “Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente.”

termo “concepção” refere-se à implantação do embrião no útero, momento antes do qual não há que se falar em proteção do direito à vida³⁸⁴.

Isso posto, Claudio Nash Rojas conclui que a doutrina da margem de apreciação não é aplicada no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Isso porque a Corte Interamericana visualiza as opções legislativas dos Estados com certa desconfiança e não se considera incompetente para o exame de questões relevantes para a determinação da normatividade dos direitos consagrados na Convenção Americana, limitando-se a chancelar a opção estatal. Pelo contrário: ela delimita os aspectos normativos que servem de base para a incidência do direito *sub judice*³⁸⁵.

Em síntese, a doutrina da margem de apreciação, concebida pelo sistema europeu de proteção dos direitos humanos, é mecanismo que amplia o âmbito de atuação da jurisdição nacional em detrimento da jurisdição internacional, porquanto denega competência aos juízes internacionais para a análise de aspectos relevantes para a determinação de direitos previstos nas convenções internacionais. A sua adoção, com efeito, enfraquece a proteção internacional dos direitos humanos, dificultando a construção de *standards* mínimos de proteção. A despeito de ser amplamente utilizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a teoria da margem de apreciação não é recepcionada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A sua rejeição, *in casu*, é importante fator de ampliação da competência da Corte, tornando indubitosa a primazia de sua exegese em detrimento da interpretação efetuada pelos órgãos nacionais.

3.5.1.2.2 A teoria do duplo crivo: órgãos autônomos e concorrentes de controle

Em reforço da força vinculante da jurisprudência interamericana, rememore-se que o controle de convencionalidade é exercido não só pela Corte Interamericana de Direitos

³⁸⁴ CtIDH, caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica, sentença de 28/11/2012, § 264: “A Corte utilizou os diversos métodos de interpretação, os quais levaram a resultados coincidentes no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana. Além disso, depois de uma análise das bases científicas disponíveis, a Corte concluiu que a ‘concepção’, no sentido do artigo 4.1, ocorre a partir do momento em que o embrião se implanta no útero, razão pela qual antes deste evento não procederá a aplicação do artigo 4 da Convenção. Além disso, é possível concluir das palavras ‘em geral’ que a proteção do direito à vida em conformidade com esta disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral”.

³⁸⁵ NASH ROJAS, Claudio. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuário Colombiano de Derecho Internacional*, n. 11, jan. 2018, p. 95-96.

Humanos, mas também pelos atores locais. Como é evidente, tanto o controle exercido pela Corte Interamericana como o exercido pelos órgãos nacionais têm em comum o mesmo *parâmetro de controle*: nos dois casos, a validade do ato normativo interno será aferida tomando-se como base uma norma extraída de um tratado de direitos humanos. No entanto, a *hierarquia do tratado-parâmetro* varia conforme a modalidade de controle. Em se tratando do controle de matriz nacional, deverá ser observado o disposto no respectivo ordenamento jurídico nacional; no caso do Brasil, prevalecendo em âmbito jurisprudencial a teoria do duplo estatuto, o tratado de direitos humanos somente assumirá *status* constitucional se tiver sido aprovado pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, ostentando hierarquia supralegal nas demais situações e, por isso, via de regra, não poderá servir de parâmetro para o controle de convencionalidade (de matriz interna) de normas constitucionais. A esse propósito, frisou-se que “[...] de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), assentou-se o status normativo supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, abaixo da Constituição, mas acima das leis infraconstitucionais. Portanto, consagrou-se que o controle de convencionalidade pode ser realizado sobre as leis infraconstitucionais. Assim, o CP deve ser aplicado em conformidade com os direitos assegurados na Convenção Americana de Direitos Humanos e com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos”³⁸⁶.

Já no caso do controle de matriz internacional, o tratado-parâmetro é sempre o ato normativo de maior hierarquia. Desse modo, até mesmo atos do poder constituinte originário podem ter sua convencionalidade questionada. Isso porque, “[...] para o Direito Internacional, não há importância se a norma é constitucional, infraconstitucional ou até mesmo um ato administrativo, já que o Direito interno é visto como mero *fato*. Logo, nem mesmo as normas constitucionais oriundas do poder constituinte originário servem como excludente de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos”³⁸⁷. Tal aspecto leva Norberto E. Garay Boza a constatar que um dos efeitos do controle de convencionalidade é a *inversão estrutural da pirâmide normativa de Kelsen*, tendo em vista que, como consequência de seu exercício, o tratado-parâmetro posicionar-se-á acima da Constituição, ou seja, o efeito de sua realização é “[...] que as normas prevaleçam não pelo

³⁸⁶ STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* n. 171.118/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/11/2019 (Informativo n. 959).

³⁸⁷ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 99.

seu aspecto hierárquico, tal e como concebido no esquema positivista, senão por sua maior compatibilidade com o direito internacional dos direitos humanos”³⁸⁸.

Ademais, a comparação entre as duas espécies de controle revela que há diferenças no que se refere ao *objeto de controle*. No caso do controle de matriz nacional, ainda ligado à lógica do controle de constitucionalidade, não é possível questionar a legitimidade convencional de um ato emanado do poder constituinte originário. Ou seja, dispositivos constantes da redação originária da Constituição Federal estão imunes ao questionamento convencional. Isso porque, segundo a teoria clássica do poder constituinte originário, é ele ilimitado e incondicionado e, por isso, não poderia sua obra ser questionada por um Poder instituído por ele e que nele encontra seu fundamento³⁸⁹. O mesmo não sucede com o controle de matriz internacional. A Corte Interamericana é pacífica acerca da possibilidade de aferir a legitimidade convencional de atos normativos editados pelo poder constituinte originário. Esse entendimento foi firmado a partir do caso *Olmedo Bustos vs. Chile*, em que se questionou a proibição de exibição do filme “A última tentação de Cristo” determinada pelas autoridades chilenas com fundamento no art. 19, n. 12, da Constituição chilena, visualizando-se uma hipótese de censura prévia e, em consequência, de possível violação ao art. 13 da Convenção Americana. Assim, cristalizou-se a posição no sentido de que a responsabilidade internacional por violação à Convenção Americana deriva de qualquer tipo

³⁸⁸ GARAY BOZA, Norberto E. Governar desde abajo: del control de convencionalidad a la instrumentalización de la inversión estructural de la pirámide kelseniana, 5 *Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J.* 124, p. 127, tradução livre: “[...] que las normas prevalecerán no por su rango jerárquico, tal y como lo concibe el esquema positivista, sino más bien por su mayor compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos”.

³⁸⁹ Como explica Paulo Gustavo Gonet Branco: “Não se pode esquecer que a Constituição é o diploma *inicial* do ordenamento jurídico e que as suas regras têm incidência imediata. Somente é direito o que com ela é compatível, o que nela retira o seu fundamento de validade. [...]. O poder constituinte originário dá início ao ordenamento jurídico, define o que pode ser aceito a partir de então. [...]”. Daí por que “Sendo o poder constituinte originário e ilimitado e sendo o controle de constitucionalidade exercício atribuído pelo constituinte originário a poder por ele criado e que a ele deve reverência, não há se cogitar de fiscalização de legitimidade por parte do Judiciário de preceito por aquele estatuído” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Poder constituinte*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 114 e 117, *grifos do autor*). No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: em ação direta de inconstitucionalidade na qual se postulava a declaração de inconstitucionalidade da redação originária do art. 14, § 4º, da Constituição Federal, a petição inicial foi declarada inepta, sendo mantida a decisão em sede de agravo regimental (STF, Tribunal Pleno, ADI n. 4.097 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 8/10/2008).

de ato ou omissão do Estado, editado por qualquer de seus Poderes ou órgãos e independentemente de sua hierarquia no ordenamento nacional³⁹⁰.

Tais diferenças apontam para uma superioridade do controle de matriz internacional, na medida em que legitimam a Corte Interamericana de Direitos Humanos a aferir a convencionalidade da norma constitucional, ainda que emanada do poder constituinte originário.

É certo, porém, que o controle de convencionalidade primário não pode ser descartado, como se fosse destituído de relevância. Se assim o fosse, certamente não se exigiria o esgotamento dos remédios internos para o acesso à jurisdição interamericana (CADH, art. 46.1.a). No entanto, é mister reconhecer que não se lhe pode atribuir preponderância, sob pena de assegurar aos Estados-membros da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que a cumpram à sua maneira, isto é, interpretem o tratado da forma que lhes pareça mais conveniente. É que *texto e norma não se confundem*, sendo certo que “[...] a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma a partir do texto e da realidade. É atividade *constitutiva*, não meramente *declaratória*”³⁹¹. Assim, de um mesmo preceito normativo, poderiam os Estados-membros da Convenção Americana extrair normas distintas, em total dissonância com a leitura efetuada pela Corte Interamericana, legitimando-os, por via de consequência, a cumprirem o tratado na forma como lhes é mais conveniente.

Partindo dessa constatação, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, não se pode perder de vista que a distinção entre texto e norma é de extrema relevância para não se negar o universalismo dos direitos humanos, isto é, uma aplicação uniforme do conjunto normativo que o compõe, assegurando-os, de fato e sem qualquer distinção, a todos

³⁹⁰ CtIDH, caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile, sentença de 5/2/2001, § 72, *grifamos*: “Esta Corte entende que a responsabilidade internacional do Estado pode originar-se de atos ou omissões de qualquer poder ou órgão desse, *independentemente de sua hierarquia*, que violem a Convenção Americana. É dizer, todo ato ou omissão imputável ao Estado, em violação das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, compromete a responsabilidade internacional do Estado. No presente caso, esta foi gerada em virtude de que o art. 19, número 12, da Constituição, estabelece a censura prévia em produção cinematográfica e, portanto, determina os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário” (tradução livre: “Esta Corte entiendo que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, *independientemente de su jerarquía*, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial”).

³⁹¹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 26, *grifos do autor*.

os seres humanos. É que se cada Estado for o responsável por definir os contornos dos preceitos normativos internacionais, na realidade, os tratados serão transformados em mera peça de retórica e em cada localidade o seu alcance será diferente. Atento a isso, André de Carvalho Ramos anota que “[...] não basta a adoção da *mesma redação* de um determinado direito em dezenas de países que ratificaram um tratado para que o universalismo seja implementado. É necessário que tenhamos também uma *mesma interpretação* desse texto”³⁹².

O escopo do controle secundário é, assim, de “[...] evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, *fiscais e fiscalizados*, criando a indesejável figura do *judex in causa sua*”³⁹³. De fato, não obstante se reconheça ao Estado uma atuação primária na proteção dos direitos humanos, seria temerosa a ausência de uma instância de controle internacional, porquanto permitiria àquele cumprir o tratado segundo a sua própria interpretação, em um evidente engodo da comunidade internacional. André de Carvalho Ramos refere-se a tal situação como *truque de ilusionista*: os Estados “[...] assumem obrigações internacionais, as descumprem com desfaçatez, mas alegam que as estão cumprindo, de acordo com *sua própria interpretação*”³⁹⁴.

Fica evidenciado, assim, que, para uma proteção efetiva dos direitos humanos, não basta que os Estados ratifiquem as respectivas convenções internacionais. Isso porque, embora tenham poder para interpretá-las, sua exegese não pode ser definitiva. Se fosse assim, estariam autorizados a implementar esses tratados da forma como melhor lhes aprouvesse, segundo sua exclusiva conveniência, em um nítido “truque de ilusionista”. É dizer, poderiam criar “versões nacionais de um diploma internacional”.

Daí a importância dos tribunais internacionais: impedir que os Estados apliquem as convenções internacionais segundo a sua própria interpretação, negando eficácia ao que lhes seja inconveniente. O controle secundário, portanto, uniformiza a interpretação dos preceitos das convenções internacionais e garante a sua aplicação universal.

³⁹² RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35, *grifos do autor*.

³⁹³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 331, *grifos do autor*.

³⁹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 353, *grifos do autor*.

O operador do direito, então, poderá deparar-se com uma situação antinômica: órgãos autônomos apreciando a mesma questão, sob diferentes parâmetros de controle e podendo prolatar decisões conflitantes. Nesse contexto, Ariel E. Dulitzky pondera que a interpretação efetuada pelos juízes nacionais, em comparação com aquela realizada pela Corte Interamericana, pode assumir as seguintes feições³⁹⁵: a) *interpretação expansiva*, em que o juiz nacional interpreta a Convenção Americana de um modo mais protetivo do que a própria Corte Interamericana, o que encontra amparo no art. 29.b; b) *interpretação inovadora*, em que as cortes nacionais decidem casos de maneira pioneira, isto é, antes de um pronunciamento da Corte Interamericana sobre a matéria; c) *interpretação corretiva*, na qual a exegese fixada pelo Judiciário é alterada, adaptando-se à interpretação definida pela Corte Interamericana; d) *interpretação receptiva*, situação em que os juízes nacionais apelam à jurisprudência da Corte Interamericana, desenvolvida em casos em que seus respectivos Estados não figuraram no polo passivo e, assim, recepcionam as suas decisões como parâmetros interpretativos (*res interpretata*); e) *interpretação neutralizadora*, em que os tribunais nacionais aplicam formalmente a Convenção Americana, porém deixam de seguir a jurisprudência da Corte Interamericana, lançando mão da técnica da distinção (*distinguishing*), de modo a evidenciar que o caso paradigmático apresenta questões fáticas e jurídicas relevantes que não se repetem no caso sob julgamento e, por isso, este merece um tratamento distinto do conferido àquele; e f) *interpretação conflituosa*, na qual a decisão dos juízes nacionais contraria a jurisprudência da Corte Interamericana.

³⁹⁵ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 71-72.

Parece forçoso assumir a premissa de que as distintas ordens jurídicas devem conviver harmoniosamente³⁹⁶. Assim, deve haver um *diálogo jurisprudencial entre os órgãos nacionais e internacionais*³⁹⁷. Nessa linha de raciocínio, como pontuou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, ao exercer o controle de convencionalidade, “[...] o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo”³⁹⁸. O diálogo, como é óbvio, deve ser *uma via de mão dupla*: cabe tanto aos juízes nacionais quanto aos julgadores da Corte Interamericana exercê-lo e, assim, citar e discutir os julgados uns dos outros, efetuando uma autêntica análise do precedente na formação de sua convicção ou declinando as razões pelas quais o considera inadequado³⁹⁹.

Ocorre, no entanto, que muitas vezes o diálogo mostra-se infrutífero, instaurando-se uma situação de conflito entre as decisões nacionais e internacionais.

³⁹⁶ Apenas para ilustrar, divergência similar pode ser encontrada no âmbito interno, em razão do conflito envolvendo o Tribunal de Justiça local e o Supremo Tribunal Federal na hipótese do questionamento da constitucionalidade de ato normativo estadual. Isso porque a constitucionalidade de um ato normativo estadual pode ser questionada tanto no Tribunal de Justiça, com fundamento em parâmetro sediado na Constituição Estadual, assim como pode ser ventilada sua inconstitucionalidade no Supremo Tribunal, apelando para um parâmetro extraído da Constituição Federal. No entendimento do Supremo Tribunal Federal, versando a discussão sobre *norma de reprodução obrigatória pelo Estado-membro*, o julgamento local deveria ser suspenso até a decisão definitiva em sede nacional, o que significa atribuir primazia à decisão daquele, tendo em vista que, como pontuou o Ministro Moreira Alves, “[...] a decisão do Supremo Tribunal Federal, qualquer que seja, prejudicará a do Tribunal local no âmbito das normas constitucionais estaduais que reproduzem as federais. De feito, se a lei estadual for declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia *erga omnes* dessa declaração se imporá ao Tribunal local, ficando a ação direta proposta perante ele sem objeto, já que inconstitucional em face da Constituição Federal que tem primazia quanto às Constituições Estaduais; se a norma estadual for declarada, por esta Corte, constitucional, essa mesma eficácia *erga omnes* de sua decisão se imporá ao Tribunal local quanto às normas constitucionais estaduais reproduzidas obrigatoriamente da Constituição Federal, porquanto o Supremo para declarar constitucional a norma estadual a teve como compatível com os preceitos constitucionais federais reproduzidos obrigatoriamente pela Constituição do Estado-membro, os quais não podem ser interpretados diferentemente, por ser inconstitucional essa interpretação diversa” (STF, Tribunal Pleno, Rcl n. 425 AgR, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 27/05/1993, p. 4 do voto do Ministro Moreira Alves). Para Gilmar Mendes, a solução para o conflito seria “[...] admitir que as decisões do Supremo Tribunal Federal são dotadas de *efeito vinculante (Bindungswirkung)*, que não se limita à parte dispositiva, mas se estende aos fundamentos determinantes da decisão. Assim, pelo menos no que se refere às ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia cogitar de um efeito transcendente se a questão estadual versasse também sobre a norma de reprodução obrigatória pelo Estado-membro” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1348, *grifos do autor*).

³⁹⁷ Nesse sentido: FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 79; RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 334.

³⁹⁸ CtIDH, caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, sentença de 26/9/2006, § 124.

³⁹⁹ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 77-78.

Exemplo marcante, entre nós, deu-se com o questionamento da legitimidade da Lei n. 6.683/1979 (Lei de Anistia), tanto perante o Supremo Tribunal Federal quanto perante a Corte Interamericana.

Ao julgar o pedido formulado na ADPF n. 153, o Supremo Tribunal Federal considerou a Lei de Anistia recepcionada pela Constituição de 1988⁴⁰⁰. De acordo com o entendimento predominante, em matéria de anistia, não estaria o Poder Judiciário autorizado a modificar a redação do ato normativo que a concede; eventual revisão deveria ser capitaneada pelo Legislativo. Em adição, a Lei n. 6.683/1979 teria sido constitucionalizada pela Constituição de 1988, tendo em vista que a Emenda Constitucional n. 26/85, responsável pela convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no art. 4º, reproduziu o intento de extinguir a punibilidade dos responsáveis pela prática de atos de exceção durante o período compreendido entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979⁴⁰¹.

Por sua vez, a Corte Interamericana, analisando a referida lei, no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, manifestou-se pela sua inconveniência. Na visão da Corte Interamericana, leis de anistia, por envolverem situações de graves violações de direitos humanos e implicarem a extinção da punibilidade dos responsáveis por esses atos, contrariam os art. 8.1 e 25 da Convenção Americana, em combinação com seus arts. 1.1 e 2,

⁴⁰⁰ A arguição de descumprimento de preceito fundamental, instrumento instituído pela Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei n. 9.882/1999, supre grave lacuna do ordenamento jurídico, ao permitir o exame, por meio do controle de constitucionalidade concentrado, de atos normativos editados anteriormente à Constituição.

⁴⁰¹ Em trecho do Informativo n. 584, a fundamentação da posição dominante resta assim sintetizada: “Destacou-se que, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não estaria autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Não incumbiria ao Supremo modificar, portanto, textos normativos concessivos de anistias, mas tão-somente apurar a sua compatibilidade com a Constituição. A revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haveria, ou não, de ser feita pelo Poder Legislativo. Atentou-se, ainda, para o que disposto no art. 4º da EC 26/85 [...]. Explicou-se que a EC 26/85, cujo art. 1º conferiu aos membros da Câmara dos Deputados e ao Senado Federal o poder de se reunirem unicameralmente em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, em 1º.2.87, na sede do Congresso Nacional, seria dotada de caráter constitutivo, instalando um novo sistema normativo. Destarte, a anistia da Lei 6.683/79 teria sido reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. A emenda constitucional produzida pelo Poder Constituinte originário teria constitucionalizado a anistia. Assim, afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, ter-se-ia que sua adequação à Constituição de 1988 resultaria inquestionável”.

porquanto impedem o Estado de cumprir o seu dever de investigar e, eventualmente, punir os autores de tais atos⁴⁰².

Diante de tal situação conflituosa, André de Carvalho Ramos propõe a *teoria do duplo controle*. Para ele, considerando que os direitos humanos estão positivados não só na Constituição como em convenções internacionais, existem dois filtros de legitimidade dos atos normativos: o filtro da convencionalidade, de um lado, e o filtro da constitucionalidade, de outro lado. Um ato somente será considerado legítimo, não violador dos direitos humanos, se passar imune a ambos os crivos; basta que não supere um desses critérios para que possa ser considerado atentatório e, por isso, devendo ser repudiado. Além disso, esses filtros atuam de maneira independente. Assim, na seara da constitucionalidade, a última palavra seria de atribuição da Corte Constitucional do Estado, ao passo que, no âmbito da convencionalidade, incumbiria ao respectivo Tribunal Internacional a palavra definitiva

⁴⁰² Reafirmando sua jurisprudência sobre o assunto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos salientou que “[...] são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Assim, a Lei n. 6.683/1979 “[...] afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana” (CtIDH, caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, sentença de 24/11/2010, §§ 171 e 172).

sobre o tema⁴⁰³. Reconhece-se, pois, que “[...] as jurisdições nacional e internacional não são concorrentes ou conflituosas, mas, sim, complementares, em constante interação na proteção dos direitos humanos”⁴⁰⁴.

Ora, se o Estado, ao ratificar determinado tratado, assume o encargo de cumpri-lo integralmente, “[...] parece natural que os Tribunais e Cortes Internacionais tenham suas decisões acatadas pelos Estados aderentes”⁴⁰⁵. Trata-se, pois, de uma *questão de coerência* na decisão do Estado em ratificar um determinado tratado: “[...] do mesmo modo que se aceita a internacionalização das normas de direitos humanos, consequentemente deve ser

⁴⁰³ “Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma *dupla* garantia: *o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional*. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil. Esse *duplo controle* parte da constatação de uma verdadeira separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos” (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 355, *grifos do autor*). Cf., ainda, em âmbito doutrinário: DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 46: “Para os juízes nacionais, esse dever [o controle de convencionalidade] apresenta-se como um acréscimo ao tradicional controle de constitucionalidade ou *judicial review* dentro de seus respectivos Estados” (tradução livre: “For domestic judges, this duty comes in addition to traditional constitutionality control or judicial review within their respective States”). E afirma, páginas adiante, que uma “[...] uma interpretação doméstica da Convenção dissonante de prévias decisões da Corte não é uma forma aceitável de controle de convencionalidade” (DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 69, tradução livre: “[...] domestic judicial interpretation of the Convention differing from the Court’s previous decisions is not an acceptable conventionality control.”). Na mesma linha, aduz Valerio de Oliveira Mazzuoli que as “[...] supernormas (Constituição e os tratados) é que irão se unir em prol da construção de um direito infraconstitucional compatível com ambas, sendo certo que *a incompatibilidade desse mesmo direito infraconstitucional com apenas uma das supernormas já o invalida por completo* (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 40). Em âmbito jurisprudencial, em igual sentido, v. o voto de Roberto de Figueiredo Caldas proferido no caso Gomes Lund, na condição de Juiz *Ad Hoc*, esclarecendo que “[...] se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil” (CtIDH, caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, sentença de 24/11/2010, § 4 do voto fundamentado do Juiz *Ad Hoc* Roberto de Figueiredo Caldas). No mesmo sentido: CtIDH, caso Tibi vs. Equador, sentença de 7/9/2014, voto concorrente do Juiz Sergio Garcia Ramirez, § 3º: “[...] se os tribunais constitucionais controlam a ‘constitucionalidade, o tribunal internacional de direitos humanos resolve acerca da ‘convencionalidade’ desses atos” (tradução livre: “[...] si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos”).

⁴⁰⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 45, tradução livre: “[...] la jurisdicciones nacional y internacional no son concurrentes o conflictivas, pero sí complementarias, en constante interacción en la protección de los derechos de la persona humana”.

⁴⁰⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 82.

aceita a jurisdição obrigatória dos mecanismos para julgar os Estados infratores [...]”⁴⁰⁶. Dessa forma, a soberania estatal, longe de ser um argumento legítimo para justificar o descumprimento de um tratado, na verdade, deveria produzir o efeito oposto, visto que é justamente mediante o seu exercício que os Estados ratificam atos normativos internacionais⁴⁰⁷ e, portanto, voluntariamente colocam-se na posição de partes desses tratados, devendo cumpri-los integralmente.

Logo, o controle de convencionalidade de matriz nacional “[...] deverá obedecer à interpretação ofertada pelo controle de convencionalidade internacional, para que possamos chegar à conclusão de que os tratados foram efetivamente cumpridos”⁴⁰⁸. Por conseguinte, a Corte Interamericana é “[...] quem diz a *última e definitiva palavra* acerca da interpretação e do alcance da Convenção. Todos devem acomodar-se à sua interpretação, inclusive os Tribunais e Cortes Constitucionais da região”⁴⁰⁹. Apesar disso, impõe-se frisar que os filtros de controle são autônomos, mas havendo similitude fática e jurídica, a decisão internacional há de ser respeitada. Dessa forma, é defeso ao Judiciário criar uma espécie de controle de constitucionalidade *ex post* do controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 369.

⁴⁰⁷ Ilustrando esse raciocínio, cf.: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 32.

⁴⁰⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 334.

⁴⁰⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 81, grifos do autor. No mesmo sentido: GARCIA RAMIREZ, Sergio. The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (national systems): some pertinent questions. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Notre Dame, v. 5, n. 1, 2015, p. 140. Por sua vez, Arie E. Dulitsky, parafraseando Charles Evans Hughes, afirma que “Hoje, sem embargo, na América Latina, seria mais apropriado dizer que estamos sob a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas a Convenção é o que os juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos dizem o que ela é” (DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 46, tradução livre: “Today, nevertheless, in Latin America, it would be more appropriate to say that we are under the American Convention on Human Rights, but the Convention is what the judges of the Inter-American Court of Human Rights say it is”).

⁴¹⁰ Como relata Víctor Rafael Hernández-Mendible, tal sucedeu na Venezuela, tendo o Tribunal Supremo de Justiça firmado a tese, com base nos princípios da supremacia da Constituição e da soberania nacional, de que os julgados da Corte Interamericana somente teriam execução no território nacional após a aferição de sua constitucionalidade (RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos, *Revista de Investigaciones Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, set./dez. 2015, p. 161).

Sendo assim, na situação envolvendo a Lei de Anistia, caberia ao Brasil rever sua decisão, eis que a Lei n. 6.683/1979, não obstante recepcionada pela Constituição de 1988 (filtro da constitucionalidade), foi declarada inconveniente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (filtro da convencionalidade), órgão encarregado de proferir a última palavra acerca da convencionalidade dos atos normativos editados pelos Estados-partes da Convenção Americana.

Por fim, duas questões devem ser apontadas como consequências da adoção da teoria do duplo crivo.

Em primeiro lugar, com a constatação de que os controles são autônomos, resta evidenciada a *não adoção da fórmula da quarta instância pela Corte Interamericana*. De acordo com essa construção teórica, um órgão jurisdicional internacional teria competência para reformar decisões jurisdicionais nacionais e, no caso da proteção internacional dos direitos humanos, isso poderia ser feito sempre que a decisão nacional os violasse. Isso significa, por via de consequência, que o órgão internacional seria hierarquicamente superior ao nacional e, por isso, assumiria competência para substituir a decisão da instância doméstica⁴¹¹.

A Corte Interamericana não adota tal fórmula. Com efeito, as decisões jurisdicionais são analisadas por ela como *meros fatos jurídicos* que podem ter violado direitos humanos e, ao concluir pela sua lesão, a Corte não rescinde ou reforma o julgado local, apenas constata essa situação, fixa a devida reparação e determina ao Estado que adeque sua conduta ao *corpus juris* interamericano.

A fórmula da quarta instância é invocada pelos Estados mediante a oposição de *exceções preliminares* visando a afastar a competência da Corte Interamericana para apreciar

⁴¹¹ Conforme define André de Carvalho Ramos, ao se referir à celeuma envolvendo o caso Gomes Lund e a ADPF n. 153, “[...] a jurisdição interamericana de direitos humanos aprecia a conduta do *Estado* brasileiro em face da Convenção Americana de Direitos Humanos. Não há, então, nenhuma pretensão de rescindir julgados nacionais, mas sim em obrigar o Estado a respeitar os direitos humanos” (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 387, *grifos do autor*).

o caso. É o que sucedeu, v. g., nos Casos Gomes Lund e outros vs. Brasil⁴¹² e Escher e outros vs. Brasil⁴¹³.

Para melhor ilustrar a dinâmica operacional da fórmula *sub examine*, citemos o caso Atala Riffo e filhas vs. Chile. Trata-se de caso em que o Poder Judiciário do Chile deferiu ao ex-cônjuge da petionária a guarda de suas filhas, sob o argumento de que, por ter se assumido homossexual e viver em conjunto com outra mulher, ela não estaria em condições de criá-las. Ao analisar o caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu pela violação dos direitos à igualdade e à vida privada, frisando que a Convenção Americana não traz um conceito único de família, motivo pelo qual condenou o Estado chileno a reparar os danos provocados em detrimento da sra. Atala Riffo. Entretanto, por não adotar a teoria em tela, absteve-se de analisar a questão relativa ao mérito da guarda, deixando, pois, de proceder à reforma do ato judicial questionado para deferi-la em favor da petionária⁴¹⁴.

A compreensão acerca da dinâmica da fórmula da quarta instância é importante para compreender os limites da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos em que se alegue violação da garantia do duplo grau de jurisdição (CADH, art. 8.2.h). Em

⁴¹² “Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153 (par. 136 infra), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar” (CtIDH, caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, sentença de 6/7/2009, § 49).

⁴¹³ “Por outro lado, no que se refere ao alegado pelo Estado em relação à ‘fórmula da quarta instância’ (supra par. 39), a Corte considera oportuno recordar, como tem observado em sua jurisprudência de forma reiterada, que o esclarecimento de se o Estado violou ou não suas obrigações internacionais em decorrência das atuações de seus órgãos judiciais pode levar o Tribunal a examinar os respectivos processos internos, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana; o que não é o mesmo, por certo, que determinar responsabilidades penais individuais. Com base no anterior, devem-se considerar os procedimentos internos como um todo. A função do Tribunal é determinar se o procedimento, considerado integralmente, adequou-se à Convenção. Esse exame corresponde ao mérito do assunto e será analisado no respectivo capítulo. Portanto, o Tribunal rejeita esta exceção preliminar” (CtIDH, caso Escher e outros vs. Brasil, sentença de 6/7/2009, § 44).

⁴¹⁴ CtIDH, caso Atala Riffo e filhas vs. Chile, sentença de 24/2/2012, § 66: “De acordo com o acima exposto, não cabe a este Tribunal determinar se a mãe, ou o pai, das três crianças oferecia um lar melhor para elas, ou avaliar prova com essa finalidade específica, pois isso se encontra fora do objeto deste caso, cujo propósito é definir se as autoridades judiciais violaram ou não obrigações estipuladas na Convenção. Do mesmo modo, e em virtude do caráter subsidiário do Sistema Interamericano, a Corte tampouco é competente para decidir sobre a guarda das três crianças, M., V. e R., porquanto se trata de matéria do direito interno chileno. Desse modo, a guarda atual das menores de idade não é matéria do presente caso”.

tais situações, a sua análise restringir-se-á a apurar se foi violada a Convenção Americana, não podendo efetuar um controle sobre os fatos tidos como verdadeiros para a prolação da decisão ou acerca da interpretação da legislação nacional, de modo a alterar a conclusão alcançada pelos tribunais locais. Ou seja, por não adotar a teoria da quarta instância, “A Corte Interamericana não está autorizada a analisar se a sentença de um tribunal interno interpretou ou aplicou incorretamente a legislação interna, podendo apenas determinar se, com isso, violou ou não violou alguma disposição da Convenção Americana”⁴¹⁵.

E, por fim, a última observação que deve ser formulada em decorrência da adoção da teoria do duplo crivo é que ela *não esbarra no princípio da subsidiariedade*. Como visto, o princípio em questão atribui uma atuação primordial ao sistema nacional na defesa dos direitos humanos, reservando aos órgãos internacionais um papel secundário, coadjuvante. Não se trata, porém, de uma atuação exclusiva da esfera nacional, de sorte que, falhando os seus órgãos na proteção e promoção dos direitos humanos, será imperiosa a atuação dos órgãos internacionais⁴¹⁶. Nesse contexto, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos é enfática em afirmar que “[...] quando uma questão tenha sido resolvida definitivamente na ordem interna segundo as disposições da Convenção, não é necessário submetê-la à Corte para sua ‘aprovação’ ou ‘confirmação’”⁴¹⁷ e, portanto, “[...] somente se um caso não foi solucionado em nível interno, tal como corresponderia a qualquer Estado-parte da Convenção fazê-lo no exercício do controle de convencionalidade, seria a hipótese

⁴¹⁵ CtIDH, caso Norín Catrín e outros vs. Peru, sentença de 29/5/2014, § 287, tradução livre: “No corresponde a la Corte Interamericana analizar si una sentencia de un tribunal interno interpretó y aplicó correcta o incorrectamente la normativa interna, sino sólo determinar si con ello violó o no violó una disposición de la Convención Americana.” Como esclarece Vítor Moreira FôNSECA, “[...] a CorteIDH não tem competência de ‘tribunal de cassação’. A CorteIDH não é competente para apreciar eventual erro de fato ou de direito cometidos pelos tribunais internos. [...] Assim sendo, a jurisprudência da CorteIDH entende estar autorizada a examinar os respectivos processos internos, para esclarecer eventuais violações dos Estados por meio da atuação de seus juízes ou tribunais. Os procedimentos internos são examinados como um todo, incluindo a fase recursal e a forma com que foi produzida a prova, pois a função dos tribunais internacionais de direitos humanos é verificar se a integralidade dos procedimentos esteve em conformidade com as obrigações internacionais do Estado” (FÔNSECA, Vítor Moreira. *Processo civil e direitos humanos: o controle de convencionalidade no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 125-126).

⁴¹⁶ Discordamos, por conseguinte, de Jorge Contesse, segundo o qual o controle de convencionalidade “É, de fato, outro exemplo de relutância na adoção da subsidiariedade no SIAPDH [Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos] [...]” (CONTESSÉ, Jorge. *Contestation and deference in the Inter-American Human Rights System. Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 79, n. 2, 2016, p. 137-138, tradução livre: “It is, in fact, another example of the IAHRs’s current reluctance to embrace subsidiarity [...]”).

⁴¹⁷ CtIDH, caso Las Palmeras vs. Colômbia, sentença de 6/12/2001, § 33, tradução livre: “[...] cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su ‘aprobación’ o ‘confirmación’”.

de acionamento do Sistema [Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos]”⁴¹⁸. É inequívoco, pois, que “[...] que o controle internacional é subsidiário e complementar do controle interno de convencionalidade, à medida que, havendo solução em nível interno, não cabe à CorteIDH exercer o controle internacional”⁴¹⁹.

A teoria do duplo crivo é, por via de consequência, mera decorrência do princípio da subsidiariedade, eis que respeita a atuação primordial das instâncias locais e o papel secundário das instâncias internacionais, ao lhes reconhecer competência para apreciar uma eventual atuação falha daquelas.

Isso posto, em resumo, observa-se que a teoria do duplo crivo é importante fator para justificar a força vinculante da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois reconhece instâncias autônomas mas concorrentes na proteção dos direitos humanos, delimitando o âmbito de atuação de cada uma delas.

3.5.1.2.3 A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a teoria dos precedentes: um necessário diálogo

Finalmente, um terceiro argumento que reforça a força vinculante da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é a teoria dos precedentes, devendo-se compreender que suas decisões servem como paradigmas para o enfrentamento de questões similares pelos Estados signatários dos tratados interamericanos, justamente porque a função de um sistema de proteção internacional de direitos humanos é a construção de *standards* mínimos de tutela e, assim, não é dado ao Estado afastar-se desses padrões mínimos de proteção.

A esse propósito, de início, urge frisar que todo sistema jurídico convive com a noção de precedentes. A nota distintiva recai sobre a eficácia que o direito positivo atribui às decisões judiciais anteriores na resolução de casos futuros em que se repete a controvérsia fático-jurídica: um valor persuasivo ou um valor vinculante. Nesse contexto, no que se refere

⁴¹⁸ CtIDH, caso *García Ibarra e outros vs Equador*, sentença de 17/11/2015, § 103, tradução livre: “[...] solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso podría llegar ante el Sistema”.

⁴¹⁹ FÔNSECA, Vitor Moreira. *Processo civil e direitos humanos: o controle de convencionalidade no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 77.

ao direito internacional, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, no art. 38, ocupa-se das fontes do direito internacional, arrolando as decisões judiciárias como meio auxiliar para a determinação das regras jurídicas. Sob outro prisma, no direito interno, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o ordenamento nacional passou a atribuir aos precedentes um novo regramento, estipulando o art. 927 que os tribunais e juízes deverão observar: a) “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”; b) “os enunciados de súmula vinculante”; c) “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”; d) “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”; e) “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”, sendo certo que não se considera fundamentada a decisão judicial que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” e “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (CPC, art. 489, § V e VI; CPP, art. 315, V e VI).

Partindo de uma noção prática, podemos intuir que os precedentes são decisões judiciais tomadas em casos passados que servem como paradigma para casos futuros. Como descreve Karl Larenz, denominam-se precedentes as decisões predecessoras acerca de uma mesma questão de direito sobre a qual o julgador há que decidir no presente. O precedente não consiste na decisão anterior imunizada pela coisa julgada, mas, sim, na “[...] resposta dada pelo tribunal, na motivação da sentença, a uma questão de direito que se suscita de modo idêntico ou pelo menos comparável no caso a decidir agora”⁴²⁰. Em adição, “[...] para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto”⁴²¹.

O precedente, portanto, é a norma extraída de uma decisão judicial que, dotada ou não de efeito vinculante, servirá como paradigma para uma decisão futura; a sua eficácia,

⁴²⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad.: José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 495.

⁴²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 214.

vinculante ou persuasiva, será determinada pelo direito positivo⁴²². Tecnicamente, o precedente é composto de dois elementos: “[...] a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”⁴²³.

Aduz René David, a propósito do tema, que a delimitação da *ratio decidendi* não é tarefa atribuída ao órgão prolator da decisão: “[...] esta será determinada posteriormente por um outro juiz, que examinará se o acórdão é ou não um precedente aplicável ao litígio que estiver julgando”⁴²⁴. Por isso, a noção de precedente comporta um *aspecto relacional*, isto é, a exigência de se proceder à comparação dos casos para identificar se a decisão judicial servirá de modelo ou ponto de partida para outra decisão⁴²⁵.

A *ratio decidendi* é, pois, a norma que se extrai da decisão predecessora ou, como resume José Rogério Cruz e Tucci, é “[...] a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto”⁴²⁶ e, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, devemos formulá-la “[...] a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo”⁴²⁷. Frise-se que o termo *ratio decidendi* é inerente à ideia de precedente e, portanto, pode ser utilizado no caso de precedentes persuasivos ou vinculantes, sendo que em relação a estes a *ratio decidendi* constitui exatamente a sua parcela obrigatória⁴²⁸. Sob o aspecto analítico, a *ratio decidendi* compõe-se de três elementos, a saber: a) a indicação dos fatos relevantes; b) o raciocínio

⁴²² “A partir da eficácia que é atribuída à norma gerada pelo precedente, classificam-se os precedentes em obrigatórios e persuasivos”. [...]. Os precedentes persuasivos são aqueles que *não* precisam ser seguidos pelo julgador seguinte. Nesse caso não há obrigação de decidir da forma como fora decidido anteriormente, ou seja, o julgamento pode dissentir de uma decisão anterior sem constituir erro. [...]. Os precedentes obrigatórios são aqueles que geram o dever de observância da norma neles contida para os julgadores subsequentes, devendo aplicá-las sob pena de incorrer em erro quanto à aplicação do direito, que pode se revelar tanto como *error in iudicando* como *error in procedendo*” (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 78-79, *grifos do autor*).

⁴²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

⁴²⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. Trad.: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996 p. 343, nota de rodapé n. 14.

⁴²⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 71.

⁴²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

⁴²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 220-221.

⁴²⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 233-234.

lógico-jurídico da decisão; e c) o juízo decisório⁴²⁹. Ademais, esse elemento do precedente não se confunde com o *obiter dictum*, noção que pode ser deduzida por exclusão, já que compõe “[...] a parte das razões que não possuem importância para a solução do caso e, por isso, pode-se afirmar que *é a parte do precedente obrigatório imprestável para a construção de sua norma*”⁴³⁰. Vale dizer: trata-se de um argumento marginal, incidental, sem o qual a decisão seria proferida com o mesmo teor, sendo certo que “[...] nem sempre, ou quase nunca, a *ratio decidendi* vem explicitada no julgamento de um caso concreto, cabendo ao intérprete, e ao juiz, a tarefa de extrair da decisão o que vincula (*ratio*), separando o que não vincula (*obiter*)”⁴³¹.

Para lançar mão dos precedentes em seu cotidiano forense, o operador jurídico deverá efetuar a diferenciação de casos por meio de raciocínios analógicos em que procurará captar as similitudes e diferenças entre os casos com o escopo de demonstrar que são juridicamente relevantes ou não, operação que recebe o nome de *distinguishing*. Assim, o primeiro passo é a delimitação da *ratio decidendi* de um precedente. Para tanto, o intérprete deverá considerar os fatos que foram tidos como relevantes para a prolação da decisão anterior. Todavia, não basta, para afastar a aplicação do precedente, argumentar que não se repetem, no caso *sub judice*, as premissas fáticas do caso anterior. É necessário, em adição, demonstrar que as diferenças fáticas encontradas no caso a ser julgado são relevantes, importantes ou, enfim, decisivas, a ponto de justificar um tratamento dissonante da questão, eis que fatos sobre os quais não recaiam essas qualificações não tornam os casos desiguais⁴³².

Isso significa, por conseguinte, que o apelo aos precedentes não pode apresentar-se como uma atividade mecânica do julgador. É imprescindível, assim, a interpretação do precedente. Como adverte Karl Larenz, a propósito, “O juiz não pode confiar no precedente

⁴²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

⁴³⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 253, *grifos do autor*.

⁴³¹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. In: SOUZA, Alexander Araujo de; GOMES, Décio Alonso (coord.). *Contributos em homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 230.

⁴³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325-326. No mesmo sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 264.

como que de olhos fechados [...]”, de tal modo que “O puro apelo ao precedente, sem exame de razões e contra-razões, não pode considerar-se suficiente”⁴³³.

Concluindo pela distinção, o órgão julgador afastará a incidência da norma do precedente, o que não significa que esta tenha sido revogada ou superada. Logo, ao deixar de aplicar o precedente, diante da constatação de premissas fáticas relevantes a ensejar um diverso tratamento da matéria, o julgador mantém incólume a sua autoridade, eis que afasta a sua aplicação apenas naquele caso concreto⁴³⁴. Assim, ao contrário do que se pode pensar, os precedentes vinculantes *não* engessam o direito, eis que não impedem os julgadores de atribuir ao caso uma solução distinta. Para tanto, contudo, assumirão o ônus da argumentação e, por meio da técnica do *distinguishing*, deverão evidenciar que as premissas fáticas relevantes do caso anterior não se repetem no caso sob o qual estão se debruçando.

Além disso, os precedentes podem ser superados (*overruling*), ou seja, revogados, mas a sua eliminação do ordenamento jurídico, diversamente da distinção, que pode ser efetuada por todo e qualquer órgão julgador, está a envolver uma questão de competência e, por via de consequência, somente pode ser levada a efeito pelo tribunal do qual emanou o precedente⁴³⁵. O tribunal responsável pelo precedente, portanto, pode substituí-lo, por ser considerada ultrapassada ou equivocada a norma por ele veiculada. A revogação de um precedente, todavia, não se apresenta como uma opção discricionária do tribunal. Para tanto, “[...] a evolução da doutrina deve ter chegado a um estágio em que o fundamento que o ancorava

⁴³³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad.: José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 497. Em igual sentido, cf.: STRECK, Lenio; ABBUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 176-177.

⁴³⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 267. Em igual sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 326: “A não adoção do precedente, em virtude do *distinguishing*, não quer dizer que o precedente está equivocado ou deve ser revogado. Não significa que o precedente constitui *bad law*, mas somente *inapplicable law*”.

⁴³⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 263.

não seja mais sustentável nos tribunais. Do contrário não haveria sentido em se falar em força obrigatória dos precedentes [...]”⁴³⁶.

Pois bem. Trazendo essa lógica operacional para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, não há dúvidas de que os Estados devem cumprir as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pouco importando se oriundas de um caso em que tenham sido partes ou não. Trata-se, como já dito, de uma consequência inarredável da ratificação de qualquer tratado e do reconhecimento da competência do órgão encarregado de monitorá-lo; se não fosse assim, o Estado estaria autorizado a utilizar o tratado como mera peça de retórica, adimplindo-o à sua própria maneira e apenas no que lhe fosse conveniente. As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos servem, pois, como paradigmas de interpretação dos respectivos tratados.

Parafraseando Luiz Guilherme Marinoni, pode-se dizer que quando o controle de convencionalidade é deferido também aos órgãos nacionais, a necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente, porquanto está em jogo não apenas a unificação da interpretação do direito infraconvencional, mas também a própria afirmação judicial do significado do tratado internacional⁴³⁷. E, ainda parafraseando o autor, se o órgão nacional tem o poder-dever de efetuar o controle de convencionalidade, por questão de coerência lógica, ele deve respeito às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, eis que

⁴³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 191-192. Ainda sobre a revogação dos precedentes, a doutrina sistematiza as técnicas de superação da forma seguinte: a) *retrospective overruling*, em que a revogação atua de maneira *ex tunc*, proibindo que a decisão passada, agora substituída, possa ser invocada como paradigma para a resolução de casos futuros que aguardam uma definição; e b) *prospective overruling*, na qual a revogação assume efeitos *ex nunc*, de modo que a *ratio decidendi* substituída continua a servir como paradigma de decisão aos fatos anteriormente ocorridos e, então, a nova normatização aplica-se apenas aos casos vindouros (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 179-180). Parcialmente diversa é a *anticipatory overruling*, porquanto não promovida pela corte responsável pelo precedente, mas por um tribunal a ela inferior. Ou seja: a corte inferior, desprendendo-se de um precedente ao qual estaria vinculado, promove uma normatização que não foi acolhida, expressa ou implicitamente, pelo tribunal superior. Para tanto, algumas circunstâncias devem fazer-se presentes, tais como: a erosão do precedente, a existência de novas tendências na corte superior, a inaptidão do precedente para alcançar os escopos que lhe foram expressamente atribuídos pelo órgão que o proferiu, a mudança na composição da corte que o prolatou e, por fim, a ciência, pela corte inferior, de que o tribunal superior pretende promover o *overruling* do precedente, mas estaria aguardando o melhor momento para isso (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 306).

⁴³⁷ Eis o raciocínio parafraseado: “Quando o controle da constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente, já que não está em jogo apenas a unificação da interpretação do direito infraconstitucional, mas também a própria afirmação judicial do significado da Constituição” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72).

se atribui a ela a última e definitiva palavra acerca da convencionalidade dos atos normativos estatais⁴³⁸.

A esse propósito, melhor elucidando a questão, infere-se do caso *Gelman vs. Uruguai* que a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na parte envolvendo o controle de convencionalidade, pode impor-se de duas formas aos Estados, a saber:

a) *em situações nas quais o Estado-parte tenha sido condenado pela Corte Interamericana*, ou seja, em uma hipótese na qual *a jurisdição contenciosa foi exercida contra o Estado*, a sentença da Corte impõe-se ao Estado-parte com a autoridade de coisa julgada, exigindo que todos os seus órgãos lhe deem integral cumprimento (sentença como *res judicata*)⁴³⁹. O fundamento dessa forma de manifestação do controle de convencionalidade encontra-se no art. 68.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao estipular que “Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

b) *em hipóteses nas quais o Estado não tenha sido parte no processo internacional que resultou no estabelecimento de uma determinada interpretação pela Corte Interamericana*, a sentença apresenta-se como parâmetro interpretativo, o que significa dizer que todos os órgãos estatais, pelo simples fato de o Estado ser parte na Convenção Americana, devem aplicá-la em conformidade com a exegese fixada pela Corte

⁴³⁸ Este é o raciocínio parafraseado: “O fato de o juiz ordinário ter o poder-dever de controlar a constitucionalidade obviamente não significa que ele não deve respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal. Este respeito decorre logicamente da adoção do sistema de controle difuso e da atribuição ao Supremo do dever de dar a última e definitiva palavra acerca da constitucionalidade da lei federal” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 82).

⁴³⁹ CtIDH, caso *Gelman vs. Uruguai*, sentença de 20/3/2013, § 68: “Em relação com a primeira manifestação, quando existe uma sentença internacional proferida com caráter de coisa julgada contra um Estado que tenha sido parte no caso submetido à jurisdição da Corte Interamericana, todos os seus órgãos, incluídos os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça, também estão submetidos ao tratado e à sentença desse Tribunal, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção e, conseqüentemente, as decisões da Corte Interamericana não se vejam anuladas pela aplicação de normas contrárias ao seu objeto e fim ou por decisões judiciais ou administrativas que tornem ilusório o cumprimento total ou parcial da sentença. É dizer, nessa hipótese, manifesta-se a coisa julgada internacional, em razão da qual o Estado está obrigado a cumprir e aplicar a sentença” (tradução livre: “En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, conseqüentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia”).

Interamericana (sentença como *res interpretata*)⁴⁴⁰. Assim, a noção de *res interpretata*, também presente no sistema europeu de proteção dos direitos humanos e que pode ser deduzida do art. 46 da Convenção Europeia, ao definir o Tribunal Europeu como o *último intérprete de seus preceitos*, faz com que as suas sentenças “[...] não se limitem ao caso concreto que se julga, senão que ultrapassem o efeito reparador da específica violação apreciada e adquiram projeção independente e autônoma acerca da solução dada ao caso concreto”⁴⁴¹.

Apesar da clareza dos argumentos até aqui expostos, a tese não é unânime. Com efeito, para Ariel E. Dulitsky, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são vinculantes apenas para os Estados que figuraram como réus nos processos em que tomadas. Nos demais casos, a jurisprudência interamericana serviria como um “ponto de partida” para

⁴⁴⁰ CtIDH, caso Gelman vs. Uruguai, sentença de 20/3/2013, § 69: “Acerca da segunda manifestação do controle de convencionalidade, em situações e casos nos quais o Estado concernido não tenha sido parte no processo internacional em que foi estabelecida determinada jurisprudência, pelo só fato de ser parte na Convenção Americana, todas as suas autoridades públicas e todos os seus órgãos, incluídas as instâncias democráticas, juízes e demais órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis, estão obrigados, por força do tratado, pelo qual devem exercer, no âmbito de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondente, um controle de convencionalidade tanto na emissão e aplicação de normas, em termos de sua validade e compatibilidade com a Convenção, como na determinação, julgamento e resolução de situações particulares e casos concretos, tendo em conta o próprio tratado e, conforme a situação, os precedentes e diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana” (tradução livre: “Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluídas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”). Cf., ainda, BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016, p. 441-442.

⁴⁴¹ NIÑO ESTÉBANEZ, Roberto. *La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Fe d'Erratas, 2014, p. 48, tradução livre: “[...] no se limitan al caso concreto que se enjuicia, sino que sobrepasan el efecto reparador de la específica vulneración enjuiciada y adquieren proyección independiente y autónoma respecto de la solución dada al caso concreto”.

os julgadores nacionais⁴⁴². Por isso, na sua visão, a Corte Interamericana carece de poder coercitivo, de modo que a implementação nacional da jurisprudência interamericana estaria na sua habilidade de persuadir os julgadores internos do acerto de seu entendimento⁴⁴³. Nega-se, pois, a noção de *res interpretata*. Em reforço desse raciocínio, poder-se-ia argumentar que, por conta do art. 68.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a autoridade de *res interpretata* da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos não encontraria previsão convencional, tendo em vista que, segundo o referido dispositivo, os Estados que ratificaram a Convenção Americana somente se comprometeram a cumprir as decisões da Corte nos casos em que forem partes. O equívoco desse raciocínio é, no entanto, manifesto e, para demonstrá-lo, apresentamos dois argumentos.

A uma, porque a autoridade de *res interpretata* da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em nosso sentir, encontra abrigo em uma interpretação sistemática da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A esse propósito, inicialmente, frise-se que o art. 62.1 da Convenção Americana estipula que os Estados reconhecem “[...] a competência da Corte em todos os casos relativos à *interpretação ou aplicação* desta Convenção” (*grifamos*). Ou seja: a própria Convenção Americana evidencia que a resolução dos casos afeta a interpretação de suas normas, não podendo ser considerado, por isso, que o alcance do controle de convencionalidade de matriz internacional esteja atrelado única e exclusivamente à resolução da demanda, isto é, esteja delimitado subjetivamente, impondo-se apenas ao Estado condenado. É dizer, portanto, que “[...] a Corte possui a capacidade para

⁴⁴² “A jurisprudência da Corte deve possuir um valor de autoridade como guia de interpretação que os juízes domésticos devem seguir sempre que possível, não obstante sejam vinculantes apenas para o caso específico em que prolatado o julgado. Como a Corte e a Comissão foram criadas pela Convenção para aplicar e interpretar a Convenção, a jurisprudência da Corte e os relatórios da Comissão devem ser o ponto de partida para os juízes da América Latina quando a aplicam e a eles deve ser dada particular deferência (DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 78, tradução livre: “The jurisprudence of the Court has to have an authoritative value as an interpretive guide that domestic courts should follow as much as possible, even if they are mandatory only for the specific case. Because the Court and the Commission were created by the Convention to apply and interpret the Convention, the jurisprudence of the Court and the views of the Commission should be the starting point for Latin American judges when they apply the Convention and should be given particular deference”).

⁴⁴³ “Em outras palavras, a forma pela qual a Corte exerce influência sobre o comportamento dos julgadores nacionais, particularmente as cortes domésticas, não reside em seu poder coercitivo, mas, sim, na ‘habilidade de persuadir os julgadores em favor do cumprimento’ das decisões e jurisprudência da Corte” (DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 82, tradução livre: “In other words, the way the Court can exert influence over the behavior of national decision-makers, particularly domestic courts, does not rest on its coercive power, but rather in the ‘the skillful use of persuasion to realign the interests and incentives of decision-makers in favour of compliance’ with the Court’s decisions and case law”).

definir o sentido e o escopo das respectivas normas [da Convenção]. Tal poder é exercido não apenas para os propósitos de um caso concreto, mas para todas as hipóteses que podem surgir do caso. A consequência óbvia é que a resolução do tribunal possui um duplo papel: *inter partes*, com relação aos fatos e suas consequências imediatas e diretas; e *erga omnes*, relativamente às normas convencionais e a sua interpretação em todos os casos”⁴⁴⁴.

Adicionalmente, dispõe o art. 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que a Corte detém “[...] competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados-Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência [...]”. Por isso, como explica Sergio Garcia Ramirez, o ordenamento interamericano possui um conteúdo complexo: (a) o preceito convencional, aceito pelos Estados, mediante a ratificação ou adesão a um tratado do sistema, e (b) a interpretação desse preceito, “[...] igualmente aceita pelo Estado, ao reconhecer o papel do tribunal de intérprete e aplicador da normativa internacional”, o que significa que “Os Estados estão vinculados às normas dos instrumentos internacionais de que sejam partes e sujeitos à sua exegese oficial [...]”⁴⁴⁵.

E, finalmente, o art. 69 da Convenção Americana estipula que “A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e *transmitida aos Estados-partes na Convenção*” (*grifamos*). Ora, se o dispositivo em questão determina que a decisão da Corte seja transmitida aos Estados-partes da Convenção, o seu escopo não pode ser outro senão o de

⁴⁴⁴ GARCIA RAMIREZ, Sergio. The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (national systems): some pertinent questions. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Notre Dame, v. 5, n. 1, 2015, p. 136, tradução livre: “[...] the Court possesses the capacity to define the meaning and scope of the corresponding norms. This is true not only for purposes of a concrete case, but also for all hypotheses arising from the case. The evident result is that a resolution of the tribunal has a double *role*: *inter partes*, with respect to the facts and their immediate and direct consequences; and *erga omnes*, with respect to the conventional norms and their interpretation in all cases.” No mesmo sentido: FONSECA, Vitor Moreira. *Processo civil e direitos humanos: o controle de convencionalidade no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 88: “Um tribunal internacional de direitos humanos que lhe são submetidos: ele declara o direito e faz desenvolver progressivamente o *corpus juris* de proteção. A jurisprudência da CorteIDH implica não apenas um pronunciamento jurisdicional sobre as violações de direitos humanos e sobre eventuais reparações às vítimas no caso concreto, mas também critérios gerais de validade aplicáveis por todos os Estados-partes, porque consiste na interpretação autorizada da CADH. Por isso, a função primordial da CorteIDH consiste em interpretar e aplicar a CADH e daí emerge a eficácia *erga omnes* de jurisprudência aos Estados que reconheceram sua jurisdição obrigatória”.

⁴⁴⁵ GARCIA RAMIREZ, Sergio. The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (national systems): some pertinent questions. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Notre Dame, v. 5, n. 1, 2015, p. 134, tradução livre: “[...] equally accepted by the state when it recognized the role of the tribunal as interpreter and applicer of the conventional norm” e p. 137, tradução livre: “The states are bound by the norms of the international instruments to which they are parties, and subject to the official interpretation of them [...]”.

cientificá-los que foi fixada uma determinada interpretação e, assim, adverti-los de que o seu descumprimento ensejará a responsabilização internacional, incitando-os a acatarem a exegese internacional. Não por outro motivo, ao interpretar o mencionado art. 69, Valerio de Oliveira Mazzuoli esclarece que o dispositivo em tela “[...] tem finalidade claramente educativa, principalmente no caso da ação contra o Estado ser julgada procedente, uma vez que a notificação de uma sentença da Corte aos demais Estados-partes na Convenção mostra a estes Estados que uma nova condenação ali ocorrerá por conta de uma violação estatal de direitos humanos, que eventualmente pode encontrar similitude em atos seus (desses outros Estados-partes) da mesma natureza”⁴⁴⁶. Tanto é assim que, ao aderir à jurisdição da Corte Interamericana, o Brasil afirmou que a reconhece “[...] como *obrigatória*, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em *todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos [...]*” (Decreto n. 4.463/2002, art. 1º, *grifos nossos*).

A duas, porque, como esclarece Luiz Guilherme Marinoni, a obrigação de respeitar a fundamentação determinante de uma decisão em nada se relaciona com o fato de ser parte no processo em que proferida. A parte vincula-se ao dispositivo da sentença, tanto que, via de regra, a coisa julgada (a) não alcança os motivos da decisão e (b) não se relaciona com a verdade dos fatos (CPC, art. 504). Já os fundamentos determinantes da decisão, a sua *ratio decidendi*, explicitam uma determinada orientação, vale dizer, uma tese jurídica ou um sentido conferido a uma norma a partir de determinada realidade fática. A *ratio decidendi*, então, por revelar o entendimento da Corte Interamericana sobre como determinado dispositivo da Convenção Americana deve ser compreendido em face de uma dada situação, impõe-se a todos os Estados que estão obrigados perante a Convenção, sejam eles partes ou não no processo em que proferida a respectiva decisão⁴⁴⁷.

Como pontuado acima, um sistema de precedentes vinculantes não tem o condão de engessar o ordenamento jurídico. Por isso, é evidente que afirmar a força vinculante da

⁴⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários ao art. 69. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 412. No mesmo sentido: FÔNSECA, Vitor Moreira. *Processo civil e direitos humanos: o controle de convencionalidade no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 89.

⁴⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 82-83.

jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não tem por escopo tornar os juízes nacionais aplicadores automatizados da exegese fixada por ela⁴⁴⁸. Parte-se do pressuposto que há instâncias diversas de controle, cada uma operando de modo autônomo (teoria do duplo crivo). Ao efetuar o controle de convencionalidade, o juiz nacional deve atentar-se à jurisprudência da Corte Interamericana, por óbvio. Porém, assim como o faz ao lidar com os precedentes nacionais, deve ater-se aos seus fundamentos e às circunstâncias fáticas que ensejaram sua criação (CPC, art. 489, § 1º, V c. c/ art. 926, § 2º), podendo fazer o *distinguishing*, desde que demonstre, em sua decisão, a inaplicabilidade do julgado internacional (CF, art. 93, IX)⁴⁴⁹.

Ou seja: aquele que pretende afastar-se do precedente internacional assume o ônus de demonstrar a sua inaplicabilidade. É que, conforme explica Inocência Mártires Coelho, “[...] o abandono dos precedentes exige não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentem essa decisão, mas também uma justificação adicional dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior. Afinal de contas, *quem resolve desprezar um precedente assume o ônus da argumentação [...]*”⁴⁵⁰. E é certo que, de acordo com teoria dos precedentes, “A distinção, em um primeiro momento, é quanto aos fatos do precedente e do caso sob análise, e, em seguida, divisadas as diferenças fáticas, cumpre ao aplicador determinar se essas diferenças – sempre existentes, pois todos os casos são únicos e irrepetíveis – são importantes ao ponto de requerer uma diferença também no

⁴⁴⁸ Como pondera Ariel E. Dulitsky, “As contradições e inconsistências – antes de expressarem patologias, erros ou indesejados efeitos colaterais da proliferação de intérpretes interamericanos – refletem contextos políticos diferentes em que a Corte Interamericana e os juízes nacionais operam, os diferentes interesses institucionais que eles perseguem ou os diferentes objetivos que almejam alcançar. As Cortes da América Latina devem ser vistas como atores políticos usando o direito interamericano e não como seguidores mecanizados da Corte” (DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, 2015, p. 73, tradução livre: “The contradictions and inconsistencies – rather than expressing pathologies, mistakes, or unfortunate side effects of the proliferation of inter-American interpreters – reflect the different political contexts in which the Inter-American Court and national judges operate, the different institutional interests that they pursue, or the different goals that they intend to advance. Latin American courts should be seen as political actors using inter-American law and not as mechanical followers of the Court”).

⁴⁴⁹ FÔNSECA, Vitor Moreira. *Processo civil e direitos humanos: o controle de convencionalidade no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 92-93: “A técnica da distinção (*distinguishing*) dos casos não equivale a desrespeitar ou deixar de obedecer a jurisprudência da CorteIDH. A doutrina lembra que os casos retirados da jurisprudência da CorteIDH devem adequar-se ao contexto em que serão utilizados. Essa missão pertence ao juiz nacional. Cabe ao Judiciário determinar sua aplicabilidade ou não (*distinguishing*) aos casos da CorteIDH, sempre de maneira fundamentada”.

⁴⁵⁰ COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95, *grifos nossos*.

tratamento jurídico da causa”⁴⁵¹. Nesse sentido, conforme observa Luiz Guilherme Marinoni, as realidades sociais, políticas e econômicas de cada país podem tornar muito difícil a definição de uma regulação igualmente legítima para todos. Por isso, o emprego do *distinguishing*, na seara da atuação das cortes internacionais e da recepção de seu entendimento pelas Cortes locais, legitima-se pelas diferenças entre as realidades de cada Estado⁴⁵². É necessário, entretanto, expressá-las, assumindo os tribunais locais o ônus de evidenciar os argumentos que justificam um tratamento dissonante da matéria já debatida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em reforço, repecionando a lógica operacional de um sistema de precedentes vinculantes, frise-se que, de acordo com o disposto no art. 315, § 2º, V e VI, do Código de Processo Penal, não se considera fundamentada a decisão judicial que “limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” e “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. O dispositivo é uma reprodução literal do art. 489, V e VI, do Código de Processo Civil. Na leitura de Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, infere-se de tais dispositivos que “[...] se, para aplicar um precedente ou enunciado sumular, o juiz tem o dever de demonstrar que os fatos sobre os quais se construiu a sua *ratio decidendi* são equivalentes àqueles que animam o caso posto, para *deixar de aplicá-los* também lhe é exigível que faça a *distinção*, apontando as diferenças fática que, no seu entendimento,

⁴⁵¹ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 264.

⁴⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 84-85.

justificam a não aplicação do precedente ou enunciado sumular no caso concreto, ou que informe a superação (*overruling* ou *overriding*) do precedente invocado”⁴⁵³.

Ainda que, como defendido acima, a necessidade de observância dos precedentes seja inerente a um sistema que confira idêntica competência a diversos órgãos para apreciar e decidir uma mesma questão para assegurar a unificação do ordenamento, parece inquestionável que com o advento da Lei n. 13.694/2019 o Código de Processo Penal passou a recepcionar a lógica operacional de aplicação dos precedentes, visto que considera nula, por ausência de fundamentação (CF, art. 93, IX), a decisão que deixar de seguir o precedente invocado pela parte, salvo se demonstrar os fundamentos que autorizaram o *distinguishing* ou o *overruling*, ou seja, a sua distinção ou revogação.

À guisa de conclusão, pode-se dizer que a teoria dos precedentes é importante argumento a justificar a força vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos tomadas em sede de controle de convencionalidade. A necessidade de compreensão das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos como precedentes se impõe como uma decorrência da atribuição do controle de convencionalidade a diversos atores, tornando-se necessária a definição de um órgão competente para dar a palavra final sobre a interpretação do direito convencional, sendo certo que a definição de suas decisões como precedentes vinculantes, e não meramente persuasivos, encontra amparo expresso na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

3.5.2 A garantia do duplo grau de jurisdição na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Convenção Americana resguarda ao imputado o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (CADH, art. 8.2.h). Diversamente do que sucede na Convenção Europeia, que prevê algumas exceções ao duplo grau de jurisdição, conforme

⁴⁵³ BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 340, *grifos do original*. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, o art. 489, VI, do Código de Processo Civil, ao impor ao julgador o ônus de demonstrar a distinção ou superação para se afastar de um precedente invocado pela parte, alcança apenas os precedentes de caráter vinculante: “A regra do art. 489, §1º, VI, do CPC, segundo a qual o juiz, para deixar de aplicar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deve demonstrar a existência de distinção ou de superação, somente se aplica às súmulas ou precedentes vinculantes, mas não às súmulas e aos precedentes apenas persuasivos, como, por exemplo, os acórdãos proferidos por Tribunais de 2º grau distintos daquele a que o julgador está vinculado” (STJ, Recurso Especial n. 1.698.774-RS, julgado em 1/9/2020, Informativo n. 679).

visto oportunamente, o sistema interamericano o consagra de maneira irrestrita. Dessa maneira, tais exceções, por não se fazerem presentes no texto da Convenção Americana, não podem ser utilizadas para delimitar o alcance da garantia no ordenamento dos países que a ratificaram ⁴⁵⁴.

Diante da premissa assumida por este trabalho de que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos possui força vinculante para todos os Estados signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que tenham reconhecido sua competência contenciosa, impõe-se analisar algumas de suas decisões que tenham por objeto violações ao disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de modo a identificar um padrão de interpretação dessa garantia.

3.5.2.1 O caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru

Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez, cidadãos de nacionalidade chilena, foram processados e condenados pela Justiça Militar do Peru como incurso no delito de traição à pátria, conforme previsão do Decreto-Lei n. 25.659/1992. Ao final do processo, conduzido por julgadores sem rosto, foi aplicada a pena de prisão perpétua.

Em decorrência dessa situação fático-jurídica, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos acionou a Corte Interamericana para que fossem analisadas violações aos seguintes dispositivos da Convenção Americana: a) direito à integridade pessoal (art. 5); b) direito à liberdade pessoal (art. 7.5); c) garantias processuais (art. 8); d) legalidade e irretroatividade penal (art. 9); e) direito à nacionalidade (art. 20); f) inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 25); e g) todos em combinação com o art. 1.1 e 2, que impõem ao Estado os deveres de respeitar os direitos convencionais e de adaptar seu ordenamento jurídico para tanto.

Ao final do procedimento, a Corte Interamericana considerou inválido o processo que resultou na condenação dos cidadãos chilenos, ordenando ao Peru que lhes fosse assegurado um julgamento com respeito às regras do devido processo. Em adição, determinou ao Estado que adequasse seu ordenamento para que as violações descritas em

⁴⁵⁴ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 264.

sua sentença não se repetissem no futuro e impôs a reparação dos danos causados às vítimas e seus familiares.

Especificamente no que se refere à análise da garantia ao recurso, registre-se que, à época dos fatos, o ordenamento peruano assegurava aos seus jurisdicionados as seguintes modalidades impugnativas: a) apelação contra a sentença de primeira instância; b) recurso de nulidade contra o acórdão da segunda instância; c) revisão extraordinária da sentença, fundada na apresentação de prova superveniente e admitida apenas em favor do sentenciado ao qual não tenha sido reconhecida a condição de líder responsável pela prática do crime de traição à pátria ou que não faça parte de uma organização armada; e d) recurso de cassação, de competência da Corte Suprema de Justiça, permitindo-lhe rever decisões da Justiça Militar envolvendo civis, mas que, com o advento da Constituição de 1993, posterior aos fatos imputados às vítimas deste caso, teve seu âmbito de cabimento restringido apenas aos julgamentos em que se aplicasse a pena de morte, motivo pelo qual a impugnação dos petionários que fizeram uso dessa faculdade recursal foi declarada inadmissível.

Na visão da Corte Interamericana, a persecução penal, não obstante as diversas etapas em que se desdobra, constitui um todo unitário para fins de incidência das garantias processuais fundamentais. E uma das garantias básicas do *due process of law* é o juiz natural, sendo que à Justiça Militar é defeso o julgamento de civis. Por via de consequência, no caso ora narrado, a Corte Interamericana entendeu pela violação da garantia do duplo grau de jurisdição porquanto os recursos foram apreciados por julgadores absolutamente incompetentes: desde o início, os petionários, por serem civis, não poderiam ter sido processados pela Justiça Militar; logo, o recurso que lhes foi disponibilizado não foi apreciado pelo julgador natural, isto é, um julgador independente e imparcial⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ “O direito de recorrer da condenação, consagrado pela Convenção, não se satisfaz com a mera existência de um órgão de grau superior ao que julgou e condenou o imputado, perante o qual ele tenha ou possa ter acesso. Para que ocorra uma autêntica revisão da sentença, no sentido que é requerido pela Convenção, é preciso que o tribunal superior reúna as características jurisdicionais que o legitimam para conhecer o caso concreto. [...]. Em consequência, o conceito de juiz natural e o princípio do devido processo legal governam ao longo dessas etapas e se projetam sobre as diversas instâncias processuais. Se o julgador de segunda instância não satisfaz os requisitos do juiz natural, não poderá estabelecer-se como legítima e válida a etapa processual que se desenvolva perante ele” (CtIDH, caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru, sentença de 30/5/1999, § 161, tradução livre: “El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. [...]. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él”).

3.5.2.2 O caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*

O jornalista Mauricio Herrera Ulloa foi condenado pelo Poder Judiciário da Costa Rica pela prática de crimes contra a honra, em virtude da publicação de artigos cujo conteúdo reproduzia informações obtidas na imprensa belga que relatavam a prática de atos ilícitos pelo diplomata Félix Przedborsk, representante *ad honorem* daquele país na Organização Internacional de Energia Atômica, na Áustria.

Tal cenário fático-jurídico, em tese, resultaria na violação do direito à liberdade de expressão (art. 13 da CADH), além de possíveis violações às garantias do devido processo legal e da inafastabilidade da prestação jurisdicional (arts. 8 da CADH e 25), tudo em cumulação com os art. 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ao final do procedimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu pela violação do direito à liberdade de expressão e das garantias judiciais previstas no art. 8.1 e 2.h, determinando ao Estado que deixasse sem efeito a sentença condenatória emitida contra a vítima. Demais disso, ordenou ao Estado que adaptasse seu ordenamento para evitar violações futuras e similares, bem como reparasse os danos sofridos pelo Sr. Herrera Ulloa.

No que tange à garantia do duplo grau de jurisdição, urge registrar que, à época dos fatos, o Código de Processo Penal da Costa Rica, nos arts. 443 a 451, estabelecia que uma sentença condenatória somente poderia ser impugnada pelo recurso de cassação. O recurso em questão deveria ser interposto perante o órgão que prolatou a sentença, tendo seu cabimento atrelado à inobservância ou aplicação errônea de algum preceito legal, sendo especificado pelo art. 369 do Código os vícios que autorizavam um julgamento procedente. Uma vez interposto, o recurso seria encaminhado à Terceira Sala da Corte Suprema de Justiça ou ao Tribunal de Cassação, a depender da competência territorial. Na apreciação do recurso, o órgão judiciário competente poderia determinar diligências para verificar se houve violação à legislação processual ou não, mas não poderiam ser introduzidos elementos de prova que tivessem por escopo verificar a procedência ou improcedência da hipótese acusatória. Caso decidisse pela procedência do pedido recursal, o tribunal determinaria a cassação da sentença impugnada para que fosse proferida outra em seu lugar.

Segundo a exegese fixada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, extrai-se do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, não obstante a margem de apreciação de que gozam os Estados, a disciplina legislativa do recurso, mecanismo de

ativação do duplo grau de jurisdição, não deve torná-la uma garantia ilusória. Por isso, o recurso deve ser uma modalidade impugnativa ampla, simples, eficaz e de fácil acesso, de modo a ensejar um reexame integral da sentença atacada, abrangendo a análise de todas as questões em que se funda, sejam de fato ou de direito, reexame este que deve ser efetuado antes que a sentença adquira a qualidade de coisa julgada e, assim, evite que sejam causados prejuízos ao imputado⁴⁵⁶. Assim, nesse ponto, percebe-se uma distinção de tratamento entre os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: enquanto o Tribunal Europeu confere uma ampla margem de apreciação aos Estados-partes na delimitação das matérias passíveis de impugnação, autorizando até mesmo que restrinjam a causa de pedir recursal à controvérsia estritamente jurídica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma taxativamente que o recurso, para obedecer ao disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana, deve assumir a feição de um recurso de natureza ordinária, sendo imprescindível, portanto, que habilite o órgão superior a se debruçar não somente sobre as questões de direito, mas também sobre as questões de fato que embasaram a condenação⁴⁵⁷.

Isso posto, na visão da Corte Interamericana, o recurso de cassação do processo penal da Costa Rica não incorporava essas exigências, tendo em vista que se prestava a proporcionar um exame limitado do caso, isto é, centrado apenas nas questões de direito.

Interessante registrar que, após os fatos envolvendo o caso Herrera Ulloa, a Costa Rica promoveu algumas modificações em seu ordenamento e, então, estabeleceu que (a) com relação às condenações anteriores, o Tribunal de Cassação tornou-se legitimado a proceder a um reexame da condenação quanto aos seus aspectos fático-probatórios, assegurando aos indivíduos já condenados que assim o solicitassem; e (b) relativamente aos fatos posteriores, foi instituído um recurso de apelação. Posteriormente a essas modificações, a Costa Rica foi novamente processada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

⁴⁵⁶ “Independientemente da denominação que seja atribuída ao recurso existente para impugnar a sentença, o importante é que este recurso garanta um exame integral da decisão atacada” (CtIDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2/7/2004, § 165, tradução livre: “Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantiza un examen integral de la decisión recurrida”).

⁴⁵⁷ “Embora os Estados tenham uma margem de apreciação para regular o exercício desse recurso, não podem estabelecer restrições ou requisitos que infrinjam a própria essência do direito de recorrer. [...] o recurso contemplado no art. 8.2.h do referido tratado deve ser um recurso ordinário, eficaz e por meio do qual o tribunal superior se mostre habilitado a corrigir decisões contrárias ao direito” (CtIDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2/7/2004, § 161, tradução livre: “Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. [...] el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho”).

por uma suposta violação da garantia do duplo grau de jurisdição. Tratou-se do caso *Amrhein e outros vs. Costa Rica*. Após analisar cada uma das condenações, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o Estado não violou a garantia prevista no art. 8.2.h da Convenção Americana, considerando suficientes, portanto, as adaptações legislativas acima mencionadas.

Percebe-se, com isso, que o Estado da Costa Rica cumpriu as determinações emanadas do caso *Herrera Ulloa*, adaptando o seu ordenamento (CADH, art. 1.1 c. c/ art. 2) ao disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com a exegese que lhe foi atribuída pela Corte Interamericana.

3.5.2.3 O caso *Zegarra Marín vs. Peru*

O Sr. Agustín Bladimiro Zegarra Marín foi acusado do cometimento de crimes contra a administração da justiça, contra a fé pública e corrupção, tendo sido condenado pela Corte Superior de Justiça do Estado peruano em 8/11/1996. São apontadas violações ao direito à presunção de inocência assim como ao dever de motivação das decisões judiciais, tendo em vista que foram decisivos para a prolação da decisão de condenação as declarações de corréus e, ainda, o fato de que o peticionário não produziu prova em seu favor, nítida situação de inadmissível inversão do ônus da prova no processo penal⁴⁵⁸. Ademais, sustenta-se que os recursos utilizados pelo peticionário no processo penal instaurado contra ele não se comportaram como remédios eficazes. São apontadas, pois, violações aos arts. 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em cumulação com o disposto no seu art. 1.1.

Em relação à violação ao disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana, aponta-se que, no processo penal doméstico, o peticionário fez uso de dois remédios. De um lado, interpôs o *recurso de nulidade*, considerado inefetivo tendo em vista que não ensejou um reexame integral da sentença, eis que incapaz de suscitar questionamentos acerca da matéria fático-probatória. De outro lado, foi interposto o *recurso de revisão*, por ofensa ao princípio

⁴⁵⁸ No processo penal, como sabido, o ônus da prova é atribuído inteiramente à acusação. Sobre o ponto, confira-se a lição de Gustavo Badaró: “No processo penal, diante da garantia constitucional da presunção de inocência, não há distribuição do ônus da prova, que pesa todo sobre a acusação. Trata-se de um ônus da prova unidirecional, não havendo, pois, distribuição do ônus da prova, como ocorre no processo civil. Além disso, em decorrência da garantia constitucional da presunção de inocência, também não são admitidas no processo penal presunções legais ou judiciais contra o acusado” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 437).

da presunção de inocência, mas inadmitido pelo juízo *ad quem*, porquanto a vulneração desse princípio não estava arrolada no rol de causas de admissão de tal via recursal.

Invocando sua jurisprudência acerca da garantia do duplo grau de jurisdição, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apontou que o recurso, para se conformar às exigências do art. 8.2.h da Convenção Americana, deve se comportar como um recurso ordinário, devendo ser disponibilizado à parte antes do advento da coisa julgada e devendo ser capaz de ensejar um reexame integral da sentença, isto é, deve permitir o questionamento da matéria fático-probatória, não podendo o reexame restringir-se a questões de direito.

No recurso de nulidade que interpôs, o peticionário apontou equívocos em relação à apreciação das questões fáticas e probatórias. Ao apreciar o recurso, todavia, o juízo *ad quem* se limitou a confirmar os fundamentos da sentença de condenação, sem pronunciar-se sobre os argumentos invocados pelo peticionário. A esse propósito, registre-se que, no que tange ao dever de motivação, a Corte Interamericana entende não ser necessário rebater, de maneira detalhada, cada um dos argumentos lançados pelo imputado⁴⁵⁹. No entanto, no caso ora examinado, a violação ao dever de motivação foi manifesta, tendo em vista que simplesmente foram reiterados os fundamentos da decisão recorrida, motivo pelo qual o recurso manejado careceu de eficácia.

Já com relação ao recurso de revisão, a Corte Interamericana entendeu que não houve violação ao disposto no art. 8.2.h c. c/ art. 25, ambos da Convenção Americana. Diante de sua regulamentação, o recurso de revisão se comporta como um recurso extraordinário, possuindo, portanto, hipóteses de cabimento taxativamente definidas pela legislação processual, limitações estas que não foram observadas pelo peticionário, que pretendia um reexame que a via recursal manejada não era capaz de lhe proporcionar. Por isso, de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não era este meio recursal capaz e apto a ensejar um reexame integral da sentença de condenação. Vale dizer: o recurso de revisão, assim como os nossos recursos excepcionais, não são instrumentos de ativação do duplo

⁴⁵⁹ “[...] esta Corte assinalou que o dever de motivar não exige uma resposta detalhada a cada argumento das partes, podendo variar de acordo com a natureza da decisão, de modo que é preciso verificar se, à luz das circunstâncias do caso concreto, a intensidade exigida por esse garantia foi satisfeita” (CtIDH, caso Zegarra Marín vs. Peru, sentença de 15/2/2017, § 178, tradução livre: “[...] esta Corte ha señalado que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, debe determinarse a la luz de las circunstancias del caso, por lo que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha”).

grau de jurisdição; daí por que, na visão da Corte Interamericana, não houve violação ao disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

3.5.2.4 O caso Norín Catrimán e outros vs. Chile

O caso se relaciona com o julgamento e condenação dos Srs. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles e Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, pela suposta prática de atos terroristas. No presente caso, a legislação penal é apontada como afrontosa ao princípio da legalidade (CADH, art. 9). Demais disso, o processo instaurado em face dos peticionários não lhes assegurou as garantias mínimas do devido processo legal (art. 8). E, por fim, é apontado que tal situação gerou discriminações decorrentes da origem étnica dos peticionários (CADH, art. 24), eis que sete dos peticionários eram membros do Povo Indígena Mapuche e uma delas, ativista em favor do reconhecimento de seus direitos.

Verificou-se que, à época dos fatos, a região onde tradicionalmente viviam os membros do povo Mapuche passou a ser objeto de disputas movidas por interesses na exploração de seus recursos naturais. O Estado passou a ampliar a área de exploração de empresas e também permitiu a construção de projetos de desenvolvimento regional. Com isso, instaurou-se uma situação de conflito na região, pois os membros dos povos indígenas reivindicavam os seus direitos originários sobre as terras. Como forma de protesto, alguns estabelecimentos e bens das empresas responsáveis pela exploração dos recursos naturais da região foram queimados. Ademais, os fatos foram noticiados pelos veículos de imprensa de maneira tendenciosa, criando estereótipos e, dessa forma, deslegitimando, perante a opinião pública, as reivindicações do povo Mapuche.

Especificamente em relação à garantia do duplo grau de jurisdição, registre-se que, ao tempo dos fatos, a legislação processual chilena definia como cabível contra a sentença condenatória, no procedimento envolvendo os fatos que foram imputados aos peticionários, o recurso de nulidade. A despeito de sua utilização pelos peticionários, tal recurso foi considerado ineficaz pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse contexto, retomando sua jurisprudência acerca da interpretação do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte Interamericana frisou que o recurso a ser disponibilizado ao imputado, entre outras características, deve ser capaz de

proporcionar um reexame integral da sentença de condenação, ou seja, deve se mostrar como uma via recursal eficaz e, pois, capaz de sanar os equívocos e injustiças cometidos pela decisão na reconstrução dos fatos e na interpretação da legislação. No vertente caso, o recurso de nulidade não se mostrou apto a tanto, porquanto não permitiu que o tribunal *ad quem* apreciasse todas as impugnações à sentença efetuadas pelos peticionários.

Com efeito, os Srs. Norín Catrimán e Pichún Paillalao pugnaram (a) pela anulação da instrução, (b) pela absolvição, (c) pelo afastamento da qualificação dos crimes que lhes foram imputados como atos terroristas e (d) pela diminuição das penas que lhes foram impostas. A decisão que apreciou tais recursos se limitou a fazer uma análise da coerência interna da sentença, vale dizer, um mero controle da idoneidade dos argumentos utilizados na motivação para justificar a parte dispositiva. No entanto, seria necessário que o tribunal *ad quem* procedesse à análise de “[...] todas as questões fácticas, probatórias e jurídicas impugnadas e nas quais se baseou a sentença condenatória [...]”, sendo necessário ter “[...] em conta a interdependência que existe entre as determinações fácticas e a aplicação do direito, de tal forma que uma equivocada reconstrução dos fatos implica uma incorreta ou indevida aplicação do direito”⁴⁶⁰. Em síntese, é necessário que o reexame proporcione uma aprofundada análise dos fatos e os elementos de prova produzidos em juízo, de modo a atestar, inequivocamente, que a conclusão acerca da pretensão punitiva mostrou-se acertada.

Por outro lado, os Srs. Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán e Patricia Roxana Troncoso Robles apontaram em seus recursos equívocos na apreciação dos elementos de prova produzidos em juízo e questionaram a qualificação jurídica dos fatos que lhes foram imputados. E, de acordo com a Corte Interamericana, as mesmas violações verificadas anteriormente também foram constatadas na apreciação desses recursos.

Ao final, então, a Corte Interamericana entendeu que o Estado violou o disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁴⁶⁰ CtIDH, caso Norín Catrimán e outros vs. Chile, sentença de 29/5/2015, § 280, tradução livre: “[...] todas las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas impugnadas en que se basaba la sentencia condenatoria [...]. en cuenta la interdependencia que existe entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho”.

3.5.2.5 O caso *Mohamed vs. Argentina*

O Sr. Oscar Alberto Mohamed trabalhava como motorista de ônibus na cidade de Buenos Aires e se envolveu em um acidente de trânsito que provocou a morte de uma pessoa. Foi, então, processado pela prática de homicídio culposo (CP da Nação Argentina, art. 84). Em 30/8/1994, o Terceiro Juizado Nacional Correccional (*Juzgado Nacional en lo Correccional n. 3*) emitiu uma sentença de absolvição. A sentença absolutória fundou-se, sobretudo, na ausência de provas que desvirtuasse a presunção de inocência. Isso porque as testemunhas arroladas pelo órgão acusador não presenciaram o ocorrido, à exceção de uma delas, cujas declarações eram muito contraditórias e, por isso, deveriam ser valoradas com reserva. Além disso, não foi demonstrado que o acusado avançou no sinal vermelho, de maneira que possuía exclusividade para cruzar a via, ao passo que a vítima já se encontrava no meio do cruzamento e sua visualização foi obstruída pelo ônibus que estava à direita do acusado.

Inconformado com o resultado, o Ministério Público interpôs o recurso de apelação. No dia 22/2/1995, o recurso foi provido pela Primeira Sala da Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais (*Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional*), resultando na condenação do Sr. Mohamed pela prática de homicídio culposo à pena de privativa de liberdade de três anos e à inabilitação para conduzir qualquer classe de veículo automotor. Na visão do órgão *ad quem*, o imputado violou o dever objetivo de cuidado ao ultrapassar outro veículo em um cruzamento, agindo com imprudência. Assim, o juízo *ad quem* considerou satisfatória a prova oral apreciada com reserva pelo julgador *a quo*, salientando, ainda, que, diante do quadro probatório, a versão apresentada pelo imputado se equiparava à uma confissão.

Contra essa decisão, restava ao Sr. Mohamed a interposição do recurso extraordinário federal, regulamentado pelo art. 256 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação Argentina, e que poderia ter por fundamento questão federal ou manifesta arbitrariedade. A sua admissibilidade era apreciada pelo órgão *a quo*, o qual, ao emitir um juízo positivo de delibação, remeteria o feito para apreciação da Corte Suprema de Justiça da Nação. Interposto o recurso, a Primeira Sala da Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais o rechaçou, por entender que seu objeto recaía sobre questões de fato, prova e direito comum, não determinado, portanto, sua remessa à Corte Suprema. Inadmitido o recurso extraordinário, poderia ser interposta uma via recursal que se assemelha ao agravo previsto no art. 1.042 do Código de Processo Civil brasileiro e é intitulada de *queja por*

recurso denegado. Interposto esse recurso, a Corte Suprema de Justiça, em 19/9/1995, desproveu-o com amparo no art. 280 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação, segundo o qual o recurso extraordinário poderá ser rejeitado por ausência de questão federal ou quando esta não apresentar transcendência. Contra essa decisão, o Sr. Mohamed apresentou, ainda, um pedido de revogação à Corte Suprema (*solicitud de revocatoria*), o qual foi rejeitado.

A sistemática do supracitado art. 280, que muito lembra o nosso instituto da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, c. c/ CPC, art. 1.035), foi criticada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, haja vista que a denegação do recurso, com fundamento nesse dispositivo, não permite ao jurisdicionado conhecer as razões em virtude das quais lhe foi negado acesso à instância revisora, eis que inexistente parâmetro seguro para aferir se as questões apresentam transcendência ou não.

Esse panorama configura, em princípio, violações às garantias do devido processo legal e da legalidade penal (CADH, art. 8 e 9), em combinação com o dever de respeitar os direitos convencionais e de adotar disposições internas para efetivá-los (CADH, art. 1.1 e 2).

Encerrado o procedimento, a Corte Interamericana determinou à Argentina que assegurasse ao Sr. Mohamed o direito a recorrer do acórdão condenatório emitido pela Primeira Sala da Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais e suspendesse os efeitos dele decorrentes. Além disso, estabeleceu a obrigação de publicação da sentença e fixou as devidas reparações em favor da vítima.

Especificamente em relação à garantia prevista pelo art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte Interamericana rechaçou a defesa invocada pela Argentina, no sentido de que, na mesma linha do que preceitua a Convenção Europeia, a Convenção Americana também possuiria uma exceção ao duplo grau de jurisdição nos casos em que a condenação fosse emitida em virtude da reforma de uma sentença de absolvição. Como já afirmado anteriormente, em conformidade com o art. 2.2 do Protocolo n. 7 à Convenção Europeia, a garantia do duplo grau de jurisdição pode ser objeto de restrições em três situações. De um lado, quando a lei a dispense em relação a infrações de menor gravidade. E, de outra banda, “[...] 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”, sendo esta a restrição invocada pela Argentina para delimitar o alcance do duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de proteção dos

direitos humanos e, assim, afastar sua responsabilidade internacional por eventual violação do art. 8.2.h da Convenção Americana.

Segundo a Corte Interamericana, o escopo da garantia do duplo grau de jurisdição, assim como de todas as garantias que compõem a cláusula do *due process of law*, é evitar que o imputado seja submetido a arbitrariedades. Por isso, a garantia do art. 8.2.h da Convenção Americana deve ser assegurada a todo indivíduo que sofra uma condenação, momento em que se manifesta o exercício do poder punitivo, carecendo de sentido não a estender àquele que seja condenado como decorrência da reforma de uma sentença absolutória, eis que é mediante a reformulação do resultado que antes era favorável ao imputado que o Poder Judiciário manifesta-se, pela primeira vez no processo penal, sobre a procedência da imputação. Dessa maneira, o argumento suscitado pelo Estado não merece ser acolhido, porquanto a Convenção Americana, diversamente da Convenção Europeia, não faz referência à possibilidade de serem estabelecidas restrições à garantia do duplo grau de jurisdição em tal sentido.

Fazendo referência ao caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, a Corte Interamericana retomou a ideia de que o recurso regulamento pelos Estados, para atender às exigências do referido art 8.2.h, deve garantir um reexame integral da decisão atacada. Ademais, extrai-se do dispositivo normativo em tela que:

a) O recurso deve ser de fácil acesso, isto é, a sua admissibilidade não deve estar atrelada a formalidades excessivas que o tornem ilusório;

b) Para que seja capaz de ensejar um reexame amplo da decisão, ao órgão superior deve ser atribuída competência para analisar todas as questões fáticas, jurídicas e probatórias que a fundamentam, eis que “[...] na atividade jurisdicional existe uma interdependência entre as determinações fáticas e a aplicação do direito, de tal forma que uma errônea determinação dos fatos implica uma equivocada ou indevida aplicação do direito”⁴⁶¹;

c) No intuito de que se preste ao fim de evitar um prejuízo indevido ao imputado, a via recursal deve lhe ser disponibilizada antes que a decisão se torne imunizada pelo advento da coisa julgada; e

⁴⁶¹ CtIDH, caso *Mohamed vs. Argentina*, sentença de 23/11/2012, § 100, tradução livre: “[...] pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdicional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho”.

d) Finalmente, à fase recursal devem ser incorporadas todas as garantias do art. 8 da Convenção Americana que com ela sejam compatíveis, o que não significa exigir que a apreciação da impugnação demande a instauração de uma nova etapa de instrução. A esse propósito, interessante observar que, em *obiter dictum*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos chamou a atenção para o fato de que a apelação ministerial foi interposta sem a apresentação das razões, o que dificultou o direito de defesa.

Isso posto, na linha de entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o recurso extraordinário, tal como disciplinado pela legislação argentina, não constitui uma forma de impugnação recursal compatível com a exegese fixada para o art. 8.2.h da Convenção Americana, porquanto se presta apenas a debater a validade do direito positivo ou a arbitrariedade de uma sentença, excluindo da matéria devolvida à apreciação do tribunal *ad quem* as questões fáticas e probatórias, assim como o direito positivo infraconstitucional. Diante de todas essas restrições, o recurso extraordinário não se apresenta como um mecanismo eficaz, isto é, capaz de reformar ou anular a sentença impugnada e evitar um prejuízo acusado.

Em síntese, extrai-se do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que o recurso deve ser: a) *ordinário*, de modo a permitir um exame completo da decisão atacada e dos fundamentos que a justificam, não se admitindo que o órgão judiciário *a quo* careça de competência para analisar questões fáticas e probatórias fundadas em direito infraconstitucional; b) *acessível*, no sentido de que o seu conhecimento não deve estar atrelado ao cumprimento de formalidades excessivas que dificultem o seu manejo; c) *eficaz*, ou seja, capaz de remediar o prejuízo sustentado pelo recorrente, resultando na reforma ou anulação da sentença atacada; e d) consagra-se a imprescindibilidade da previsão de um recurso ordinário contra o acórdão que reforma a sentença absolutória.

3.5.2.6 O caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*

O Sr. Oscar Enrique Barreto Leiva exercia o cargo de Diretor-Geral Setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da República. Instaurado um processo criminal perante a Corte Suprema de Justiça em detrimento do então Presidente da República e de dois parlamentares, o Sr. Barreto Leiva foi intimado, durante a etapa de investigação, a prestar declarações como testemunha, mas, em seguida, viu-se surpreendido pela expedição de um mandado de prisão. Considerando que o inquérito era

sigiloso, o peticionário não pôde participar dessa etapa persecutória com a assistência de um advogado e com o direito de produzir prova em seu favor. Após a conclusão do inquérito, foi denunciado, processado e condenado pela Corte Suprema à pena de prisão de dois anos e dois meses pela prática de crimes contra o patrimônio público. Relata-se, ainda, que o imputado foi preso cautelarmente com base apenas em indícios de culpabilidade e que sua prisão provisória durou mais do que a pena imposta ao final do processo.

Como decorrência desse panorama fático, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vislumbrou possíveis violações às cláusulas que compõem o *due process of law* e ao direito à liberdade pessoal (CADH, arts. 8 e 7), em cumulação com as obrigações do Estado de adaptar o seu ordenamento interno às exigências convencionais e a não disponibilização de meios satisfatórios para a proteção dos direitos supostamente desrespeitados (CADH, arts. 1.1 e 2, c. c/ art. 25).

Concluído o procedimento, a Corte Interamericana entendeu pela responsabilização internacional da Venezuela, fixando as devidas reparações ao peticionário e ordenando a publicação da sentença. Ademais, determinou ao Estado que, em um prazo razoável, por meio de seu Poder Judiciário, assegurasse ao peticionário-vítima, se este o requeresse, a faculdade de recorrer da decisão que o condenou. Caso o julgador entendesse pela procedência da acusação, deveria abster-se de impor qualquer sanção adicional e reiteraria que foram cumpridas todas as sanções impostas oportunamente. Se, ao reverso, o magistrado entendesse pela inocência do acusado ou pela não conformação da sentença impugnada ao direito, deveria fixar as reparações que considerasse pertinentes para o caso.

No que tange à garantia do duplo grau de jurisdição, a controvérsia cingiu-se em saber se ela é compatível com o julgamento de um cidadão pela mais alta Corte de Justiça de um país em única instância. Como relatado acima, o Sr. Barreto Leiva foi julgado pela Corte Suprema de Justiça, não por ser detentor do foro por prerrogativa de função, mas em razão do instituto da conexão.

A esse propósito, de início, faz-se importante frisar que, para a Corte Interamericana, o foro por prerrogativa de função e a reunião de processos por conta da conexão não são mecanismos que contrariam, por si só, a Convenção Americana, “[...] se aquele se encontra expressamente estabelecido e definido pelo Poder Legislativo e atende a uma finalidade legítima [...]. Desta forma, não apenas se respeita o direito em questão, mas o juiz se converte no juiz natural do acusado. [...]. Do mesmo modo, se a conexão está expressamente regulamentada na lei, o juiz natural de uma pessoa será aquele a quem a lei atribua

competência nas causas conexas. Se a conexão não está regulamentada pela lei, seria violatório afastar o indivíduo do juiz originalmente chamado a conhecer do caso”⁴⁶². Assim, entendeu-se pela não caracterização de uma violação à garantia do juiz natural (CADH, art. 8.1).

De outra banda, relativamente à garantia do duplo grau de jurisdição, entendeu a Corte Interamericana que o julgamento de um cidadão pelo mais elevado tribunal do sistema judiciário de um Estado não o desincumbe de assegurar ao condenado o direito de recorrer da decisão condenatória. Para compatibilizar as hipóteses de foro por prerrogativa de função com a exigência de observância do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte Interamericana enfatizou que o Estado poderia definir que o julgamento em primeira instância constituiria atribuição do Presidente da Corte ou de uma de suas câmaras, ao passo que a apreciação da impugnação recursal poderia ser atribuída ao Plenário, com exclusão dos julgadores que já se pronunciaram sobre o caso.

Diante disso, impõe-se frisar que, pela da leitura da sentença, percebe-se que a Corte Interamericana não dimensionou a garantia duplo grau de jurisdição com uma feição absoluta. De fato, ao rebater os precedentes do Comitê de Direitos Humanos da ONU que foram invocados pela Venezuela, a Corte Interamericana fez referência ao *Caso Jesús Terron vs. Espanha*, em que se debateu o alcance do art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos nas hipóteses em que os órgãos judiciários de cúpula conhecem a causa em única instância, precedente no qual se decidiu que a observância do duplo de jurisdição estará dispensada se o Estado houver formulado reserva no sentido de sua inaplicabilidade em tais situações. Assim, extrai-se do entendimento da Corte Interamericana que, se o Estado, ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tivesse formulado alguma reserva ao art. 8.2.h, tornando-o inaplicável aos casos de ações penais de competência originária de seu mais elevado tribunal, essa reserva seria legítima.

Em síntese, extrai-se do precedente ora analisado a diretriz no sentido de ser necessária a observância do duplo grau de jurisdição nas ações de competência originária dos Tribunais, sendo certo, ainda, que a reunião de processos, em razão de continência e conexão, desde que regularmente prevista em lei, não viola a garantia do juiz natural.

⁴⁶² CtIDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentença de 17/11/2009, § 77.

3.5.2.7 O caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*

À época dos fatos, Ministro de Finanças do Suriname, o Sr. Liakat Ali Alibux, participou do procedimento para aquisição de um imóvel para ampliar setores do Ministério do Desenvolvimento Regional. Por conta de possíveis irregularidades constatadas no procedimento de aquisição, foi condenado pelo delito de falsificação, com base na Lei sobre Acusação de Funcionários Públicos com Cargos Políticos, cujo trâmite legislativo e entrada em vigor deram-se após a ocorrência dos fatos que lhe foram imputados. A referida legislação regulamentou o art. 140 da Constituição do Suriname, segundo o qual os detentores de cargo político serão processados perante a Alta Corte de Justiça, mediante denúncia oferecida pelo Procurador-Geral, após a admissão da acusação pela Assembleia Nacional. Ao final, o Sr. Alibux foi condenado à pena de prisão de um ano e inabilitação para o exercício do cargo de Ministro pelo período de três anos.

Ao tempo da condenação, inexistia recurso contra essa decisão, situação que foi remediada posteriormente, atribuindo o julgamento da causa a um órgão composto por três julgadores da Alta Corte de Justiça e o reexame da sentença, em caso de interposição de recurso, a outro colegiado, composto por um número de cinco a nove juízes. Segundo a legislação reformada, todos os indivíduos que tivessem sido condenados até então, como era o caso do Sr. Alibux, poderiam fazer uso da novel sistemática, interpondo recurso contra a decisão que os tivesse condenado e, para tanto, disporem de um prazo de três meses, faculdade que ele decidiu não exercer.

Diante desse cenário fático-jurídico, são apontadas violações às garantias do duplo grau de jurisdição, irretroatividade penal e liberdade de circulação (CADH, arts. 8.2.h, 9 e 22.2), todas em combinação com a obrigação de adaptação do ordenamento jurídico e a inafastabilidade da tutela jurisdicional (CADH, arts. 1.1 e 2, c. c/ 25). Ao final, o Estado foi condenado, sendo reconhecida sua responsabilidade por violação dos arts. 8.2.h e 22.3, ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Adicionalmente, a Corte Interamericana determinou a publicação da sentença e fixou os valores devidos a título de reparação dos danos.

Relativamente à garantia do duplo grau de jurisdição, em substancioso exame do tema, a Corte Interamericana abordou o disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana em comparação com outras convenções internacionais.

Com isso, inicialmente, a Corte Interamericana frisou que a Convenção Americana assegura o direito em questão de maneira mais extensa do que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tendo em vista que este, ao prevê-la, menciona que o seu exercício será feito “[...] em conformidade com a lei” (PIDCP, art. 14.5). De qualquer forma, embora não se desconheça que o Comitê de Direitos Humanos da ONU já tenha fixado a interpretação dessa cláusula final, com o escopo de evitar que o art. 14.5 torne-se letra morta, como visto oportunamente⁴⁶³, a Corte Interamericana pontuou que a ausência de similar cláusula no art. 8.2.h da Convenção Americana torna, desde logo, descabida a remissão à disciplina normativa interna como um argumento apto a justificar restrições à garantia *sub examine*⁴⁶⁴.

Em seguida, com relação à Convenção Europeia, a Corte Interamericana tornou a frisar que, diversamente do que sucede com a Convenção Americana, aquele pacto internacional prevê, expressamente, hipóteses em que a garantia do duplo grau de jurisdição poderá ser afastada, entre as quais figura a situação em que “[...] o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição” (art. 2.2 do Protocolo n. 7 à CEDH). Ora, não sendo repetida essa possibilidade pela Convenção Americana, torna-se ilógica e incoerente a pretensão de interpretá-la à luz do tratado europeu.

Após amparar-se em precedentes que já haviam dimensionado a extensão do mencionado art. 8.2.h, a Corte Interamericana frisou que quando o tribunal de maior hierarquia do Estado funcione como instância única, a garantia em tela considera-se satisfeita mediante a atribuição de competência para revisar a decisão condenatória a um órgão fracionário diverso daquele que a proferiu ou ao Plenário, desde que, neste derradeiro caso, não participem do reexame da condenação os magistrados que já tenham atuado anteriormente. Portanto, ao aludir a um “[...] juiz ou tribunal superior”, o art. 8.2.h da Convenção Americana não exige que o órgão encarregado do reexame seja hierarquicamente superior ao que prolatou a decisão condenatória. A ideia de “superior”, tal como prevista pelo dispositivo, traduz-se na exigência de que o órgão ao qual se direciona o recurso tenha competência para proceder a uma revisão integral do caso, podendo reformar ou anular a

⁴⁶³ Cf. o Item 3.4.1 – A garantia do duplo grau de jurisdição e sua interpretação pelo Comitê de Direitos Humanos.

⁴⁶⁴ “[...] o Tribunal não considera que a remissão à normativa interna constitua um mecanismo pelo qual a existência do direito das altas autoridades a recorrer possa ver-se afetado, ainda mais quando dita remissão não seja reconhecida na Convenção Americana” (CtIDH, caso Liakat Ali Alibux, sentença de 30/1/2014, § 94, tradução livre: “[...] el Tribunal no considera que la remisión a la normativa interna constituya un mecanismo por el cual la existencia del derecho a recurrir el fallo de las altas autoridades pueda verse afectada, más aún cuando dicha remisión no se reconoce en la Convención Americana”).

decisão combatida, independentemente de seu grau hierárquico na estrutura do Poder Judiciário local⁴⁶⁵.

Finalmente, a Corte Interamericana destacou que a regulamentação tardia do direito de impugnar a condenação, após a reforma da Lei sobre Acusação de Funcionários Públicos com Cargos Políticos, não isentaria o Suriname da responsabilidade internacional. Para o caso julgado, tal recurso mostrou-se inadequado e ineficiente, visto que só foi disponibilizado ao Sr. Alibux após já ter cumprido a pena e, por conseguinte, não pôde afastar os prejuízos advindos de uma decisão incorreta. O recurso, portanto, ainda que tivesse sido utilizado, não teria sido um mecanismo eficiente para a tutela dos direitos do imputado.

3.5.2.8 *O caso Mendoza e outros vs. Argentina*

Segundo descrito na sentença, os Srs. César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal e Ricardo David Videla Fernández cresceram em regiões periféricas e sem acesso aos recursos e meios básicos para uma vida digna, em acentuada situação de exclusão.

Os adolescentes foram processados e sancionados nos termos da Lei n. 22.278/1980, que institui o sistema penal juvenil argentino. De acordo com essa lei, são penalmente inimputáveis os adolescentes com idade inferior a 16 anos. Se o adolescente, à época da prática dos fatos que lhe são imputados, possuísse entre 16 e 18 anos e praticasse um delito cuja pena privativa de liberdade seja superior a dois anos e se proceda mediante ação penal de iniciativa pública, a referida lei ser-lhe-ia aplicável. A partir dos 18 anos, ao sujeito sancionado de acordo com a legislação em questão, ser-lhe-ia aplicado o regime penal dos adultos.

A esses adolescentes foram imputadas infrações diversas, sem qualquer relação entre si e, ao final de cada um de seus processos, foi-lhes aplicada a pena de prisão perpétua. Além

⁴⁶⁵ “[...] em hipóteses como estas, a Corte interpreta que, ao não existir um tribunal de maior hierarquia, a superioridade do tribunal que revisa a condenação entende-se cumprida quando o pleno, uma turma ou câmara, dentro do mesmo órgão colegiado superior, porém de distinta composição da que conheceu a causa originariamente, resolva o recurso interposto com as facultades de revogar ou modificar a sentença condenatória prolatada, se assim o considerar pertinentes” (CtIDH, caso Liakat Ali Alibux, sentença de 30/1/2014, § 105, tradução livre: “en supuestos como estos, la Corte interpreta que al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente”).

disso, após a privação de sua liberdade, alguns dos adolescentes foram submetidos a condições de tratamento degradantes, resultando na morte de um deles e na perda da visão de outro.

Os fatos acima descritos qualificam violações do devido processo legal e dos direitos à integridade pessoal e à liberdade de adolescentes (CADH, art. 8, 5, 7 e 19), em cumulação com o dever de implementar disposições de direito interno e a denegação de acesso à justiça (CADH, arts. 1.1 e 2, c. c/ art. 25). Ao final, a Argentina foi responsabilizada internacionalmente, determinando-se a indenização das vítimas, a publicação da sentença e a adaptação de seu direito interno.

No que toca à garantia do duplo grau de jurisdição, relata-se que os adolescentes lançaram mão do recurso de cassação, modalidade recursal prevista na legislação argentina para o caso. Em conformidade com o Código de Processo Penal da Nação e o Código de Processo Penal da Província de Mendoza, o recurso em tela presta-se a questionar (a) a errônea aplicação do direito substantivo ou (b) a violação de regras procedimentais e, em ambos os casos, não se admite a revisão de questões fáticas ou probatórias pelo tribunal *ad quem*. Dessa forma, sob o argumento que a pretensão recursal envolvia a reapreciação de fatos e provas, os recursos interpostos não foram admitidos.

Na visão da Corte Interamericana, a referida modalidade recursal não assegurou aos petionários a garantia da duplo grau de jurisdição, porquanto não permitiu um reexame integral da sentença condenatória.

Posteriormente, com exceção do Sr. Ricardo David Videla Fernández, os demais adolescentes fizeram uso do *recurso de revisión* (CPP da Nação Argentina, art. 479 e CPP da Província de Mendoza, art. 495), isto é, uma ação autônoma de impugnação de decisões transitadas em julgado que muito se assemelha à nossa revisão criminal (CPP, arts. 621 a 631). Ainda que o uso dessa técnica de impugnação tenha resultado na revisão das decisões condenatórias, fato elogiado pelo Corte Interamericana e utilizado para dimensionar o valor das reparações, tal mecanismo, segundo ela, não se prestou a assegurar aos petionários o direito previsto pelo art. 8.2.h da Convenção Americana, porquanto somente puderam lançar mão dele após o trânsito em julgado das respectivas condenações, de modo que não se cumpriu a exigência de que o recurso seja disponibilizado ao condenado antes que a sentença se torne imunizada pela coisa julgada.

Por fim, vale frisar que a Corte Interamericana reconheceu a importância do *precedente Casal*, um caso julgado pela Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina em 20/9/2005 e invocado pelo Estado para afirmar que teria efetuado a adaptação de seu direito interno às exigências do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na forma como interpretado pela Corte Interamericana. A Corte Interamericana, no entanto, ressaltou que o precedente citado era insuficiente, tendo em vista que subsistia a literalidade dos dispositivos processuais que obstaculizavam o conhecimento e a apreciação das questões fáticas e dos elementos de prova pelo tribunal *ad quem*, bem como pelo fato de que a decisão em tela não é vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário⁴⁶⁶.

3.5.2.9 O caso *Gorigoitía vs. Argentina*

Conforme descrito na sentença, o Sr. Oscar Raúl Gorigoitía Guerrero foi condenado pela suposta prática do delito de homicídio. A sentença foi proferida pela Primeira Câmara Criminal de Mendoza, fixando a pena de 14 anos de prisão e inabilitação para o exercício da função pública, motivo pelo qual foi exonerado da Polícia de Mendoza. A referida sentença entendeu que o peticionário atuou com dolo eventual, tendo em vista que efetuou disparo de arma de fogo no contexto de uma perseguição policial.

Diante disso, a sua defesa técnica interpôs um recurso de cassação em que objetivava a declaração de nulidade da sentença condenatória, sob os argumentos de que era imotivada e arbitrária, sendo que, para tanto, seria necessária a apreciação da matéria fático-probatória. No entanto, a Segunda Turma da Corte Suprema de Justiça da Província de Mendoza (*Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza*) denegou o recurso. Com isso, o Sr. Gorigoitía interpôs um recurso extraordinário que não foi admitido e, contra essa decisão, um recurso de queixa que também não foi admitido pela Suprema Corte de Justiça de Nação (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*).

Assim, são apontadas violações aos arts. 8.2.h e 25.1 c. c/ com o art. 2, todos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Após reiterar sua jurisprudência acerca do alcance da garantia do duplo grau de jurisdição, salientando que “[...] o artigo 8.2.h consagra o direito a um recurso ordinário, acessível e eficaz que não torne ilusória a possibilidade de recorrer a um tribunal superior.

⁴⁶⁶ A propósito do precedente *casal*, cf. o Item 5.3.1.1 – A experiência argentina.

Nesse sentido, a Corte estabeleceu que as formalidades previstas para a interposição de um recurso não devem constituir um obstáculo para que seja possível o reexame de questões fáticas, probatórias e jurídicas que poderiam ter resultado na prolação de uma equivocada sentença”⁴⁶⁷.

Dessa forma, considerando que a Suprema Corte de Justiça da Nação denegou o recurso de cassação interposto pelo Sr. Gorigoitía, negando-se a reexaminar o mérito das questões apresentadas por ele, a Corte Interamericana entendeu pela violação à garantia do duplo grau de jurisdição (CADH, art. 8.2.h).

3.5.2.10 O caso Girón e outro vs. Guatemala

Os Srs. Roberto Girón e Pedro Castillo Mendoza foram condenados pela prática do delito de estupro cometido contra uma criança. Diante desse crime, foi instaurado um processo penal no qual os acusados não contaram com defesa técnica e, ao seu final, foi determinada a aplicação da pena de morte mediante fuzilamento, admitida pela Constituição da Guatemala vigente à época dos fatos. Todos os recursos interpostos pelos acusados foram denegados e, então, em 13/9/1996, ambos foram executados, sendo que a execução foi transmitida pela rede nacional de televisão.

Com isso, são apontadas violações aos direitos à vida, à integridade pessoal e ao devido processo legal (CADH, arts. 4, 5 e 8, c. c/ arts. 1.1 e 2).

Especificamente no que tange à garantia do duplo grau de jurisdição, embora tenha relembado sua jurisprudência acerca da exegese do art. 8.2.h da Convenção Americana

⁴⁶⁷ CtIDH, caso Gorigoitía vs. Argentina, sentença de 2/9/2019, § 53, tradução livre: “[...] el artículo 8.2.h) se refiere al derecho a un recurso ordinario, accesible y eficaz que no torne ilusorio el derecho de recurrir el fallo ante tribunal superior. En ese sentido, la Corte ha establecido que las formalidades requeridas no deben constituir un obstáculo para que recurso permita la revisión de las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas que podrían haber derivado en un error en la sentencia.”

sobre Direitos Humanos⁴⁶⁸, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se absteve de apreciar a questão, tendo em vista que não foram apresentados elementos que permitissem analisar se houve ou não uma violação a essa garantia, sendo certo que, ao analisar a apelação interposta pelas vítimas, o juízo *a quo* reexaminou a sentença em seus aspectos fático-probatórios.

Isso posto, não obstante a Corte Interamericana não tenha analisado concretamente a violação à garantia do duplo grau de jurisdição, a decisão aqui mencionada assume importância por se tratar de ocasião em que a jurisprudência acerca da exegese do art. 8.2.h da Convenção Americana foi reiterada.

3.6 Conclusão parcial: delimitação dos *standards* mínimos da garantia do duplo grau de jurisdição à luz do direito internacional dos direitos humanos

Após a análise acima efetuada, resta concluir que, sobretudo em face dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretando o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como da exegese efetuada pelo Comitê de

⁴⁶⁸ CtIDH, caso Girón e outro vs. Guatemala, sentença de 15/10/2019, § 114: “[...] este Tribunal sustenta que o art. 8.2.h da Convenção se refere a um recurso ordinário, acessível e eficaz, é dizer, que a sua interposição não esteja sujeita à formalidades que o tornem ilusório. Nesse sentido, as formalidades requeridas para a interposição do recurso devem ser mínimas e não devem constituir um obstáculo para que cumpra o seu escopo de examinar e resolver as alegações apresentadas pelo recorrente, vale dizer, o recurso deve ser capaz de proporcionar os resultados para o qual foi manejado. Deve-se entender que, independentemente do regramento processual que adotem os Estados-partes e da denominação que atribuam ao mecanismo de impugnação da sentença condenatória, para que ela seja eficaz deve se constituir em um mecanismo adequado para obter a correção de uma condenação errônea. Isso requer que seja possível a análise das questões fáticas, probatórias e jurídicas em que se baseia a sentença atacada, visto que na atividade jurisdicional existe uma interdependência entre as questões fáticas e a aplicação do direito, de modo que uma equivocada determinação dos fatos conduz a uma errada ou indevida aplicação do direito. Consequentemente, o recurso deve possibilitar um controle amplo dos aspectos em que se assenta a decisão impugnada. O direito a recorrer da condenação a um juiz ou tribunal superior pode ser concebido como uma expressão do direito à tutela efetiva, segundo o art. 25.1 da Convenção Americana” (tradução livre: “[...] este Tribunal ha sostenido que el artículo 8.2.h) de la Convención se refiere a un recurso ordinario, accesible y eficaz, es decir que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente, es decir que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concedido. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes, y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que puedan analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. El derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior puede concebirse como la expresión del derecho a contar con un recurso judicial efectivo, según el artículo 25.1 de la Convención”).

Direitos Humanos da ONU acerca do art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a garantia do duplo grau de jurisdição, em sua essência, demanda que o Estado assegure ao imputado um remédio jurídico que lhe seja disponibilizado para questionar a sentença que lhe imponha uma sanção penal antes que essa se torne imunizada pelo advento da coisa julgada, devendo o instrumento em questão habilitar a instância superior à reapreciação de todas as *questões de fato e de direito* em que se assentou a decisão.

Tal reexame deve ser efetuado por um “órgão superior”, o que não significa que deva estar hierarquicamente posicionado acima do órgão que prolatou a sentença na estrutura do Poder Judiciário, mas que possua competência para reexaminá-la em todos os seus aspectos, sendo que o reexame deverá ser efetuado ao menos uma vez, independentemente da instância em que for prolatada a condenação pela primeira vez. Ou seja: a emissão de uma decisão de condenação é o marco de ativação do duplo grau de jurisdição em favor do imputado no processo penal, pouco importando a instância que for proferida pela primeira vez.

Por isso, é fácil perceber que, na verdade, o art. 8.2.h da Convenção Americana, na leitura efetuada pela Corte Interamericana, demandado o estabelecimento de dois paradigmas de controle da decisão condenatória. De um lado, o duplo grau de jurisdição em sentido estrito, que deve ser assegurado ao imputado quando proferida a condenação pelo órgão jurisdicional que primeiro julgar a causa penal. E, de outro lado, o paradigma da dupla conformidade, a impor que a pretensão acusatória seja examinada duas vezes, de forma que: a) se houver duas decisões no sentido de sua procedência, será desnecessário um provimento adicional (confirmação, pelo juízo *ad quem*, da condenação proferida pelo juízo *a quo*, após a interposição do recurso pela defesa); b) mas, se a segunda decisão for dissonante da primeira, impor-se-á um novo *decisum* que confirmará qual dos dois provimentos divergentes deverá prevalecer (reversão, pelo juízo *ad quem*, da absolvição proferida pelo juízo *a quo*, após a interposição de recurso pela acusação)⁴⁶⁹.

Por outro lado, no que se refere ao recurso acusatório, as decisões acima colacionadas evidenciam que o seu estabelecimento pelo ordenamento do Estado não viola a garantia do duplo grau de jurisdição. Assim, salienta-se que uma absolvição pode ser reformada pelo Tribunal. No entanto, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, caso a reforma envolva a reavaliação do lastro probatório, será necessária a

⁴⁶⁹ Acerca dos paradigmas de controle das decisões jurisdicionais, cf. o Item 2.2.2 – Os fundamentos do recurso contra a sentença penal condenatória no processo penal: a superação do duplo grau de jurisdição como um mecanismo de aprimoramento da justiça do caso concreto e a sua afirmação como uma garantia do imputado.

realização de uma audiência oral e pública com a participação do imputado. Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos salienta que a condenação é o marco de ativação do duplo grau de jurisdição e, assim, independentemente da instância em que for proferida pela primeira vez, deve ser assegurada ao imputado a garantia em questão. Por isso, entende-se que o recurso acusatório com a possibilidade de reversão da sentença absolutória não viola, por si só, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, desde que contra essa decisão seja possível ao imputado interpor um recurso amplo, isto é, que possibilite um integral reexame da condenação.

Eis, pois, a conformação mínima que os Estados devem observar na disciplina da garantia do duplo grau de jurisdição.

4 CONTEÚDO ESSENCIAL DA GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E AS DECISÕES PASSÍVEIS DE QUESTIONAMENTO: IDENTIFICAÇÃO DAS OMISSÕES NORMATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 A delimitação do conteúdo essencial na teoria dos direitos fundamentais

A proposta desta dissertação é a compreensão do duplo grau de jurisdição como uma autêntica garantia fundamental do imputado, tendo em vista as fontes normativas de onde se origina, a ela sendo aplicada, por via de consequência, o regime da teoria dos direitos fundamentais e do direito internacional dos direitos humanos. Com isso, torna-se necessário delimitar o conteúdo essencial da garantia do duplo grau de jurisdição.

De início, devemos esclarecer o que significa o conteúdo essencial de um direito fundamental. Segundo André de Carvalho Ramos, trata-se do seu núcleo irreduzível, ou seja, o conteúdo essencial é a parte do direito que não pode ser afetada em hipótese alguma, constituindo um limite para o legislador e o operador jurídico que somente poderão regular ou limitar a parte do direito que não constitua esse núcleo permanente⁴⁷⁰. Fácil perceber, com isso, que não parece dificultoso definir em abstrato a noção de conteúdo essencial. A sua delimitação, contudo, assume contornos problemáticos quando se está diante de situações concretas, podendo ensejar algumas controvérsias. Nesse caso, a doutrina diverge acerca do modo pelo qual o conteúdo essencial de um determinado direito deve ser delimitado.

A esse propósito, deve-se indagar, em primeiro lugar, sob qual perspectiva a delimitação do conteúdo essencial deve ser buscada: a) sob a *perspectiva objetiva*, a proteção do núcleo essencial assume importância para o tecido social como um todo⁴⁷¹, almejando-se

⁴⁷⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

⁴⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 183.

“[...] assegurar a intangibilidade objetiva de uma garantia dada pela Constituição”⁴⁷²; b) ao passo que, partindo de um *enfoque subjetivo*, a proteção do conteúdo essencial representa a proibição de supressão de um direito subjetivo⁴⁷³, visto que é perfeitamente possível que uma restrição a determinado “[...] direito fundamental em um caso concreto individual não afete sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto”⁴⁷⁴.

Partindo da lógica inerente aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos – a consecução de *standards* mínimos de proteção – conclui-se que a delimitação do conteúdo essencial da garantia do duplo grau de jurisdição assume relevância para o tecido social considerado como um todo (enfoque objetivo). Apesar disso, não se pode desconsiderar a perspectiva subjetiva. Isso porque, como já afirmado, é plenamente possível que uma violação a determinado direito não afete o seu núcleo essencial em uma perspectiva objetiva, tendo em vista que, segundo essa vertente, “[...] a violação ao conteúdo do direito só ocorreria se o bem da vida que está na norma fundamental perdesse essa proteção como instituição jurídica, deixando de integrar o direito fundamental não apenas para uma pessoa ou um grupo delas, mas para toda a coletividade (ou uma parcela significativa dela)”⁴⁷⁵, mas certamente essa lesão afetará, no caso concreto, o titular desse direito. Por isso, deve-se compreender que as perspectivas objetiva e subjetiva do “[...] conteúdo essencial dos direitos

⁴⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 214. No mesmo sentido: MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 267: “[...] pode-se afirmar que para a teoria objetiva o conteúdo essencial é uma garantia do direito fundamental voltada a proteger o o bem da vida por ele alçado à condição de ‘instituição jurídica’ com importância para toda a comunidade”.

⁴⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 214.

⁴⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 186. No mesmo sentido: MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 267: “[...] a teoria subjetiva demonstra que apenas garantir normativamente o direito a toda a comunidade (teoria objetiva) não é suficiente para fazer com que ele se torne uma realidade a todos os cidadãos em suas necessidades e conflitos individuais. Por esa teoria, garantir que o direito não será reduzido para todos não impede que ele seja reduzido, e até mesmo eliminado integralmente, a um indivíduo, em determinada hipótese concreta”.

⁴⁷⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 268.

fundamentais não se excluem, mas, ao contrário, se inter-relacionam e se complementam a fim de garantir uma maior efetividade às normas fundamentais”⁴⁷⁶.

E, em segundo lugar, impõe-se questionar se a proteção do núcleo essencial deve basear-se em uma concepção estática ou dinâmica. Sobre esse ponto, a *teoria absoluta* parte de uma concepção estática: a delimitação do núcleo essencial seria feita de maneira abstrata, independentemente de qualquer situação concreta, sendo suficiente uma análise da redação do ato normativo que consagrou o direito fundamental *sub examine* para cindir os seus elementos essenciais dos não essenciais. Assim, “[...] se fosse possível representar graficamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, deveria existir um núcleo, cujos limites externos formam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição”⁴⁷⁷. Por outro lado, a *teoria relativa* propõe um exame dinâmico e, assim, o núcleo essencial seria aferido em cada caso concreto, após a realização de um juízo de proporcionalidade, ou seja, “[...] o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento”⁴⁷⁸. Dessa forma, a teoria relativa do conteúdo essencial propõe que a sua delimitação dependerá “[...] das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto [...]”, o que significa que “[...] o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso”⁴⁷⁹.

Ambas as teorias são passíveis de crítica⁴⁸⁰. A teoria absoluta, em razão da dificuldade ou, em alguns casos, da impossibilidade de demonstração ou caracterização em abstrato, do núcleo essencial do direito em exame, poderá resultar no esvaziamento de sua proteção, convertendo a preocupação de delimitá-lo em uma fórmula vazia. Já a adoção da teoria relativa, por conferir uma flexibilidade exagerada ao estatuto dos direitos

⁴⁷⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 268.

⁴⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 187.

⁴⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 295-301.

⁴⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 196.

⁴⁸⁰ Acerca da distinção entre as teorias, cf.: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 295-301; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133-135; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 183-207; MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 213-215.

fundamentais, poderá ensejar a descaracterização desses direitos como princípios centrais do sistema constitucional⁴⁸¹.

Apesar disso, tem-se que a proteção do conteúdo essencial dessa garantia deve partir de uma perspectiva estática (teoria absoluta). Isso porque, como dito acima, deve-se levar em consideração a lógica que fundamenta os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, qual seja, a consecução de *standards* mínimos de proteção. Logo, ao se admitir a delimitação do conteúdo essencial da garantia do duplo grau de jurisdição nos moldes da teoria relativa, não seria possível formatá-lo como uma garantia inerente do devido processo penal a ser invariavelmente observada, visto que seria dado a cada Estado respeitá-la de acordo com a sua própria conveniência.

4.1.1 O conteúdo essencial da garantia do duplo grau de jurisdição

Tomando como referência as premissas teóricas acima expostas, tem-se que, para delimitar o núcleo essencial da garantia do duplo grau de jurisdição, deve-se indagar: o que pretende o ordenamento assegurar ao instituí-la? Ou, dizendo de outra forma, o que significa a garantia de um recurso contra a sentença penal condenatória em sua essência?

Nesse contexto, partindo (a) da exegese fixada pelos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, sobretudo da interpretação adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme exposto no capítulo 3, e (b) das bases dogmáticas da garantia ora em análise, como apresentadas no capítulo 2, tem-se que o escopo perseguido pelo duplo grau de jurisdição é ensejar um reexame completo da condenação por um órgão superior antes do advento da coisa julgada, devendo o recurso, instrumento de sua ativação, apresentar-se como um remédio apto a corrigir as ilegalidades e os equívocos apontados pelo imputado⁴⁸². Para tanto, o recurso deve “[...] garantir a possibilidade de um exame integral

⁴⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 214.

⁴⁸² “[...] o artigo 8.2.h da Convenção refere-se a um recurso ordinário, acessível e eficaz. Isso supõe que deve ser garantido antes que a sentença adquira a qualidade de coisa julgada. A eficácia do recurso implica que deve obter resultados ou respostas para o qual foi concedido” (CtIDH, caso Mohamed vs. Argentina, sentença de 23/11/2012, § 99, tradução livre: “[...] el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concedido”). No mesmo sentido: CtIDH, caso Amrhein e outros vs. Costa Rica, sentença de 25/4/2018, § 257.

da sentença impugnada”⁴⁸³. Por esse motivo, ao órgão superior deve ser atribuída competência para analisar todas as questões fáticas, probatórias e jurídicas em que se baseia a condenação guerreada, eis que “[...] na atividade jurisdicional existe uma interdependência entre as determinações fáticas e a aplicação do direito, de tal forma que uma errônea determinação dos fatos implica uma equivocada ou indevida aplicação do direito”⁴⁸⁴.

Diante disso, percebe-se que uma adequada compreensão do conteúdo essencial da garantia ora examinada demanda uma repartição do controle em relação (a) à sua amplitude, (b) ao momento em que deve ser efetuado e (c) ao órgão encarregado de realizá-lo.

4.1.1.1 Amplitude do controle

No que se refere à *amplitude do controle*, tem-se que o conteúdo essencial somente será preservado se o ordenamento formatar o seu instrumento de exercício como um *recurso de conteúdo amplo*, apto a submeter à instância superior a reapreciação de todas as *questões de fato e de direito* em que se assentou a decisão⁴⁸⁵, de modo que essa tradicional cissão não pode ser um obstáculo à consagração do duplo grau de jurisdição⁴⁸⁶. Isso significa, ademais,

⁴⁸³ CtIDH, caso Zegarra Marín vs. Peru, sentença de 15/2/2017, § 171, tradução livre: “[...] garantice la posibilidad de un examen integral de la sentencia recorrida.” No mesmo sentido: CtIDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2/7/2004, § 165 e caso Norín Catrimán e outros vs. Chile, sentença de 29/5/2015, § 270.

⁴⁸⁴ CtIDH, caso Mohamed vs. Argentina, sentença de 23/11/2012, § 100, tradução livre: “[...] en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errônea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho”. No mesmo sentido é o entendimento do Comitê de Direitos Humanos da ONU: “O direito de toda pessoa a que a sentença e a pena imposta se submetam à análise de um tribunal superior, estabelecido no parágrafo 5 do artigo 14, impõe ao Estado-parte a obrigação de reexaminar substancialmente a condenação, tanto no que se refere à suficiência de provas quanto à legislação, de modo que o procedimento deva permitir levar devidamente em consideração a natureza da causa. Uma revisão que se limite a aspectos formais ou jurídicos não é suficiente para se adequar aos termos do Pacto” (CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32, § 48, tradução livre: “El derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior, establecido en el párrafo 5 del artículo 14, impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente a tenor del Pacto”).

⁴⁸⁵ Nas palavras de Maurício Zanoide de Moraes, o recurso de conteúdo amplo é “[...] autorizador do reexame por instância superior de toda a matéria de direito e de fato [...]” (MORAES, Maurício Zanoide de. Princípio do duplo grau de jurisdição e direito ao recurso. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (org.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 938).

⁴⁸⁶ No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso Mohamed vs. Argentina, sentença de 23/11/2012, § 100; caso Mendoza e outros vs. Argentina, sentença de 14/5/2013, § 245; caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentença de 30/1/2014, § 86; caso Amrhein e outros vs. Costa Rica, sentença de 25/4/2018, § 257; caso Gorigoitía vs. Argentina, sentença de 2/9/2019, § 47; caso Girón e outro vs. Guatemala, sentença de 15/10/2019, § 114. No âmbito do Comitê de Direitos Humanos da ONU: Comentário-Geral n. 32, § 48.

que o recurso deve ser orientado pelo *critério do máximo rendimento*, de modo que não pode limitar-se “[...] a uma análise lógica da aplicação da lei, mas, sim, que se deve admitir de forma ampla e incorporar uma análise dos fatos para garantir o direito a uma revisão integral da condenação”⁴⁸⁷.

Como já pontuado, ordinariamente, os sistemas processuais trabalham com dois tipos de recurso: de um lado, um recurso amplo e que se presta a um controle amplo da decisão e de outro lado, um recurso de caráter restrito, servindo para efetuar um controle da legitimidade da decisão e, por isso, ensejando apenas o questionamento de questões estritamente de direito. Diferenciam-se, assim, os recursos em ordinários e extraordinários: ordinários seriam os recursos “[...] que admitem a discussão tanto de ‘questão de direito, quanto de questão de fato’”, ao passo que extraordinários seriam “[...] aqueles que somente admitem a discussão de questões de direito, de natureza constitucional ou envolvendo lei federal”⁴⁸⁸. Portanto, o critério distintivo para essa classificação reside na matéria que pode ser submetida à apreciação da instância superior: enquanto os recursos ordinários

⁴⁸⁷ GILARDONE, Lucas; NARVAJA, Sebastián. Estratégias nacionais efetivas para a defesa criminal: análise por país – Argentina. In: BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza (org.). *Defesa criminal efetiva na América Latina*. ADC: São Paulo, 2016, p. 142.

⁴⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 33-34.

apresentam-se como recursos cuja causa de pedir é de conteúdo amplo, a causa de pedir dos recursos extraordinários assume feição restrita⁴⁸⁹.

No direito brasileiro, com certas adaptações, o recurso especial e o recurso extraordinário cumprem o papel do recurso de cassação. É que, em sua concepção tradicional, o recurso de cassação é baseado em motivos taxativamente previstos pela lei, destinando-se à obtenção da anulação de decisão por haver violado algum dispositivo legal

⁴⁸⁹ É importante advertir, contudo, que a nomenclatura em questão pode ensejar dúvidas. Isso porque, no direito comparado, a dicotomia recursos ordinários-extraordinários não é unívoca. Assim, por exemplo, na Espanha, tal classificação é utilizada no mesmo sentido que no Direito brasileiro: “Os recursos ordinários situam o órgão *ad quem* na mesma posição que o órgão jurisdicional autor da resolução impugnada (órgão *a quo*), estando facultado a conhecer tanto de vícios processuais em que tenha incorrido dita resolução (defeitos *in procedendo*), como os materiais ou erros na valoração da prova e na aplicação do direito penal (vícios *in iudicando*). Os extraordinários tão somente facultam ao Tribunal revisar a correção da aplicação do Direito efetuada por órgão originário e pelos específicos motivos que lhe autoriza a LECrim [Lei Processual Criminal]” (GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2010, p. 501, tradução livre: “Los recursos ordinarios sitúan al órgano *ad quem* en la misma situación que el órgano judicial autor de la resolución impugnada (órgano *a quo*), estando facultado para conocer, tanto de los vicios procesales en los que haya incurrido dicha resolución (defectos *in procedendo*), como los materiales o errores de enjuiciamiento en la valoración de la prueba y en la aplicación del Derecho penal (vicios *in iudicando*). Los extraordinarios tan sólo facultan al Tribunal a revisar la corrección de la aplicación del Derecho efectuada por el órgano de instancia y por los tasados motivos que le autoriza la LECrim”). E, no mesmo sentido, manifestam-se: ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 5. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 257-258; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional: proceso penal*. 19. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, v. 3, p. 382. Já em Portugal a dicotomia recursos ordinários-extraordinários encontra significado distinto. Nas palavras de Maria João Antunes, “O CPP divide os recursos em *recursos ordinários* e *recursos extraordinários*, o que corresponde à distinção entre recursos interpostos de sentenças ainda não transitadas em julgado e já transitadas em julgado” (ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 200). Adotando esse mesmo significado, cf.: GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal*: anotado e legislação complementar. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 898. Diante dessa imprecisão doutrinária, José Carlos Barbosa Moreira reputa tal dicotomia inadequada para o direito brasileiro, afirmando que, entre nós, “[...] a mencionada distinção não tem relevância teórica nem prática” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. V, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 255). Isso porque, como visto, segundo a definição do remédio processual “recurso”, não pode ser considerado como tal um remédio utilizado contra decisão já transitada em julgado, tendo em vista que o recurso, como um desdobramento do direito de ação, é utilizado dentro do mesmo processo em que proferida a decisão impugnada, prolongando o seu estado de litispendência. Assim, a leitura que a doutrina portuguesa efetua da dicotomia recursos ordinários-extraordinários seria imprestável para o processo penal brasileiro. Por outro lado, a significação espanhola da dicotomia, utilizada por Gustavo Badaró, parece ser aproveitável ao processo penal brasileiro, em especial, se considerarmos que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos adota tal significação.

e, por isso, visando à uniformização de sua interpretação⁴⁹⁰. O recurso de cassação, portanto, restringe-se ao juízo rescindente.

Justamente por esse motivo, o recurso especial e o recurso extraordinário, a despeito de sua função de promoverem a uniformização da interpretação da legislação federal e da Constituição Federal, respectivamente, e de somente poderem ser interposto em hipóteses taxativamente previstas pela legislação, não podem ser considerados como espécies do recurso de cassação, ao menos em sua definição tradicional. Conforme expõe Tiago Bunning Mendes, a esse propósito, “O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem evidente distinção para com um verdadeiro Tribunal de Cassação, que consiste no fato de que nossos tribunais atuam sempre em juízo residente e juízo rescisório [...], ao passo que “[...] os tribunais de cassação limitam-se a anular a decisão do juízo *a quo* sem proferir nova decisão sobre o caso, agindo, portanto, como mero juízo rescindente”⁴⁹¹.

De qualquer forma, é certo que, tal como o tradicional recurso de cassação, o recurso especial e o recurso extraordinário limitam-se à apreciação de questões de direito, não se prestando ao revolvimento fático-probatório (STF, Súmula 279; STJ, Súmula 7): cuidando-se de “[...] remédios recursais de cunho sobretudo político, que visam primordialmente à tutela do próprio direito objetivo editado pela União, é natural e intuitivo que somente a discussão a respeito de *quaestiones iuris* possa dar ensejo à instauração da instância extraordinária ou especial”⁴⁹². A referida restrição, em princípio, teria sua razão de ser, visto que esses recursos não são mecanismos de ativação do duplo grau de jurisdição. Assim, não teria sentido admitir a discussão das questões fáticas em sede de recurso especial e recurso

⁴⁹⁰ Como define José Manuel Maza Martín, a cassação é o “Recurso devolutivo, extraordinário e suspensivo de que conhece o órgão mais elevado de hierarquia jurisdiccional penal, que tem por finalidade tanto o controle da aplicação da norma, processual e substantiva, efetuada pelos tribunais inferiores, como a unificação da interpretação de dita norma, com o objetivo de propiciar a igualdade de todos os cidadãos perante a lei e a preservação da segurança jurídica” (MAZA MARTÍN, José Manuel. Introducción. In: MAZA MARTÍN, José Manuel; GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón; URBANO CASTRILLO, Eduardo de. *Casación penal práctica: quebrantamientos de forma, infracción de Ley o de preceptos constitucionales y vulneración de derechos fundamentales*. Barcelona: Bosch, 2013, p. 24, tradução livre: “Recurso devolutivo, extraordinario y suspensivo del que conoce el órgano más elevado de la jerarquía jurisdiccional penal, que tiene por finalidad tanto el control de la aplicación de la norma, procesal y sustantiva, llevada a cabo por los tribunales inferiores como la unificación de la interpretación de dichas normas, con el objetivo de propiciar la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley y la vigencia de la seguridad jurídica”).

⁴⁹¹ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 83.

⁴⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 201.

extraordinário, pois “Se isso fosse possível, os recursos em análise se transformariam em uma segunda apelação, o que evidentemente contraria sua natureza e destinação”⁴⁹³.

Entretanto, devemos indagar se a separação entre questões de fato e questões de direito realmente faz sentido.

A uma, porque a distinção entre questões de fato e questões de direito não é tão simples como pode parecer. De acordo com Gustavo Badaró, “Não é fácil distinguir entre questões de direito e questões de fato. Toda questão jurídica envolve matéria fática e matéria de direito. O que existe são questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito”⁴⁹⁴. Da mesma forma, Aury Lopes Jr. frisa que “Nem sempre a distinção entre *questões de fato* e *questões de direito* é uma distinção tão cartesiana; na realidade é uma distinção tênue e complexa”⁴⁹⁵. Apesar disso, a doutrina e a jurisprudência procuram conferir um pouco de racionalidade à distinção, frisando que, na verdade, o que se procura impedir, por meio da diferenciação entre questões de fato e questões de direito, é o simples reexame da prova⁴⁹⁶, ou seja, a pretensão de “[...] reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias de jurisdição e insuscetível de revisão no recurso especial”⁴⁹⁷. Por outro lado, não há vedação à pretensão de valoração da prova, entendida como o “[...] valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica no campo probatório, questão unicamente de direito”⁴⁹⁸.

A duas, porque o crime, em sua concepção analítica, é um fato típico, ilícito e culpável, sendo certo que o juízo de tipicidade envolve não apenas a adequação do fato à norma (tipicidade formal), mas também o exame da relevância da lesão ao bem jurídico (tipicidade material). Ora, a tipicidade material depende da “[...] análise de circunstâncias

⁴⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 201.

⁴⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 337.

⁴⁹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1306, *grifos do autor*.

⁴⁹⁶ Cf., entre outros: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 338-339; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1307.

⁴⁹⁷ STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp n. 420.217/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 4/6/2002, p. 3 do acórdão.

⁴⁹⁸ STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp n. 420.217/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 4/6/2002, p. 3 do acórdão.

fáticas (matéria de fato) para identificação de padrões de ofensividade da conduta [...]”, ao passo que a tipicidade formal “[...] poderia ser reconhecida como matéria de direito, pois se resumiria à compreensão e à análise da correspondência da conduta com o tipo penal”, restando evidenciado, assim, que “[...] o próprio juízo de subsunção exige a observância da conduta praticada que nada mais é do que um fato. Resumidamente, a análise da tipicidade é análise da lei aplicada ao fato”⁴⁹⁹.

A três, porque, ainda que se afirme que o recurso especial e o recurso extraordinário visam à uniformização da interpretação do direito positivo federal, é certo que a discussão sobre a exegese não se faz de modo abstrato, mas, sim, no contexto de um litígio concreto e, por isso, a definição do sentido do ato normativo, a despeito de sua pretensão de universalidade, será capaz de tutelar o direito subjetivo do recorrente. E nem poderia ser diferente, visto que a interpretação e aplicação do direito são atividades que mantêm um vínculo indissociável, não se interpretando um texto normativo senão para aplicá-lo ao caso concreto. Como explica, a propósito, Carlos Maximiliano, “Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”⁵⁰⁰. Em igual sentido, João Baptista Herkenhoff anota que “A interpretação é tarefa prévia, indispensável à aplicação do direito. A aplicação do Direito consiste em submeter o fato concreto à norma que o regule. A aplicação transforma a norma geral em norma individual, sob a forma de sentença ou decisão administrativa”⁵⁰¹.

Por tudo isso, como já dito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua interpretação acerca do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, frisa que o recurso contra a sentença condenatória deve proporcionar um integral reexame da condenação⁵⁰², e, para tanto, ao órgão jurisdicional encarregado de apreciá-lo deve ser atribuída competência para analisar todas as questões fáticas, probatórias e jurídicas em que se baseia a condenação impugnada, eis que uma errônea apreciação dos fatos implicará uma

⁴⁹⁹ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal*: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 65.

⁵⁰⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 8.

⁵⁰¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 9.

⁵⁰² CtIDH, caso Zegarra Marín vs. Peru, sentença de 15/2/2017, § 171.

equivocada aplicação do direito, já que existe uma interdependência entre as questões fáticas e a aplicação do direito⁵⁰³.

Isso posto, resta-nos concluir que, ainda que possa o ordenamento estabelecer recursos de natureza ordinária e extraordinária, é certo que a cissão entre questões de fato e questões de direito não deve ser um óbice a permitir um amplo controle da condenação.

Portanto, o conteúdo essencial não seria preservado se fosse previsto pelo ordenamento um recurso de conteúdo estrito, isto é, um mecanismo de impugnação que se prestasse unicamente ao reexame de *questões de direito*, tal como o recurso de cassação, em sua concepção tradicional, e, por isso, que servisse unicamente ao controle da legitimidade do direito objetivo e à uniformização de sua interpretação (função nomofilática), assumindo a tutela do direito subjetivo do recorrente um caráter secundário. Dessa forma, como resume Angela Ester Ledesma, “A garantia, para ser tal, exige que o tribunal de cassação possa controlar se a decisão condenatória se baseou em um quadro probatório idôneo para sustentar a convicção judicial”⁵⁰⁴.

Dessa forma, em síntese, tem-se que, em relação à amplitude do controle, a preservação do conteúdo essencial da garantia do duplo grau de jurisdição exige a previsão de um recurso de conteúdo amplo, ou seja, um recurso que enseje uma autêntica e completa revisão da sentença atacada, permitindo o reexame dos aspectos fáticos e jurídicos em que se assenta.

4.1.1.2 *Momento do controle*

No que se refere ao *momento do controle*, tem-se que o Estado deve disponibilizar ao imputado o recurso antes que a sentença se torne imunizada pelo advento da coisa julgada, tendo em vista que o seu escopo é a reafirmação da presunção de inocência e, pois, a correção de uma decisão equivocada, afastando os prejuízos dela decorrentes. Assim, “[...] o emprego do duplo grau de jurisdição dá-se antes da formação da coisa julgada”⁵⁰⁵, já que “Por se tratar

⁵⁰³ CtIDH, caso Mohamed vs. Argentina, sentença de 23/11/2012, § 100.

⁵⁰⁴ LEDESMA, Angela Ester. El recurso de casación como garantía de la doble instancia. In: MARIS MARTÍNEZ, Stella. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2009, p. 183, tradução livre: “La garantía, entonces, para ser tal, exige que el tribunal de casación pueda controlar si el fallo condenatorio se basó en un cuadro probatorio idóneo para sustentar la convicción judicial”.

⁵⁰⁵ PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 48.

de medida profundamente gravosa e irreparável, a imposição de uma sanção criminal deve ser verificada por meio do juízo recursal antes do início da sua execução”⁵⁰⁶.

Dessa forma, ainda que o Estado possa disponibilizar ao imputado mecanismos que permitam a revisão da condenação após o trânsito em julgado, como é o caso da revisão criminal (CPP, art. 621 e seguintes), esse remédio não se presta a corrigir uma decisão equivocada e evitar o cumprimento da sanção penal, assegurando apenas a reparação civil, caso constatado o equívoco judiciário (CF, art. 5º, LXXV, c. c/ CPP, art. 630). Isso porque o ajuizamento da revisão criminal não é dotado de efeito suspensivo, tendo em vista a necessidade de se preservar a autoridade da coisa julgada, em que pese ser possível postular a concessão da antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 300 a 302, c. c/ CPP, art. 3º), o que exige a inequívoca demonstração do acerto da tese em juízo sumário⁵⁰⁷.

Em resumo, o controle da condenação deve ser efetuado enquanto o feito ainda não se encerrou definitivamente.

4.1.1.3 Órgão competente para efetuar o controle

Finalmente, em relação ao *órgão competente para apreciação do recurso*, a ideia de superioridade não se confunde com a hierarquia. Dessa forma, o reexame deverá ser efetuado

⁵⁰⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 121. No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2/7/2004, § 158; caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentença de 17/11/2009, § 88; caso Vélez Lóor vs. Panamá, sentença de 23/11/2010, § 179; caso Mohamed vs. Argentina, sentença de 23/11/2012, §§ 98-99; caso Mendoza e outros vs. Argentina, sentença de 14/5/2013; caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentença de 301/2014, § 85; caso Zegarra Marín vs. Perú, sentença de 15/2/2017, § 171; caso Amrhein e outros vs. Costa Rica, sentença de 25/4/2018, § 256. No âmbito do Comitê de Direitos Humanos da ONU: Comentário-Geral n. 32/2007, § 50; Comunicação n. 1110/2002, caso Bandajevsky vs. Bielorrússia, § 10.13; Comunicação n. 836/1998, caso Gelazauskas vs. Lituânia, § 7.2.

⁵⁰⁷ “O ajuizamento da revisão criminal não tem efeito suspensivo, ou seja, não suspende a execução da sentença condenatória. Embora o Código não o diga expressamente, a negação de efeito suspensivo à revisão criminal decorre da necessidade de salvaguardar o instituto da coisa julgada, que só cederá quando o pedido revisional for julgado procedente. [...] [...] em determinadas hipóteses, a seriedade dos argumentos trazidos pelo réu, e até mesmo um começo de prova, poderão ser, num juízo sumário e provisório, tão convincentes que afetem substancialmente a certeza do direito estabelecida pela coisa julgada. Para esses casos, outros ordenamentos prevêem a suspensão da sentença condenatória [...]. No ordenamento brasileiro, como visto, a lei processual penal nada prescreve. No entanto, podem-se aplicar, analogicamente, em favor do réu, os dispositivos do Código de Processo Civil que prevêem o poder geral de cautela (art. 798 [do CPC/1973]) e agora, mais do que nunca, o dispositivo que regula a antecipação dos efeitos da tutela [...]” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 258).

por um “órgão superior”, sendo desnecessário que esteja hierarquicamente posicionado acima do órgão que prolatou a sentença na estrutura do Poder Judiciário. Com efeito, “[...] a superioridade do julgador recursal se dá em natureza funcional e não orgânica/administrativa, visto que necessariamente deve possuir poderes amplos para revisar e, eventualmente, reformar a decisão impugnada”⁵⁰⁸. Assim, a expressão “órgão superior” deve ser compreendida em seu sentido processual, ou seja, é imprescindível que o reexame se dê por um órgão distinto daquele que emitiu a condenação, “[...] permitindo-se o estabelecimento de uma organização jurisdicional horizontal (mesma hierarquia orgânica) com competência revisional entre si”⁵⁰⁹, sendo sempre necessário “[...] que o recurso seja decidido por julgadores distintos daqueles que emitiram a condenação, especialmente em razão da proteção da sua imparcialidade”⁵¹⁰.

O que se exige, portanto, é que o “órgão superior”, necessariamente de composição distinta do que proferiu a condenação, ainda que não seja hierarquicamente superior a ele, possua competência para reexaminá-la em todos os seus aspectos, sendo que o reexame deverá ser efetuado ao menos uma vez, independentemente da instância em que for proferida a condenação pela primeira vez⁵¹¹. Ou seja: a prolação de uma decisão de condenação é o marco de ativação do duplo grau de jurisdição em favor do imputado no processo penal, pouco importando a instância em que for proferida.

4.2 Extensão do controle: as decisões passíveis de questionamento

Fixada a premissa de que a garantia do duplo grau de jurisdição exige que seja disponibilizado ao imputado um remédio jurídico capaz de lhe proporcionar um amplo reexame de todas as questões fáticas e jurídicas em que se assentou a decisão, impõe-se,

⁵⁰⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 117.

⁵⁰⁹ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 143.

⁵¹⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 120.

⁵¹¹ No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentença de 17/11/2009, § 90; caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentença de 30/1/ 2014, § 105.

ainda com o escopo de melhor compreender o seu conteúdo essencial, delimitar as decisões que podem ser objeto de questionamento pelo imputado.

Inicialmente, esclareça-se que é possível, “[...] para o processo penal vigente, *de lege lata*, uma classificação das decisões que leve em conta dois critérios fundamentais: a) o de encerrarem ou não o processo; b) encerrando o processo, de fazê-lo ou não com julgamento do mérito”⁵¹². A sentença é, pois, o ato decisório por meio do qual o julgador encerra o procedimento, com ou sem resolução de mérito (CPC/1973, art. 162, § 1º; CPC/2015, art. 203, § 1º). As sentenças, assim, em um primeira abordagem, podem ser *terminativas*, quando se limitam a extinguir o procedimento, sem apreciação do mérito, ou *definitivas*, quando não só extinguem o procedimento como também resolvem o mérito, ou seja, decidem pela absolvição ou condenação (sentença definitiva em sentido estrito). Todavia, é possível que o magistrado encerre o procedimento e decida sobre o mérito, mas não condene ou não absolva o imputado, decidindo apenas sobre a extinção de sua punibilidade e, assim, declarando o extinto o poder punitivo do Estado; neste caso, estar-se-á diante de uma sentença definitiva em sentido lato⁵¹³. Por outro lado, as decisões interlocutórias são os atos decisórios que, por exclusão, não encerram o procedimento.

Os termos legislativos em que consagrada a garantia em questão podem conduzir o intérprete a equívocos no que se refere à delimitação dos atos decisórios passíveis de questionamento pelo imputado. É que, de acordo com os termos das normas internacionais que a consagram (CADH, art. 8.2.h; PIDCP, art. 14.5), a garantia do duplo grau de jurisdição se refere apenas às sentenças. Nota-se, assim, que, em princípio, nada impediria que o direito positivo nacional estabelecesse a irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo penal, o que permitirá que a matéria seja arguida como preliminar no recurso de apelação, não estando sujeita à preclusão, sem prejuízo de que a questão possa ser veiculada por meio

⁵¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 51-52.

⁵¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 546.

de alguma ação autônoma de impugnação⁵¹⁴. A opção pela irrecorribilidade das decisões interlocutórias não seria, portanto, afrontosa às normas convencionais retrocitadas⁵¹⁵, embora possa ser questionada sob a ótica do art. 5º, LV, da Constituição Federal – recurso como um elemento integrante da ampla defesa e sem qualquer conexão com a impugnação da sentença – e, ainda, à luz do art. 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, caso a decisão interlocutória tenha por conteúdo a imposição de medida cautelar restritiva da liberdade, como já pontuado anteriormente⁵¹⁶.

Isso posto, em uma primeira abordagem, resulta nítido que, por se tratar de uma garantia de titularidade do imputado, o cabimento do recurso estaria atrelado às sentenças condenatórias, isto é, decisões que encerram o procedimento e consideram procedente a pretensão acusatória (sentenças definitivas em sentido estrito). Há decisões, entretanto, que, embora sem veicularem, em termos estritos, uma “condenação”, também podem ensejar o reconhecimento de responsabilidade penal e gerar consequências aflitivas. Por isso, a extensão da garantia em tela não pode ser feita a partir de uma interpretação meramente literal do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

É preciso, portanto, analisar a decisão sob o prisma de suas consequências para esfera individual do imputado e, então, perquirir acerca de seu interesse recursal, isto é, um juízo seletivo-valorativo guiado por critérios de utilidade e de necessidade da melhora de sua esfera jurídica *após* a prolação da decisão passível de impugnação⁵¹⁷. Não se pode permitir, assim, que decisões que, embora sem veicularem expressamente uma condenação, mas que

⁵¹⁴ “As decisões interlocutórias simples, na tendência do moderno direito processual, deveriam ser irrecorríveis. E, no processo penal, em regra o são, com as exceções do art. 581 (recurso em sentido estrito) ou das expressamente previstas em lei especiais. Quando irrecorríveis, as interlocutórias poderão ter seu conteúdo reexaminado por ocasião da apelação, em matéria preliminar, uma vez que não serão alcançadas pela preclusão. Ademais, poderão ser impugnadas pelas ações autônomas, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança contra ato jurisdicional, para o réu, e este último, para a acusação (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 53).

⁵¹⁵ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

⁵¹⁶ Cf. o Tópico 2.3 – “Os fundamentos legislativos e a primazia da norma mais favorável”.

⁵¹⁷ Conceito de interesse recursal formulado com amparo em: MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 399: “No âmbito processual penal, o interesse em recorrer é o juízo seletivo-valorativo norteado por critérios de utilidade e de necessidade de melhora da esfera jurídica do recorrente após a prolação de decisão jurisdicional impugnável”.

constituam exercício do poder punitivo, escapem ao controle proporcionado pela garantia em tela.

Tal leitura se impõe não apenas com fundamento no interesse recursal, mas também com amparo na *concepção agnóstica de pena*, formulada pelo Nilo Batista e Eugenio Zaffaroni. A esse propósito, frise-se que é o desconhecimento de limites pelo poder punitivo que leva os autores a formatarem essa teoria, defendendo uma *definição ampla e negativa de pena*: ampla, de modo a abranger todas as manifestações do poder punitivo, sejam exercidas no processo penal ou fora dele e, com isso, ampliando o campo (garantidor) de incidência do direito penal; negativa, porque não concede qualquer função positiva à pena e, ainda, porque a conceitua por exclusão. De acordo com essa visão, o direito penal não se confunde com o poder punitivo. Este, tal como a guerra, é um fenômeno que carece de explicação racional, apresentando-se como um resquício do Estado de Polícia no Estado de Direito. Por conseguinte, não se pode pretender legitimá-lo. Sendo assim, ao direito penal cabe a contenção do poder punitivo. Para tanto, deve-se partir de uma noção ampla de pena, que englobe todas as manifestações do poder punitivo e, então, “[...] a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”⁵¹⁸.

Fixadas essas premissas e, ainda, imbuídos do escopo de melhor delimitar o conteúdo essencial da garantia do duplo grau de jurisdição, passemos à análise das decisões que podem ser objeto de questionamento por meio dela.

4.2.1 A sentença no processo infracional

De acordo com a sistemática prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é a pessoa com até 12 anos de idade incompletos, ao passo que adolescente é a pessoa com idade entre 12 e 18 anos de idade (ECA, art. 2º). Na hipótese da prática de um ato infracional, isto é, uma conduta equiparada a crime ou contravenção penal, à criança serão aplicadas as medidas de proteção estipuladas pelo art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabendo a atribuição para tanto ao Conselho Tutelar, nos termos do art. 136, I, do Estatuto. Por outro lado, ao adolescente, além de tais medidas, também poderão ser aplicadas as medidas socioeducativas (ECA, arts. 103 a 105), devendo ser instaurado o

⁵¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1, p. 99, *grifos originais*.

procedimento previsto pelos arts. 171 a 190 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, no caso do adolescente, a competência para aplicação das respectivas consequências é do Poder Judiciário (ECA, art. 148, I).

O fato é que no processo infracional não se pretende a “condenação”, seja porque o adolescente é penalmente inimputável (ECA, art. 104 c. c/ CP, art. 27), seja porque a função das medidas socioeducativas, diversamente da sanção penal (LEP, art. 1º, c. c/ CP, art. 59), não está atrelada à prevenção ou retribuição (Lei n. 12.594/2012, art. 1º, § 2º c. c/ art. 35), visto que o Direito da Criança e do Adolescente é formado pelo princípio do melhor interesse da criança (ECA, art. 100, parágrafo único, IV; CDC, art. 3.1)⁵¹⁹. No entanto, ainda que não se possa falar em “condenação” no processo infracional, não há dúvidas de que aos adolescentes infratores deve ser assegurada a garantia do duplo grau de jurisdição, eis que a apuração do ato infracional gera consequências aflictivas⁵²⁰, sendo incontestável, ademais,

⁵¹⁹ É preciso, no entanto, compreender o princípio do melhor interesse da criança de maneira adequada, sendo vedado ao intérprete utilizá-lo indiscriminadamente e em desconformidade com as garantias constitucionais asseguradas aos adolescentes e às crianças, sob pena de negar a própria doutrina da proteção integral. O princípio em tela, portanto, se for indevidamente aplicado, pode funcionar como um “cavalo de Tróia” da doutrina tutelar, paradigma de formatação das normas do Direito da Criança e do Adolescente já superado e que não enxergava estes como sujeitos de direitos, mas, sim como meros “objetos de proteção”. Essa é a advertência formulada por João Batista Costa Saraiva: “A leitura deste princípio, ante a condição de sujeito de direitos conquistada por crianças e adolescentes, só pode ser feita à luz das garantias constitucionais e processuais expressamente reconhecidas sob pena de se ressuscitar a velha doutrina travestida de nova. [...] o chamado princípio do superior interesse da criança acaba sendo operado no atual sistema como um verdadeiro Cavalo de Troia da doutrina tutelar. Tem servido para fundamentar decisões à margem dos direitos expressamente reconhecidos pela Convenção, adotados por adultos que sabem o que é melhor para a criança, desprezando a vontade do principal interessado” (SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 84-85). Para uma análise sobre o panorama histórico das normas do Direito da Criança e do Adolescente, sob o aspecto infracional, com a separação em três etapas (caráter penal indiferenciado, caráter tutelar e caráter penal juvenil), cf.: SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 21-97.

⁵²⁰ “Não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um sistema que pode ser definido como de Direito Penal Juvenil. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob os fundamentos do garantismo penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo” (SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 101-102). Ademais, é certo que “Este sistema, quer se goste, quer não se goste, tem um perfil prisional em certo aspecto, pois é inegável que do ponto de vista objetivo, a privação de liberdade decorrente do internamento faz-se tão ou mais aflictiva que a pena de prisão do sistema penal” (SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 103).

que essas consequências não se restringem à esfera infracional, alcançando o âmbito penal e habilitando as autoridades ao exercício do poder punitivo⁵²¹.

Partindo dessa lógica, a doutrina especializada ensina que “[...] que todas as garantias processuais a que fazem jus os adultos devem ser estendidas aos adolescentes, não havendo motivo para diferenciação”⁵²². Não por outro motivo, o art. 35, I, da Lei n. 12.594/2012 (Sinase), preceitua que não poderá o adolescente “[...] receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto”. Extrai-se a mesma diretriz das Regras de Beijing (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude), arts. 3.1⁵²³ e 9.1⁵²⁴, e do art. 54 das Diretrizes de Riad (Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil)⁵²⁵.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, a esse propósito, assegura ao adolescente infrator a possibilidade de “[...] se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com

⁵²¹ A título de exemplo, frise-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “A prática de ato infracional durante a adolescência pode servir de fundamento para a decretação de prisão preventiva, sendo indispensável para tanto que o juiz observe como critérios orientadores: a) a particular gravidade concreta do ato infracional, não bastando mencionar sua equivalência a crime abstratamente considerado grave; b) a distância temporal entre o ato infracional e o crime que deu origem ao processo (ou inquérito policial) no qual se deve decidir sobre a decretação da prisão preventiva; e c) a comprovação desse ato infracional anterior, de sorte a não pairar dúvidas sobre o reconhecimento judicial de sua ocorrência” (STJ, 3ª Seção, RHC 63.855-MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/5/2016, Informativo n. 585).

⁵²² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 342). No mesmo sentido: SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 107: “Há que existir a percepção que o Estatuto [da Criança e do Adolescente] impõe sanções aos adolescentes autores de ato infracional e que a aplicação destas sanções, aptas a interferir, limitar e até suprimir temporariamente a liberdade dos jovens, há que se dar dentro do devido processo legal [...]”. Cf., ainda: DUCLERC, Elmir. *Por uma teoria do processo penal*. Empório do Direito: Florianópolis, 2015, p. 23.

⁵²³ “As disposições pertinentes das regras não só se aplicarão aos jovens infratores, mas também àqueles que possam ser processados por realizar qualquer ato concreto que não seria punível se fosse praticado por adultos.”

⁵²⁴ “Nenhuma disposição das presentes regras poderá ser interpretada no sentido de excluir os jovens do âmbito da aplicação das Regras Mínimas Uniformes para o Tratamento dos Prisioneiros, aprovadas pelas Nações Unidas, e de outros instrumentos e normas relativos ao cuidado e à proteção dos jovens reconhecidos pela comunidade internacional.”

⁵²⁵ “Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem.”

a lei” (CIDC, art. 40.2.b, V). E, por sua vez, o art. 7.1 das Regras de Beijing é expresso ao assegurar ao adolescente “[...] o direito de apelação ante uma autoridade superior”⁵²⁶.

Não há motivos, portanto, para um tratamento dissonante entre adultos e adolescentes nos casos em que a pretensão acusatória seja julgada procedente. Nesse ponto, todavia, o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta grave equívoco, pois, ao abordar os recursos, remete à disciplina do Código de Processo Civil (ECA, art. 198). Esse equívoco gera enorme distorção no que se refere ao direito de apelar em liberdade do adolescente. Sobre o ponto, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, se o magistrado, no curso do processo infracional, decretar a internação provisória e, ao final, reconhecer a responsabilização do adolescente, eventual apelação deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo, porquanto estará confirmando a tutela anteriormente antecipada, hipótese em que a apelação não possui efeito suspensivo, segundo a legislação processual civil (CPC, art. 1.012, § 1º, V)⁵²⁷.

Ora, aproximando-se o processo infracional muito mais da lógica que informa o processo penal, a disciplina supletiva do sistema recursal deveria ser feita com fundamento no Código de Processo Penal. Portanto, a decisão sobre a manutenção da medida de internação provisória deveria ser feita com fundamento no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, aplicável por analogia, cabendo ao julgador explicitar a necessidade de sua manutenção.

Isso posto, na hipótese de reconhecimento da responsabilidade do adolescente pela prática de ato infracional, a ele deverá ser assegurado a garantia do duplo grau de jurisdição, podendo recorrer da sentença que reconheça sua responsabilidade, sendo que o recurso

⁵²⁶ Sobre a garantia do duplo grau de jurisdição no processo infracional no âmbito da jurisprudência internacional de direitos humanos, remete-se ao caso *Medonza e outros vs. Argentina* (sentença de 14/5/2013, §§ 237-261), já abordado nesta dissertação (Tópico 3.4.2.8 – “O caso *Mendoza e outros vs. Argentina*”). Ademais, interpretando o art. 40.2.b, V, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o Comitê para os Direitos da Criança, em seu Comentário-Geral n. 10/2007, esclareceu que: “A criança tem o direito de apelar contra a decisão que a declara culpada das acusações contra ela formuladas e das medidas que lhe forem impostas. A competência para apreciação da apelação é de uma autoridade ou órgão judicial superior, independente e imparcial; em outras palavras, um órgão que satisfaça as mesmas exigências do que conheceu o caso em primeira instância. Essa garantia é análoga à do art. 14.5 do Pacto [Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos]. O direito de apelação não se limita aos delitos mais graves” (tradução livre: “El niño tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad o órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia. Esta garantía es análoga a la formulada en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El derecho de apelación no se limita a los delitos más graves”).

⁵²⁷ Cf.: ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 495-496. Em âmbito jurisprudencial, cf.: STJ, 5ª Turma, HC 219.263/PA, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 22/11/2011.

deverá revestir-se das mesmas características que um recurso interposto por um adulto na hipótese de condenação pela prática de um crime ou contravenção penal.

4.2.2 As sentenças absolutórias

Interpretando literalmente o disposto no art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em princípio, não seria possível a impugnação da sentença absolutória pelo acusado, tendo em vista que o dispositivo é expresso em atrelar o cabimento do recurso à prolação de uma sentença de condenação. De outro lado, o mesmo problema não se verifica no que tange aos preceitos do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, e do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que consagram a garantia de recurso sem fazer referência à sentença de condenação.

A sentença absolutória, no processo penal, pode assumir duas feições: absolutória imprópria, quando aplica a medida de segurança, e absolutória própria, quando se limita a rejeitar a pretensão punitiva.

Ainda que as sentenças absolutórias não veiculem uma condenação, não se deve excluir *ipso facto* a possibilidade de questioná-las por meio do recurso. Isso porque, a depender do seu conteúdo, o imputado poderá ter o interesse em impugná-las, sendo igualmente correto que poderão veicular consequências afluídas. É necessário, assim, examinar as possibilidades de questionamento, por meio do recurso, de tais sentenças.

Para uma melhor análise desta questão, impõe-se examinar separadamente as sentenças absolutórias próprias e impróprias.

4.2.2.1 As sentenças absolutórias em sentido próprio

As hipóteses de sentença de absolvição encontram-se disciplinadas pelo art. 386 do Código de Processo Penal. *In casu*, não se pode afastar, de plano, o interesse recursal do indivíduo absolvido para questionar os fundamentos de sua absolvição, tendo em vista que, a depender dos motivos declinados na sentença absolutória, restarão afastadas as

consequências extrapenais, conforme se infere do disposto nos arts. 65 a 68 do Código de Processo Penal, assim como das normas previstas pelos arts. 188 e 935 do Código Civil⁵²⁸.

É que, como sabido, embora a responsabilidade penal torne certa a obrigação de indenizar o dano causado pela prática do crime (CP, art. 91, I), por outro lado, o não reconhecimento da responsabilidade penal do autor de um crime não impede, por si só, que ele seja demandado na esfera civil para fins de reparação dos danos. Isso porque há uma relativa independência entre as duas esferas. Tanto que o art. 935 do Código Civil estipula que “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

A mesma conclusão pode, ainda, ser extraída do disposto nos arts. 65 e 67, ambos do Código de Processo Penal. Com efeito, o art. 65 do Código de Processo Penal, ao dispor que “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”, afasta a responsabilidade civil do imputado, tendo em vista que com o reconhecimento de uma excludente de ilicitude não há que se falar em ato ilícito para fins de reparação, eis que, como esclarece Paulo Queiroz, “[...] diversamente dos conceitos de tipicidade e culpabilidade, que são conceitos propriamente *jurídico-penais*, a ilicitude é um conceito *jurídico* e, por isso, válido para todo o direito, e não só para o direito penal”⁵²⁹. Ademais, de acordo com o art. 66 do Código de Processo Penal, “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”, o que significa dizer que, nos casos em que a absolvição tenha derivado da aplicação da regra do *in dubio pro reo* (CPP, art. 386, VII), o suposto autor do crime ainda poderá ser demandado. E, finalmente, nos termos do art. 67 do Código de Processo Penal, “Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a

⁵²⁸ A doutrina, a propósito, é pacífica nesse sentido: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 51-52; MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 364; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 83.

⁵²⁹ QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal: parte geral*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 1, p. 341, *grifos do autor*.

decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime”.

Dessa forma, é fácil concluir que o desfecho do processo criminal pode, em princípio, servir como uma questão prejudicial à ação de responsabilização civil, podendo ensejar apenas a suspensão do processo civil e, ainda assim, por prazo determinado. Como esclarece, a propósito, Sérgio Cavalieri Filho: “A ação indenizatória, em face do princípio da independência das instâncias civil e penal, pode ser ajuizada independentemente do ajuizamento da ação penal, ou mesmo no seu curso. Importa dizer que a vítima do ato ilícito não precisa aguardar a decisão no Crime para pleitear a reparação do dano”⁵³⁰. Por esse motivo, o Código de Processo Civil estabelece que “Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal” (CPC, art. 315, *caput*). Note-se, portanto, que a suspensão é uma mera faculdade, sendo certo que, na hipótese de propositura da ação penal, “[...] o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual [...]” (CPC, art. 315, § 2º) incumbirá “[...] ao juiz cível examinar incidentalmente a questão prévia” (CPC, art. 315, § 1º).

Percebe-se, em síntese, que há uma relativa independência entre as jurisdições penal e extrapenal, visto que apenas em determinadas situações a decisão proferida naquela sede impedirá a discussão da responsabilidade penal nesta seara⁵³¹. Logo, apesar de sua absolvição, o imputado ainda poderá ter interesse na impugnação da sentença, pois, como observa Maurício Zanoide de Moraes, *o interesse recursal do imputado não é ilimitado*, somente podendo utilizar o recurso “[...] de modo legítimo ‘se’ e ‘quando’ o provimento de seu recurso tiver, ao menos potencialmente, o condão de trazer um benefício prático (penal ou extrapenal) à sua esfera jurídica”⁵³².

⁵³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 554.

⁵³¹ Para Gustavo Badaró, no entanto, utilizar a sentença absolutória para impedir a reparação dos danos da vítima é uma afronta à garantia do contraditório: “Fazer com que a sentença absolutória atinja, de forma imutável, aquele que não foi parte no processo viola os limites subjetivos da coisa julgada. Por tudo isso, o art. 935, parte final, do CC e o art. 65 do CPP, quando estendem a coisa julgada da sentença penal absolutória em relação à vítima do delito, são incompatíveis com a garantia constitucional do contraditório. Em outras palavras, se a vítima do delito não participou do contraditório instituído no juízo penal, sendo-lhe impossível trazer seus argumentos, produzir suas provas e, em um última análise, influenciar no convencimento judicial, não poderá ficar vinculada ao resultado do processo penal” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 227).

⁵³² MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 366.

Nessa linha de raciocínio, para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, a absolvição não impede o recurso do acusado, eis que, a depender dos fundamentos pelos quais foi decretada, poderão ser afastadas as consequências extrapenais do injusto penal, devendo ser admitido o recurso quando sejam “[...] marcantes os efeitos negativos da decisão na vida do agente, como em sua atividade política ou em sua atuação profissional [...]”⁵³³.

Em reforço do interesse recursal do imputado para questionar o fundamento da sentença absolutória, rememore-se que o imputado possui o *direito à prova* no processo penal. Ada Pellegrini Grinover explica, a propósito, que o direito à prova é aspecto insuprimível das garantias da defesa e do contraditório⁵³⁴. Na mesma linha, ao discorrer sobre o direito à prova no processo penal, Antonio Magalhães Gomes Filho o entende como uma manifestação dos princípios ora analisados, sustentando que sua incidência deve ser verificada *antes* ou *fora do processo*, de modo não só a justificar a persecução, mas também a evitá-la e, assim, exsurge um verdadeiro *direito à investigação*, que deve ser conferido ao acusado⁵³⁵. Nesse contexto, ainda que se atribua o ônus de demonstrar a autenticidade da imputação ao órgão de acusação, a defesa, sem embargo, tem o direito de produzir provas, obtendo elementos que se contraponham às alegações efetuadas pela acusação. E isso porque a condenação depende de provas irrefutáveis, além de qualquer dúvida, mas uma só contraprova ou refutação é o suficiente para justificar o convencimento oposto do julgador⁵³⁶. Por isso é que a possibilidade de influenciar na formação do convencimento do magistrado deve ser efetiva, substancial, não bastando uma mera possibilidade⁵³⁷.

Inspirados por esse ideal, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ao consagrarem o contraditório, efetuam uma

⁵³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 107.

⁵³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 21.

⁵³⁵ GOMES FILHO, *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 86-87.

⁵³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad.: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 144: “Enquanto nenhuma prova ou confirmação é suficiente para justificar a livre convicção do juiz sobre a verdade da acusação, uma só contraprova ou refutação é suficiente para justificar o convencimento contrário”.

⁵³⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 57; GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 18).

decomposição da garantia, trazendo uma série de direitos que almejam tornar a participação processual do acusado efetiva, a exemplo da assistência por um intérprete, a nomeação de defensor ao réu indefeso, a participação na produção da prova oral etc. (CADH, art. 8º, § 2º, “a”, “b”, “c”, “d”, “e” e “f”; PIDCP, art. 14, § 3º, “a”, “b”, “d”, “e” e “f”)⁵³⁸.

*Dentro dessa linha de raciocínio, se não é incorreto afirmar que o ônus de provar a tese acusatória recai inteiramente sobre a acusação, por outro lado, não se pode negar ao imputado o direito de produzir os elementos de prova que julgue relevantes para a demonstração de sua tese defensiva. A sua atuação, in casu, assumiria a natureza de um ônus de prova imperfeito, porquanto o não desenvolvimento de qualquer atividade tendente a refutar a acusação não poderá gerar, só por só, a condenação, sendo certo que a absolvição independe da atuação probatória do réu*⁵³⁹.

Portanto, se o acusado (a) tem o direito à prova e (b) a depender dos fundamentos pelos quais foi absolvido poderá ser isentado de responsabilidade civil, por óbvio, haverá interesse em recorrer da sentença de absolvição, especialmente se ela se fundamentou na insuficiência probatória (CPP, art. 386, VII), porquanto, ao longo da instrução, pode ter produzido elementos de prova que apontem para inexistência do fato ou que demonstrem que não concorreu para a sua prática (CPP, art. 386, I e IV), situações que inviabilizariam, por completo, as consequências extrapenais.

⁵³⁸ Daí por que, em recente julgado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a ampla defesa, instrumentalização da garantia do contraditório, deve ser exercida por profissional do Direito, tornando legítima a conclusão no sentido de que a defesa técnica é imprescindível à efetividade do contraditório. Cf., a propósito: CtIDH, caso Arguelles e outros vs. Argentina, sentença de 20/11/2014, § 246: “Da mesma forma, o Tribunal considera que em todo processo a assistência deve ser exercida por um profissional do Direito, para poder satisfazer aos requisitos de uma defesa técnica, através da qual se assessor a pessoa submetida ao processo, *inter alia*, sobre a possibilidade de exercer recursos contra atos que afetem seus direitos. Impedi-la de contar com a assistência de seu advogado significa limitar o direito à defesa, o que ocasiona desequilíbrio processual e deixa o indivíduo sem tutela frente ao exercício do poder punitivo” (tradução livre: “De la misma forma, el Tribunal estima que en todo proceso la asistencia debe ser ejercida por un profesional del Derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, *inter alia*, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor significa limitar el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”).

⁵³⁹ “Especificamente no campo instrutório, a atividade probatória do acusado pode ser realizada como consequência da imposição do *onus probandi*. Certamente, tratar-se-ia de um ônus imperfeito ou impróprio, visto que a produção da prova pelo acusado não seria condição necessária e inafastável para a obtenção da vantagem consistente na absolvição” (BADARÓ, Gustavo. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 233). Daí por que é inaceitável sustentar a inversão do ônus da prova em processo penal, tal como admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em caso envolvendo a apreensão da coisa furtada na posse do réu (Apelação 0000191-81.2011.8.26.0609, TJ-SP, 3ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, julgado em 19/4/2016).

Assim, a despeito da absolvição, não há como negar ao imputado o direito de recorrer dessa sentença para que prevaleça uma hipótese absolutória que lhe seja mais favorável, de modo a afastar as consequências extrapenais do injusto penal.

4.2.2.2 A sentença absolutória imprópria

Da mesma forma, não podem estar imunes ao controle realizado pela superior instância as sentenças “absolutórias impróprias”⁵⁴⁰, ou seja, as sentenças que apliquem medidas de segurança (CPP, art. 386, parágrafo único, III).

Como sabido, a medida de segurança é a consequência penal reservada para o agente inimputável que seja responsabilizado pela prática de um crime, dividindo-se em (a) internação e (b) tratamento ambulatorial (CP, art. 96), devendo a disciplina do Código Penal complementada pela Lei n. 10.216/2001⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43. No mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 82.

⁵⁴¹ Nesse sentido: QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal: parte geral*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 1, p. 527-528. Sobre o ponto, registre-se que a Lei n. 10.216/2001 dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. De acordo com a referida lei, “A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos” (Lei n. 10.216/2001, art. 6º). Ademais, existem três tipos de internação psiquiátrica, a saber: a) *internação voluntária*, em que há o consentimento do paciente; b) *internação involuntária*, feita por terceiro e sem o consentimento do paciente; e c) *internação compulsória*, que é a determinada pelo Poder Judiciário (Lei n. 10.216/2001, art. 6º, parágrafo único), devendo ser estipulada “[...], de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários” (Lei n. 10.216/2001, art. 9º). A medida de segurança é, pois, modalidade de interação compulsória, eis que determinada pelo juiz penal em decorrência da prática de um fato criminoso por um indivíduo inimputável. Nesse ponto, impõe-se frisar que a Lei n. 10.216/2001 revogou o Código Penal na parte em que associa o tipo de medida de segurança ao preceito secundário do delito, reservando o tratamento ambulatorial aos crimes apenados com detenção e, para os demais, a internação hospitalar em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à sua falta, estabelecimento similar (arts. 96 e 97). Isso porque o tratamento deve ser prescrito por médico, cabendo a ele avaliar a eficácia do tratamento para o paciente e sempre tendo em mente que a internação “[...] só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” e “O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio” (Lei n. 10.216/2001, art. 4º, *caput* e § 1º). A eficácia do tratamento, portanto, não está atrelada ao preceito secundário do crime praticado pelo agente, mas às suas condições pessoais. Nesse sentido, conforme noticiado em seu Informativo n. 662, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “Na aplicação do art. 97 do Código Penal não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável” (STJ, Terceira Seção, EResp 998.128-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/11/2019). Em âmbito doutrinário, criticando a disciplina do Código Penal sobre as medidas de segurança, Paulo Queiroz aduz que “[...] a medida prioriza a gravidade e o resultado do crime em detrimento dos distúrbios mentais diagnosticados pelos peritos, sendo que a modalidade de terapia decorre mais do desvalor do resultado do que do grau de perigosidade do agente, o que é um contrassenso” (QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal: parte geral*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 1, p. 534).

Partindo do conceito agnóstico de pena, proposto Eugenio Raul Zaffaroni e Nilo Batista, tem-se que, a despeito do tratamento dado pelo direito positivo, inexistem diferenças ontológicas entre pena e medida de segurança, até porque é incontestável que ambas “[...] perseguem os mesmos fins e reclamam o concurso de idênticos pressupostos de punibilidade: fato típico, ilícito e culpável,” com a exceção apenas da imputabilidade, de forma que a diferença de tratamento atende a um “[...] critério de pura conveniência político-criminal ou de adequação,”⁵⁴² sujeitando os imputáveis à pena e os inimputáveis, à medida de segurança, razão pela qual todas as garantias processuais asseguradas ao imputável devem ser estendidas ao inimputável.

Por esse motivo, Paulo Queiroz defende que as sentenças absolutórias impróprias possuem um “[...] caráter misto: a um tempo condenatório e absolutório. A sentença é absolutória porque não impõe a aplicação de pena em sentido estrito (formal), mas medida de segurança (internação ou tratamento), além de ser assim tratada legalmente (CPP, art. 386, V, e parágrafo único, III), não gerando reincidência etc.; e é condenatória por exigir todos os pressupostos penais da condenação (crime punível)”⁵⁴³.

Sendo assim, não há motivo para excluir do alcance da garantia do duplo grau de jurisdição as sentenças absolutórias impróprias, podendo o imputado não só questionar os elementos de prova que resultaram na aplicação da medida de segurança, a interpretação do direito ou, ainda, a incorreção do tratamento que lhe foi determinado.

4.2.3 A sentença declaratória de extinção da punibilidade em razão do advento da prescrição

Ademais, discute-se se o imputado que teve declarada a sua punibilidade extinta, em razão do advento da prescrição (CP, art. 107, IV), poderia impugnar a sentença para que fosse reformada e em seu lugar fosse prolatada uma decisão de absolvição. Isso porque é certo que o reconhecimento da prescrição, por si só, não afasta as consequências extrapenais que sejam prejudiciais ao imputado, visto que tal decisão não impedirá o ajuizamento da ação de reparação de danos (CPP, art. 67). Assim, é nítido que o imputado terá interesse em

⁵⁴² QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal: parte geral*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 1, p. 532.

⁵⁴³ QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal: parte geral*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 1, p. 533-534.

questionar a decisão declaratória de extinção da punibilidade, tendo em vista que, a depender do teor do provimento penal, poderão ser afastadas as consequências de ordem extrapenal.

Apesar disso, para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, o recurso do imputado, nesse caso, não deve ser admitido. É que ao negar provimento ao recurso, o órgão julgador *ad quem* estará, ainda que de modo implícito, afirmando que os elementos de prova eram suficientes para a prolação de uma sentença de condenação, o que ensejará um “julgamento social” mais desfavorável ao recorrente e, por isso, concluem que “[...] enquanto inexistir no sistema brasileiro um tratamento apropriado para o assunto, melhor não admitir o recurso, evitando-se que, em vez de favorável, possa ser prejudicial ao acusado”⁵⁴⁴.

Em sentido oposto, para Gustavo Badaró, a extinção da punibilidade em razão do advento da prescrição não prejudica o interesse recursal na impugnação da decisão. É que “O acusado tem o direito de buscar um pronunciamento de mérito sobre sua inocência, ainda que já tenha sido extinta a punibilidade”, pois “Escolher entre declarar extinta a punibilidade ou absolver o acusado, quando ambas as fórmulas são cabíveis no caso concreto, não é uma mera questão de política legislativa [...]”, mas “[...] uma decorrência direta da garantia da presunção de inocência, que impõe sempre a adoção da solução mais favorável ao acusado, entre as possíveis soluções cabíveis em um caso concreto” e, assim, conclui o autor que “[...] negar a existência de interesse recursal em tal caso é deixar de reconhecer toda a potencialidade de tal garantia [a presunção de inocência], violando o disposto no art. 5º, *caput*, LVII, da Constituição e o art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”⁵⁴⁵.

Por sua vez, Maurício Zanoide de Moraes sustenta que é preciso analisar a espécie de prescrição em que se baseou a declaração de extinção da punibilidade. Com isso, no caso de prescrição da pretensão executória, o acusado sempre carecerá de interesse recursal, porquanto essa espécie pressupõe o trânsito em julgado da decisão condenatória (CP, art. 110), de modo que terá cessado “[...] qualquer indagação quanto a eventual interesse

⁵⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 107.

⁵⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135. Endossando esse raciocínio, cf.: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 84.

impugnativo do acusado”⁵⁴⁶. É que, nesse caso, a condenação já foi proferida e se mantém hígida, pois, como explica Rogério Greco, “[...] se a prescrição disser respeito à pretensão executória, o Estado, em razão do decurso do tempo, somente terá perdido o direito de executar a decisão”⁵⁴⁷.

De outro lado, nos casos da prescrição da pretensão punitiva, em que “[...] o Estado perde a possibilidade de formar o seu título executivo de natureza judicial”⁵⁴⁸, impõe-se verificar se houve alguma declaração jurisdicional acerca do evento naturalístico, de suas circunstâncias e consequências ou, ainda, quanto ao seu autor e sua culpabilidade. Isso porque a prescrição da pretensão punitiva pode ser calculada não apenas com base na pena máxima cominada em abstrato (CP, art. 109, *caput*), mas também com fundamento na pena aplicada concretamente pela sentença (CP, art. 110, § 1º). Assim, “[...] não havendo declaração judicial no sentido do acerto do crime e seu agente, não há prejuízo ao sujeito até então perseguido”⁵⁴⁹, não se verificando, pois, interesse recursal em tais situações, conforme explica Mauricio Zanoide de Moraes.

Partindo dessa linha de raciocínio, impõe-se concluir pela existência de interesse recursal nas hipóteses de prescrição da pretensão acusatória fundamentada na pena em concreto – prescrição retroativa e intercorrente (CP, art. 110, § 1º) –, visto que nesses casos houve a prolação de uma sentença condenatória em que o magistrado reconheceu a autoria e a materialidade de um determinado fato penal e, então, o condenado terá interesse não para questionar a existência ou não da prescrição, senão para discutir a condenação que serviu de pressuposto para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva da pena em concreto⁵⁵⁰. Nas demais hipóteses de prescrição – prescrição da pretensão punitiva ordinária e prescrição da pretensão acusatória –, por outro lado, o imputado carecerá de interesse recursal. Isso porque a declaração de extinção da punibilidade decorrente do advento da prescrição da pretensão punitiva calculada com base na pena em abstrato é decisão que não faz qualquer juízo sobre a participação ou envolvimento do imputado no fato apurado, tanto

⁵⁴⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 368-369.

⁵⁴⁷ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 734-735.

⁵⁴⁸ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 734.

⁵⁴⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 372.

⁵⁵⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 373.

que calculada com base na pena máxima em abstrato. Da mesma forma, no caso de prescrição da pretensão executória, por se exigir o trânsito em julgado para o seu cálculo, apresenta-se como lógica a conclusão de que não há interesse recursal do imputado, uma vez que a definição acerca de sua culpa sobre o fato já restou definitivamente resolvida diante do esgotamento dos meios recursais. Aqui, caso pretenda questionar a condenação, deverá fazê-lo por meio da revisão criminal (CPP, art. 621).

4.2.4 *Infrações penais de menor gravidade*

Como visto oportunamente, a o art. 2.2 do Protocolo n. 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, estabelece que o duplo grau de jurisdição poderá ser objeto de exceção nos casos de “[...] infracções menores, definidas nos termos da lei [...]”, já tendo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se pronunciado no sentido de que um dos critérios para delimitar a gravidade das infracções é a cominação de penas privativas de liberdade. Dessa forma, se a legislação sanciona a conduta delituosa com essa espécie de pena, não pode o Estado-membro dispensar a observância da referida garantia, não se qualificando, pois, como “infração menor” o tipo penal cujo preceito secundário comine pena privativa de liberdade⁵⁵¹.

A opção da Convenção Europeia de Direitos Humanos mostra-se sujeita a críticas. O direito penal já é informado pela subsidiariedade e pela fragmentariedade, somente tipificando as lesões aos bens jurídicos mais relevantes diante da insuficiência de outros mecanismos de controle social. Sendo assim, é impositivo concluir que se houve a tipificação de determinada conduta, o ordenamento já a considerou suficientemente grave, independentemente da pena fixada em seu preceito secundário, o que já é o bastante para a incidência de uma série de garantias que pretendem equilibrar a relação entre a acusação e o imputado. Sem embargo, é certo que, a depender da gravidade da infração penal e de outros fatores, tais como a complexidade do fato a ser apurado e outras particularidades que o envolvam, o legislador poderá adaptar o procedimento, *flexibilizando o grau de incidência*

⁵⁵¹ TED, caso *Zaicev vs. Letônia*, sentença de 31/7/2007, § 55; caso *Gurepka vs. Ucrânia*, sentença de 8/4/2010, § 33; caso *Kamburov vs. Bulgária*, sentença de 23/4/2009, §§ 22-27. Para uma análise da garantia do duplo grau de jurisdição no sistema europeu, cf. o Item 3.2.1 – “A garantia do duplo grau de jurisdição e sua interpretação pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos”.

*dos direitos e garantias processuais, mas jamais se poderá admitir a sua integral dispensa*⁵⁵².

Não há similar previsão no sistema americano de proteção aos direitos humanos e tampouco no sistema onusiano. Já a Constituição Federal assegura a garantia de recurso nas hipóteses de infrações penais de menor potencial ofensivo, isto é, “[...] as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa” (Lei n. 9.099/95, art. 60, parágrafo único). Conforme preceitua o art. 98, I, da Constituição Federal, no rito dos juizados especiais, o julgamento do recurso poderá ser efetuado por turmas compostas por juízes de primeiro grau, consagrando nitidamente o direito ao reexame das sentenças de condenação no rito dos juizados especiais criminais. Com efeito, ao assim dispor, a Constituição Federal determina que os juizados especiais devem ser organizados em duas instâncias e assegura, ainda que de maneira indireta, a possibilidade de questionamento da decisão proferida pela primeira instância.

Isso posto, não obstante a legislação estipule um procedimento específico para as infrações penais de menor potencial ofensivo, esse procedimento não pode representar um decréscimo de garantias processuais, tanto que as regras do procedimento ordinário não são integralmente afastadas (CPP, art. 394, § 2º, c. c/ Lei n. 9.099/95, art. 92). Portanto, sob o pretexto de que está lidando com uma infração de menor gravidade, não pode o legislador dispensar a observância das regras do devido processo penal. Aliás, nem mesmo delitos de extrema gravidade podem ensejar a formação de um procedimento que não corresponda às exigências do *due process of law*. Nesse contexto, embora seja possível instituir um sistema diferenciado para a persecução penal da criminalidade organizada, ainda assim a aferição da

⁵⁵² Acerca dos critérios de adaptação procedimental, como explica Antonio Scarance Fernandes, “Em relação aos processos criminais, são, em regra, utilizados e apontados como parâmetros para a criação de procedimentos adequados, *aderentes à realidade social*, os seguintes: a gravidade da infração penal; a complexidade do fato a ser apurado; e particularidades relacionadas com o tipo de crime” [...]. Em síntese, a necessidade de simplificação manifesta-se na atualidade como necessidade de serem produzidos procedimentos adequados à realidade concreta e às exigências do direito material. Não basta a aceleração do tempo do rito ordinário, com o encurtamento de prazos e a compressão das fases processuais, o que sempre existiu nos procedimentos sumários. A solução, agora, é buscada na previsão em abstrato de uma série de mecanismos alternativos em relação ao rito ordinário, ficando este reservado aos crimes mais graves e aos mais complexos” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 55-56, *grifos do original*).

legitimidade dos mecanismos excepcionais deve ser feita à luz do devido processo legal⁵⁵³. E é certo que, a despeito de se tratar de um crime de menor potencial ofensivo, a sua imputação, por si só, não é algo irrelevante, eis que poderá gerar uma série de consequências aflitivas (teoria agnóstica da pena), a exemplo da impossibilidade de o agente se beneficiar da transação penal, da suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/95, art. 76, § 2º e art. 89, *caput*) ou do acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A, § 2º, III), bem como a configuração da reincidência, em caso de condenação transitada em julgada e, na sequência, cometimento de um novo crime (CP, art. 63).

Perante o exposto, conclui-se que a garantia do duplo grau de jurisdição está assegurada no rito sumaríssimo, não devendo ser reproduzida no ordenamento brasileiro a possibilidade consagrada pelo sistema europeu de proteção dos direitos humanos, seja porque os tratados internacionais não repetem a previsão em questão, seja porque a Constituição Federal foi expressa em assegurar um mecanismo recursal para tal hipótese.

4.2.5 Reforma da sentença absolutória em recurso da acusação

Como visto oportunamente, o recurso acusatório, diferentemente do recurso defensivo, não encontra abrigo em norma de estatura superior no ordenamento, apresentando-se como uma opção de política legislativa do Estado, podendo, por isso, ser afastado em algumas hipóteses⁵⁵⁴. O fato é que, *estando acolhido o recurso acusatório pelo ordenamento, ao provê-lo, a instância ad quem estará impondo uma condenação ao cidadão pela primeira vez*, suscitando a indagação sobre a viabilidade ou não da interposição de um recurso pela defesa.

Como já visto, no sistema europeu de proteção aos direitos humanos, a hipótese é expressamente prevista. E, nesse caso, o art. 2 do Protocolo n. 7 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos excepciona a incidência do recurso defensivo, estabelecendo que poderão os Estados-parte afastá-lo “[...] quando o interessado tenha sido [...] declarado culpado e

⁵⁵³ Com efeito, apesar da extrema reprovabilidade dos fatos praticados pela criminalidade organizada e de sua ameaça para a paz social, a persecução penal que a envolva não pode ser feita sem o respeito às garantias mínimas do *due process of law*. Cf., a propósito: GIACOMOLLI, Nereu José. A garantia do devido processo legal e a criminalidade organizada. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 113-121., 2004; CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 25-36, jan./mar. 1994.

⁵⁵⁴ V. o Item 2.2.3 – “Paridade de armas e restrição ao recurso acusatório”.

condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição”⁵⁵⁵. A mesma situação não se repete, contudo, nos sistemas interamericano e onusiano.

Com efeito, conforme abordado no capítulo precedente, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, estabeleceu que o art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos é violado não apenas quando a decisão de primeira instância é definida como irrecorrível, mas também quando o órgão *ad quem* reforme uma sentença absolutória proferida pelo órgão *a quo* e contra aquela decisão não caiba recurso defensivo⁵⁵⁶.

No caso *Mohamed vs. Argentina*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, embora tenha salientado ser adepta do diálogo de jurisdições, rechaçou a pretensão do Estado de interpretar o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos à luz do art. 2.2 do Protocolo n. 7 da Convenção Europeia. Isso porque, segundo a Corte Interamericana, a Convenção Americana, diversamente do tratado europeu, não previu exceções à garantia do duplo grau de jurisdição⁵⁵⁷. Por conseguinte, a Corte Interamericana sustentou que tal garantia deve ser assegurada a todo indivíduo que sofra uma condenação, carecendo de sentido não a estender àquele que seja condenado em decorrência da reforma de uma sentença absolutória, eis que é mediante a reformulação do resultado que antes era favorável ao imputado que o Poder Judiciário manifesta-se pela primeira vez no processo penal sobre a procedência da imputação.

Isso posto, conclui-se que não há justificativa para excepcionar o duplo grau de jurisdição na hipótese ora ilustrada⁵⁵⁸. Como observa Rogério Schietti Cruz, “[...] muito

⁵⁵⁵ Cf. o Item 3.2.1 – “A garantia do duplo grau de jurisdição e sua interpretação pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”.

⁵⁵⁶ Item 3.4.1 – “A garantia do duplo grau de jurisdição e sua interpretação pelo Comitê de Direitos Humanos”.

⁵⁵⁷ CtIDH, caso *Mohamed vs. Argentina*, sentença de 23/11/2012, § 94.

⁵⁵⁸ Em sentido oposto, defendendo que na situação em tela mostra-se incabível o recurso da defesa: VILALONGA, José Manuel. Direito de recurso em processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 369, *grifos nossos*: “A consagração constitucional do direito de recorrer em processo penal como garantia de defesa confere ao arguido (ou antes, à defesa) o poder de impugnar por meio de recurso as decisões cujos efeitos se repercutam negativamente na respectiva esfera. Tal não significa, porém, que todas as decisões desfavoráveis sejam necessariamente recorribéis. Com efeito, *as decisões desfavoráveis proferidas na sequência da interposição de recurso não têm de ser recorribéis, mesmo nos casos em que o recurso é interposto pela acusação*. Nesta constelação de casos, não obstante o arguido só ser confrontado pela primeira vez no processo com a decisão desfavorável no momento em que a decisão do recurso é prolatada (porque é esta a única decisão desfavorável à defesa), a instância em que o processo se encontra é a instância de recurso, sendo nessa medida a instância competente para o recurso que poderia ser interposto se a decisão do tribunal *a quo* fosse desfavorável à defesa. Constituindo núcleo essencial do direito de recurso a possibilidade de a questão controvertida ser apreciada por uma instância superior à que proferiu a decisão, tal núcleo está salvaguardado mesmo quando essa instância superior é chamada a apreciar a questão por força de um recurso interposto pela acusação”.

embora a causa tenha percorrido duas instâncias, 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 acusação⁵⁵⁹. Por isso, o duplo grau de jurisdição, como uma garantia do imputado, deve resultar em um terceiro julgamento, quando o primeiro tenha resultado na absolvição e o segundo, em condenação⁵⁶⁰. E, mesmo se o provimento do apelo acusatório limitar-se ao aumento de pena, também deverá ser assegurado ao imputado o direito de recorrer, porquanto a hipótese “[...] caracteriza agravamento da situação do imputado, ou seja, um maior acolhimento da pretensão acusatória”⁵⁶¹.

No Brasil, caso o imputado seja absolvido em primeira instância, mas condenado pela instância superior em virtude do provimento do apelo acusatório, os únicos recursos que lhe restarão serão os recursos especial e extraordinário, ressalvada a hipótese de votação não unânime, em que caberão embargos infringentes nos limites da divergência (CPP, art. 609, parágrafo único), motivo pelo qual esse recurso se mostra incapaz de assegurar ao

⁵⁵⁹ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30. No mesmo sentido, D'ALBORA, Nicolas F. Casación positiva, doble instancia y la necesidad de una reforma: comentario al informe 173/2010 de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos. *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, n. 12, dez. 2011, p. 2107: “Nessa hipótese, o direito de recorrer nasce com a condenação proferida na cassação e de modo algum pode ser considerado abrangido pela possibilidade de contra-arrazoar o recurso, na forma dos arts. 466 e 468 do CPP, já que, embora se trate de uma obviedade, não existe ainda uma condenação: há apenas uma absolvição impugnada” (tradução livre: “En este supuesto, el derecho a recurrir nace con la condena dictada por la casación y de ninguna manera puede considerarse cubierto por la posibilidad de contradecir el recurso acusatorio que brindan los arts. 466 y 468, CPP, ya que, aunque resulta una obviedad, todavía no existe una condena: sólo hay una absolución impugnada”). Cf., ainda: NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 289-291.

⁵⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia. *Crimen y Castigo: cuaderno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho*, Buenos Aires, v. 1, n. 1, p. 39. No mesmo sentido: Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 210-211; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73; GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 297-298.

⁵⁶¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 98.

imputado um integral reexame da sentença de condenação, tal como exige o conteúdo essencial da garantia do duplo grau de jurisdição⁵⁶².

Ocorre que os recursos excepcionais se prestam apenas a debater a interpretação do direito positivo, não ensejando o reexame de matéria fática, fazendo com que não se apresentem como um mecanismo eficaz, isto é, capaz de reformar ou anular a sentença impugnada e evitar um prejuízo acusado. Assim, na hipótese ora analisada, a utilização dos recursos extraordinário e especial não preserva o núcleo essencial da garantia do duplo grau de jurisdição. Há uma inquestionável omissão do ordenamento processual. Se é certo que não se pode inferir do disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos a automática irrecorribilidade das decisões absolutórias, por outro lado, a consagração do recurso acusatório, mera opção de política legislativa, não pode prejudicar o exercício de uma garantia assegurada em sede normativa superior, sob pena de que a normativa inferior prevaleça sobre a normativa superior⁵⁶³.

É preciso, então, encontrar formas de viabilizar a incidência da garantia na situação ora analisada, seja apresentando propostas *de lege lata*, a partir da autoaplicabilidade da garantia, seja propondo soluções *de lege ferenda*.

⁵⁶² “O único recurso entre os existentes nos processos penais de competência originária de Tribunais que poderia realizar o reexame amplo são os embargos infringentes. Porém, embora realize reexame de fato e de direito, os embargos infringentes são limitados à decisão *não unânime* e o reexame se restringe a esse ponto da decisão em que houve a divergência, o que o torna um recurso não hábil para efetivar o duplo grau de jurisdição nos processos de competência originária” (NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 253, *grifos do original*).

⁵⁶³ Interessante registrar que, em recente decisão, o Ministro Celso de Mello, em sede de concessão de liminar, suspendeu a execução criminal imposta a paciente que havia sido absolvido em primeira instância, mas condenado em segunda instância, ao argumento de que deveria ter sido intimado pessoalmente do acórdão (CPP, art. 392, II), para que lhe fosse assegurado o direito de recorrer da condenação aos tribunais superiores. Após analisar a questão à luz do controle de convencionalidade, o Ministro afirmou que “[...]a não intimação pessoal do próprio acusado para efeito de interposição recursal (não obstante efetivada a cientificação da Defensoria Pública), com o consequente e lesivo trânsito em julgado do acórdão condenatório proferido pelo E. Tribunal de Justiça local, frustrando-se, desse modo, o acesso do réu, ora paciente, aos órgãos judiciários de superposição (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), põe em perspectiva a grave questão concernente a um direito fundamental que os pactos internacionais – como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8, n. 2, “h”) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 9, n. 4) – reconhecem àqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Poder Público” (STF, Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* n. 1.185.051, julgado em 21/7/2020, p. 16 da decisão). Trata-se de importante decisão, devendo ser elogiada pelo reconhecimento da força normativa das convenções internacionais que asseguram o duplo grau de jurisdição. Ainda assim, no entanto, a decisão é criticável, tendo em vista que deixa de utilizar a exegese dos respectivos órgãos de monitoramento, eis que admite que a impugnação do acórdão far-se-á mediante o uso dos recursos especial e extraordinário.

4.2.6 Condenação em ação de competência originária dos tribunais

Outra situação em que a garantia do duplo grau de jurisdição não é assegurada ao imputado se dá nas ações de competência originária dos tribunais⁵⁶⁴.

Para alguns autores, nessa situação a garantia seria afastada, tendo em vista que, diante da antinomia entre a Constituição Federal e os tratados de proteção aos direitos humano, deveria prevalecer aquela. É que tendo a Constituição silenciado “[...] acerca do cabimento dos recursos ordinários nos casos de competência originária dos Tribunais, não poderia o direito infraconstitucional instituí-los”⁵⁶⁵. Com efeito, parte-se do pressuposto que, tendo a Constituição Federal estabelecido a competência originária dos tribunais e silenciado acerca do recurso ordinário cabível, estaria afastada a possibilidade de reexame da condenação, sendo certo, ainda, que o “reexame” da matéria já estaria garantido, porquanto realizado o julgamento por um colegiado. Nesse sentido, Eugenio Pacelli de Oliveira sustenta que “[...] em uma ação de competência originária dos tribunais de segunda instância, por exemplo, não se poderá alegar violação ao duplo grau de jurisdição, pela inexistência de recurso ordinário cabível. O referido órgão colegiado, nessas situações, estará atuando diretamente sobre as questões de fato e direito, realizando, então, a instrução probatória e o

⁵⁶⁴ A propósito do foro por prerrogativa, rememore-se que não se trata de um privilégio pessoal, mas de uma decorrência do exercício de determinado cargo ou função. A sua essência é dúplice: garantia para o acusado, evitando que sofra perseguições ilegítimas, muitas vezes instauradas por motivações políticas, e garantia para a Justiça, eis que os julgadores de primeira instância, em tese, estão mais sujeitos a determinados tipos de pressão (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 143-144). Por isso, “Não parece que o foro diferenciado para os ocupantes de determinados cargos pode ser reputado, *a priori* e necessariamente inconstitucional. Por certo, não o seriam os foros expressamente previstos na Constituição, na medida em que, no máximo, tratar-se-ia de uma exceção também de natureza constitucional. Já no plano infraconstitucional, os casos de foro por prerrogativa de função que não encontrem uma justificativa razoável para o tratamento diferenciado poderão se chocar com a regra geral de igualdade de todos perante a lei” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 146). No mesmo sentido, Maria Lúcia Karam salienta tratar-se de “[...] uma opção política entendendo o constituinte que a atuação de juízes de 1.º grau, em processos em que ocupantes de cargos públicos especialmente relevantes são acusados da prática de crimes, não resguardaria, suficientemente, a dignidade e a importância para o Estado daqueles cargos” (KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 38).

⁵⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 1554-1555.

juízo. Estará garantido, portanto, o reexame da matéria por mais de um único juiz (a pluralidade da decisão, pois) [...]”⁵⁶⁶.

O raciocínio, no entanto, é insustentável.

A uma, porque a Constituição Federal assegura a ampla defesa com os recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV), não havendo, pois, omissão na consagração dessa garantia impugnativa, sendo que o julgamento colegiado inicial não supre a necessidade de submeter a decisão à análise da instância superior, porquanto a noção de “reexame” pressupõe que a decisão tenha sido proferida por um órgão e possa ser reanalisada por órgão distinto⁵⁶⁷. A duas, porque, ainda que houvesse omissão constitucional na consagração do duplo grau de jurisdição, é certo que ela foi suplantada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sendo incontestável, ainda, que tais diplomas, diversamente da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não previram a possibilidade de afastamento do recurso defensivo na hipótese em que o condenado “[...] tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição [...]”, ou seja, nas hipóteses em que a legislação interna atribua competência originária ao Tribunal Supremo do Estado

⁵⁶⁶ PACHELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 937. No mesmo sentido, pondera Aury Lopes Jr.: “[...] havendo órgão colegiado em primeiro grau, pode existir restrição recursal; mas jamais restrição recursal com julgamento monocrático em primeiro grau (juiz singular)” (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1199). V., ainda, TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 30, ano 8, p. 180, jan.-mar./2000: “Assim, a só existência de competências originárias do Supremo Tribunal já afasta a existência de um princípio do duplo grau de jurisdição em sua pureza. Para que assim fosse, não poderiam existir feitos originários das instâncias superiores, para os quais não há possibilidade de recurso da decisão para outros juízos”. E, por fim, MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 403: “Se a Constituição consagra a competência originária de determinado órgão julgante e não define o cabimento de recurso ordinário, não se pode cogitar de um direito ao duplo grau de jurisdição, seja por força de lei, seja por força do disposto em tratados e convenções internacionais”.

⁵⁶⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 91. No mesmo sentido: NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 259: “Afirmar que o julgamento penal originário em Tribunal constitui um *plus* em relação ao julgamento monocrático da primeira instância não parece correto, pois, a forma de composição do órgão de julgamento não o torna, por si só, insuscetível de recurso. Evidentemente que, em tese, o julgamento colegiado permite uma maior discussão dos fatos, melhor apreciação das provas e mais ampla interpretação do direito [...]. Contudo, colegialidade, por si só, não constitui fundamento válido para se afastar o duplo grau de jurisdição, o qual deve incidir independentemente da forma como as Cortes se componham para seus julgamentos originários (monocraticamente, por Turma, Câmara, Seção, Corte Especial ou Tribunal Pleno)”. Cf., ainda: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 185; LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004, p. 103.

para o julgamento de determinada autoridade. Logo, “[...] o duplo grau de jurisdição está previsto, estruturado e totalmente incorporado ao ordenamento brasileiro. O que não há é apenas o instrumento recursal para viabilizá-lo nos processos penais de competência de Tribunais, o que não equivale a afirmar a inexistência da própria garantia do duplo grau como se propaga”⁵⁶⁸. A três, porque, ainda que a situação configurasse antinomia entre a Constituição Federal e os tratados retromencionados, deveria prevalecer a norma mais favorável ao imputado, critério que, como já apontado, deve guiar a interpretação dos atos normativos definidores de direitos humanos⁵⁶⁹.

Dessa forma, resulta evidente que as ações de competência originária não podem impedir o acesso à instância superior, devendo a legislação prever o reexame da decisão de condenação. Assim, conforme elucida Rafael Fecury Nogueira, para assegurar o duplo grau de jurisdição nas ações de competência originária dos tribunais, duas opções se abrem ao Estado: “A primeira é não conferir competência para que sua mais alta Corte julgue crimes em competência originária, mantendo-se, assim, aberta a possibilidade de reexame por órgão superior. A segunda é, em caso de atribuição de competência para julgamento penal originário pela Corte de maior hierarquia orgânica na estrutura judiciária, estruturar uma via recursal para manter a possibilidade de realizar o reexame amplo por órgão jurisdicional diverso, como exige o duplo grau de jurisdição. Portanto, ao optar por conferir competência penal à sua Corte de maior hierarquia, o Estado deve criar as condições para que essa opção política não inviabilize o estabelecimento da garantia constitucional”⁵⁷⁰.

No direito positivo brasileiro, o julgamento pelos tribunais em ações de competência originária enseja apenas o cabimento dos recursos extraordinário e especial, mecanismos de impugnação que, como já afirmado, não atendem às exigências da garantia do duplo grau de jurisdição, tendo em vista que o reexame proporcionado pelo manejo de tais remédios jurídicos é restrito, não se prestando ao questionamento da matéria fático-probatória. A esse propósito, nas hipóteses em que a ação penal é atribuída originariamente aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais e ao Superior Tribunal de Justiça, a solução da

⁵⁶⁸ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 287.

⁵⁶⁹ Cf. o Item 2.3 – “Os fundamentos legislativos e a primazia da norma mais favorável”.

⁵⁷⁰ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 260-261.

omissão legislativa parece ser menos complexa, porquanto sempre haverá um tribunal acima desses órgãos, bastando que se defina qual tribunal será competente para apreciar um recurso que enseje um integral reexame da condenação. O problema poderia ser solucionado, então, de *lege ferenda*, definindo uma nova espécie recursal, ou de *lege lata*, tendo em vista a autoaplicabilidade da garantia do duplo grau de jurisdição e a situação de omissão ora constatada.

Por outro lado, percebe-se que a questão assume maior complexidade no caso de ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que não há um órgão superior. Nesses casos, deve-se entender, tal como já delimitado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o conceito de “juiz ou tribunal superior” (CADH, art. 8.2.h) não está atrelado à hierarquia do órgão, mas, sim, ao reconhecimento de sua competência para promover um reexame integral da condenação imposta ao imputado. A ideia de superior, na forma como prevista pelo art. 8.2.h da Convenção Americana, significa a exigência de que o órgão ao qual se direciona o recurso tenha competência para proceder a um integral reexame do caso, podendo reformar ou anular a decisão combatida. Sendo assim, nas hipóteses de foro por prerrogativa de função e, em especial, nos casos de ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal, a observância da garantia em tela poderia ser assegurada com a previsão de que o julgamento originário seria de competência do Presidente da Corte ou de uma de suas câmaras, enquanto que a apreciação do recurso poderia ser atribuída ao Plenário, com a exclusão dos julgadores que já se pronunciaram sobre o caso⁵⁷¹.

As hipóteses de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal estão delineadas no art. 102, I, *b* e *c*, da Constituição Federal. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal restringiu o foro por prerrogativa de função, fixando tese no sentido de que os agentes públicos mencionados no referido dispositivo detêm-no apenas com relação aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas, sendo que, ao final da instrução criminal, publicado o despacho determinando a intimação

⁵⁷¹ Na doutrina, cf., entre outros: MALAN, Diogo. Competência penal *ratione functionae* do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, jan./fev. 2014, p. 126; LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004, p. 145; PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 185; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 845. Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, embora entenda que a garantia do duplo grau de jurisdição também deva ser assegurada nos casos em que o indivíduo seja condenado pelo mais alto tribunal de seu Estado, não especifica a qual órgão competirá efetuar o reexame em tal situação (CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32, § 47).

para a apresentação das alegações finais, a competência penal não mais será alterada em razão de o agente público tornar-se ocupante de cargo que justifique o foro por prerrogativa ou deixar de ocupá-lo, qualquer que seja o motivo⁵⁷².

O problema é agravado, ademais, nos casos em que indivíduos originariamente não detentores do foro por prerrogativa de função sejam processados no Supremo Tribunal Federal ou em outro tribunal em razão da reunião de processos por conta de conexão ou continência, tendo em vista que a restrição ao duplo grau de jurisdição será oriunda de normas de estatura infraconstitucional, haja vista que as hipóteses de conexão e continência são definidas pelo Código de Processo Penal, nos arts. 76 a 82, ao passo que a referida garantia está consagrada em normas de estatura superior, o que poderia enfraquecer o argumento doutrinário de que a exceção ao duplo grau de jurisdição há de ser aceita porquanto determinada pela própria Constituição⁵⁷³.

A partir de casos paradigmáticos, a preocupação do Supremo Tribunal Federal com a garantia do duplo grau de jurisdição reascendeu-se nas situações envolvendo o foro por prerrogativa de função.

Com efeito, no âmbito da Ação Penal n. 470, discutiu-se se os embargos infringentes previstos pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ainda vigente, poderiam ser questionados para viabilizar o reexame da condenação. Interposto o Agravo Regimental n. 26 nos autos da Ação Penal n. 470, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal lhe deu provimento para admitir os embargos infringentes, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Presidente), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Na ocasião, fazendo referência à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo a garantia do duplo grau de jurisdição, o Ministro Teori Zavascki ponderou que “[...] o reconhecimento da recorribilidade das sentenças condenatórias proferidas em ações penais originárias é

⁵⁷² STF, Tribunal Pleno, AP 937 QO, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 3/5/2018.

⁵⁷³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 92. Não por outro motivo, Carolina Alves de Souza Lima ressalta que “A regra da conexão e da continência não tem incidência quando houver competência estabelecida constitucionalmente. [...]. Isso porque as duas regras são constitucionais e uma não se sobrepõe à outra. A competência pela conexão e pela continência é firmada pela legislação infraconstitucional” (LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004, p. 108). Encampando essa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 45, assim redigida: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”.

interpretação que melhor se harmoniza com a proteção consagrada no artigo 8.2, h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 06.11.92), que assegura, como ‘garantia mínima’ de toda a pessoa, o ‘direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior’⁵⁷⁴. Por isso, enfatizou que “[...] a garantia assegurada nesse Pacto, relativa ao direito de toda a pessoa de recorrer da sentença penal que lhe imponha uma condenação, é mais uma forte razão a determinar impostergável necessidade de reforma da nossa Constituição, que leve a eliminar ou, ao menos, a reduzir drasticamente, as inúmeras hipóteses de competência de foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal”⁵⁷⁵.

A normatividade do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a exegese fixada pela Corte Interamericana também não passaram despercebidas pelo Ministro Celso de Mello, ao pontuar que os embargos infringentes seriam insuficientes para garantir o duplo grau de jurisdição em toda a sua plenitude: “A adoção do critério do duplo reexame nos julgamentos penais condenatórios realizados pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitando a utilização dos embargos infringentes na hipótese singular prevista no art. 333, inciso I, do RISTF, permitirá alcançar solução, não obstante limitada, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal, atuando originariamente como instância judiciária única, proferir, por votação majoritária, julgamentos penais desfavoráveis ao réu. Na realidade, não se pode deixar de reconhecer que os embargos infringentes, tais como instituídos no inciso I do art. 333 do RISTF, mostram-se insuficientes à plena realização de um direito fundamental assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8º, n. 2, “h”) e que consiste na prerrogativa jurídico-processual de o condenado “recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”⁵⁷⁶.

Porteriormente, o Supremo Tribunal Federal alterou o seu Regimento Interno. De acordo com as disposições regimentais atuais, ao Plenário compete julgar, “nos crimes comuns, o 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 [...]” (RISTF, art. 5º, I). Às Turmas compete o julgamento

⁵⁷⁴ STF, Tribunal Pleno, AP 470 AgR-vigésimo sexto, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Redator p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, p. 86 do acórdão.

⁵⁷⁵ STF, Tribunal Pleno, AP 470 AgR-vigésimo sexto, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Redator p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, p. 87-88 do acórdão.

⁵⁷⁶ STF, Tribunal Pleno, AP 470 AgR-vigésimo sexto, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Redator p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, p. 263 do Acórdão.

(a) dos Deputados e Senadores pela suposta prática de crimes comuns e (b) dos Ministros de Estado e dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, da Constituição Federal, dos membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente, pela suposta prática de crimes de responsabilidade e crimes comuns (RISTF, art. 9º, *j* e *k*). Ademais, segundo o disposto no art. 333, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cabem embargos infringentes contra a decisão não unânime da Turma ou do Plenário que julgar procedente a pretensão acusatória, sendo atribuição do Plenário a sua apreciação (RISTF, art. 6º, IV).

Todavia, tais alterações regimentais não se mostram capazes de assegurar ao imputado o direito ao integral reexame de sua condenação. A uma, porque foi mantida a competência do Plenário para julgar determinadas autoridades, de modo que em tais situações não será possível o reexame por órgão distinto⁵⁷⁷. A duas, porque não obstante a atribuição de competência às Turmas, determinou-se que o julgamento dos embargos infringentes seja efetuado pelo Plenário, sem a exclusão dos membros que apreciaram a causa originariamente. A três, porque os embargos infringentes são um “recurso eventual”, isto é, sua utilização está condicionada a existência de divergência, não se podendo falar, pois, um “direito subjetivo ao recurso”, mas em mera “expectativa de direito”. A quatro, porque, ainda que o imputado utilize os embargos infringentes, o seu âmbito de cognição é limitado, restringindo-se apenas aos pontos que foram objeto da controvérsia e, por isso, não se conformando como um recurso amplo, ordinário, eficaz e, pois, capaz de proporcionar um integral reexame da sentença condenatória⁵⁷⁸.

É preciso, então, buscar alternativas e meios de consagrar o recurso diante da omissão ora identificada, assegurando o duplo grau de jurisdição de maneira plena.

⁵⁷⁷ Comentando essa alteração regimental, Rafael Fecury Nogueira aponta que: “Além da ausência de justificativa para tanto, não se nega que a manutenção da competência do Plenário para o julgamento penal originário tende a frustrar a efetivação do duplo grau de jurisdição nesses casos, o que impõe a competência das Turmas para o julgamento de todos os detentores de foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal” (NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 303).

⁵⁷⁸ Também apontando a insuficiência das alterações regimentais, cf.: PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 213.

4.2.7 Crimes dolosos contra a vida

No Código de Processo Penal, a apelação contra as decisões do tribunal do júri é bastante restritiva, tendo em vista que o reexame da condenação deve ser compatibilizado com o princípio da soberania dos veredictos (CF, art. 5º, XXXVIII)⁵⁷⁹. Por isso, em conformidade com o art. 593, III, cabe apelação nas seguintes hipóteses: a) em razão da ocorrência de nulidade posterior à decisão de pronúncia; b) no caso da sentença prolatada pelo juiz-presidente ser contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) em virtude da ocorrência de erro ou injustiça na aplicação da sanção penal; e d) no caso da decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos, hipótese em que, provendo a apelação, o Tribunal de Justiça determinará que o imputado seja submetido a novo julgamento, não podendo ser interposto, após o segundo julgamento, outro recurso com esse mesmo fundamento (CPP, art. 593, § 3º).

A hipótese prevista na alínea *d* do referido dispositivo legal causa perplexidade.

A esse propósito, em primeiro lugar, devemos questionar: o que se deve entender por *decisão dos jurados* “[...] manifestamente contrária à prova dos autos”? A doutrina sustenta que o escopo do dispositivo é evitar que as decisões dos jurados sejam arbitrárias ou caprichosas, de modo a impedir que, sob o pretexto da soberania de seus veredictos, profiram decisões que não encontrem qualquer respaldo no conjunto probatório. Nesse contexto, de acordo com Antonio Magalhães Gomes Filho, o termo “prova”, no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, é utilizado na sua acepção de *resultado de prova*, isto é, a conclusão a propósito da alegação sobre um determinado fato que se extrai a partir dos diversos elementos de prova existentes nos autos, permitindo concluir sobre a autenticidade do fato ou não. Desse modo, é incorreto entender que a apelação interposta quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos poderá ser denegada se um só elemento de prova embasar a conclusão por eles adotada⁵⁸⁰. Assim, manifestamente

⁵⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 229: “Entre a irrecorribilidade das decisões do Júri, o que tornaria intangível o veredicto, em atenção ao seu caráter soberano e à plena recorribilidade, dando ao Tribunal de Justiça o poder de reformar a decisão do júri, no mérito, o que anularia, na prática, o Júri, o Código adotou uma linha intermediária”. No mesmo sentido: YOKAICHIYA, Cristina Emy. A vedação legal e o duplo grau de jurisdição no procedimento do júri. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 280, mar. 2016, p. 16; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 98.

⁵⁸⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia das provas (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 307-8.

contrária à prova dos autos é a decisão que não encontra nenhum respaldo nos elementos de prova disponíveis nos autos, vale dizer, tem-se uma situação em que “[...] toda a prova indica uma decisão (por exemplo, a absolvição), e os jurados decidem em sentido oposto (por exemplo, condenam o acusado)”⁵⁸¹.

Ademais, segundo a doutrina majoritária, se a decisão dos jurados encontrar apoio em alguma das versões extraíveis do conjunto probatório, a apelação deverá ser denegada, visto que a decisão, em tal caso, não será *manifestamente* contrária à prova dos autos⁵⁸². A opinião dominante, todavia, parece desconsiderar a garantia da presunção de inocência, eis que está a admitir a condenação do imputado sem que tenha sido cabalmente demonstrada a sua responsabilidade penal. Nesse sentido, Gustavo Badaró aponta que “[...] essa construção permite, em suma, que os jurados, tranquilamente, no caso de dúvida, optem por condenar o acusado. Ou seja, se o conselho de sentença aplicar o *in dubio contra reum*, rasgando a presunção de inocência, nenhuma censura poderá receber sua decisão”⁵⁸³. Encampando essa crítica, Aury Lopes Junior enfatiza que “No Tribunal do Júri, o réu pode ser condenado a partir de uma prova frágil e ilhada no contexto probatório, e seu recurso não será admitido, mesmo com uma prova amplamente favorável à sua tese defensiva, pois a decisão dos jurados não é absolutamente desconectada da prova dos autos. Aqui, abandona-se a exigência de prova plena e cabal para a condenação, pois uma frágil prova da tese acusatória justifica a manutenção da condenação, contrariando tudo que o processo penal democrático ergueu”⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 873.

⁵⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 103: “Prevalecerá, contudo, a decisão popular, para que fique inteiramente preservada a soberania dos veredictos, quando estiver amparada em uma das versões resultantes do conjunto probatório”. No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1142; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2008, p. 666; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349-50. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “[...] se a conclusão do Júri não é totalmente dissociada das provas dos autos, mas configura uma das versões extraíveis do conjunto probatório, não se anula o julgamento, sob pena de desrespeito à soberania dos veredictos insculpida na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII, letra “c”)” (STF, Primeira Turma, Ag. Reg. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 594.104/MT, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em. 3/5/2011, p. 3 do voto do relator).

⁵⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 234.

⁵⁸⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1268.

Por esse motivo, Gustavo Badaró defende que, não sendo possível ao Tribunal de Justiça constatar se a decisão dos jurados violou o *in dubio pro reo*, contrariando a presunção de inocência, tendo em vista que sua decisão não é motivada, o recurso de apelação deverá ser admitido, cabendo aos desembargadores avaliarem se os elementos de prova constantes dos autos permitem um juízo seguro e indubitado acerca da condenação e, caso negativo, constatando a situação de dúvida desconsiderada pelos jurados, deverão prover o recurso, cassando a condenação e determinado que o imputado seja submetido a novo julgamento (CPP, art. 593, § 3º)⁵⁸⁵. Em sentido aproximado, outra parcela da doutrina sustenta que a limitação prevista pelo art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, deveria ser observada apenas no recurso acusatório, devendo-se admitir o recurso defensivo irrestritamente⁵⁸⁶.

Em segundo lugar, a disciplina do recurso de apelação no rito do júri causa perplexidade porque poderá impedir o acesso do imputado à superior instância: caso os jurados decidam pela absolvição e o órgão acusatório interponha apelação, sendo essa provida e, na sequência, realizado novo julgamento em que o resultado seja diverso do anterior, poderá restar obstaculizado o acesso do imputado à instância superior, visto que a depender do alcance que se dê à expressão “*pelo mesmo motivo*” (CPP, art. 593, § 3º) ter-se-á como vedada a interposição de novo recurso questionando o capítulo condenatório da sentença. Ou seja, nessa situação hipotética, não poderia o imputado, agora condenado, interpor recurso de apelação contra a condenação sustentando que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos. Isso porque a apelação contra a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos somente pode ser interposta uma única vez (CPP, art. 593, § 3º) e, segundo uma parcela da doutrina, a previsão legislativa não

⁵⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 235-236.

⁵⁸⁶ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 207; LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004, p. 151-152.

comporta qualquer censura constitucional ou convencional, pois o direito ao reexame da condenação deve ser compatibilizado com a soberania dos vereditos⁵⁸⁷.

A solução, entretanto, parece se olvidar que a defesa, no rito do júri, deve ser *plena* (CF, art. 5º, XXXVIII). Logo, ao recurso, por ser uma garantia derivada do direito de defesa, também deve ser associada tal conotação, não cabendo indevidas limitações ao seu exercício⁵⁸⁸. Ademais, tal solução parece desconsiderar a natureza jurídica da norma definidora da soberania dos vereditos, qual seja, uma garantia fundamental. Vale dizer: por ser um preceito definidor de uma garantia fundamental – tanto que sediado na Constituição

⁵⁸⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1447-1448: “[...] conhecida a primeira apelação interposta com base na alínea ‘d’ do inciso III do art. 593 do CPP, uma vez realizado novo julgamento perante o Júri, não se afigura cabível nova apelação com base na mesma hipótese. [...] é bom lembrar que pouco importa qual parte interpôs o recurso primeiro. Portanto, se o Ministério Público recorre de um decreto absolutório e invoca o art. 593, III, ‘d’, vindo o Tribunal a determinar novo julgamento, que culmina com a condenação do acusado, não poderá agora a Defesa apelar sob o argumento de que teria havido manifesta divergência com a prova. Ainda que não houvesse previsão legal nesse sentido, essa vedação é evidente. Afinal, se o primeiro julgamento absolutório do júri foi considerado manifestamente contrário à prova dos autos pelo Tribunal de Justiça, daí por que foi cassada a decisão, submetendo-se o acusado a novo julgamento, na hipótese de ser proferido um decreto condenatório pelo segundo júri, tal decisão não será considerada manifestamente contrária à prova dos autos pelo júzo *ad quem*, sob pena de o Tribunal contrariar o quanto decidido por ele mesmo na apelação anteriormente apreciada.” No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 873-874; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349; DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. até a Súmula Vinculante nº 25 do STF, de acordo com as Lei nºs 11.689/08, 11.690/08, 11.705/08, 11.900/09 e 12.037/09. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 601; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 104; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2008, p. 667-668. Em igual sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: “Júri. Apelação. A expressão ‘pelo mesmo motivo’ há de entender-se como ‘pelo mesmo fundamento’. Não se permite segunda apelação pelo mesmo motivo, pelo mesmo fundamento, o de ser a decisão manifestante contrária a prova dos autos. Interpretação do art. 593, § 3º, do CPP. Precedentes do STF (HC n. 38.560 - Relator Min. Ary Franco - R.F. 195/315; c. 39.128- Rel. Min. Victor Nunes). Concessão da ordem” (STF, Terceira Turma, HC n. 44.740, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, julgado em 10/11/1967).

⁵⁸⁸ Conforme observa Jaques de Camargo Penteado, de acordo com o regramento atual, ao imputado já absolvido pelos jurados, mas condenado em virtude da realização de novo júri decorrente da interposição de recurso de apelação pelo Ministério Público, não é permitido “[...] o acesso ao segundo grau de jurisdição para reexame da primeira sentença condenatória contra si editada, o que não está de acordo com a soberania do Tribunal Popular que já o absolvera, nem com a garantia do duplo grau de jurisdição e, muito menos, com os tratados incorporados à Carta Magna” (PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190).

Federal, em seu Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) – a soberania dos vereditos não pode ser interpretada em desfavor do cidadão (critério *pro homine*)⁵⁸⁹.

Visualizando tais equívocos, Cristina Emy Yokaichiya defende uma leitura constitucional da expressão “pelo mesmo motivo”, utilizada pelo art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal. De acordo com seu ensinamento, a única forma de compatibilizar a apelação contra as decisões do júri com a garantia do duplo grau de jurisdição e, assim, assegurar o reexame da sentença condenatória na hipótese ora aventada, é interpretar a mencionada expressão como se referindo “[...] aos motivos da apelação (e não à alínea *d* do artigo do CPP)”. Segundo ela, se a expressão em questão estivesse atrelada à própria hipótese de cabimento, isto é, à contrariedade da decisão dos jurados à prova dos autos, “[...] estaria admitida a imposição de pena sem possibilidade de revisão jurisdicional, em afronta manifesta à Constituição Federal, que reconhece ‘a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei’, assegurada ‘a plenitude de defesa’, nos termos do art. 5.º, XXXVIII, ‘a’”⁵⁹⁰. E, assim, esclarece que “[...] o recurso de apelação fundado no art. 593, III, *d*, do CPP pode ser utilizado uma *única vez* em relação a cada temática,” vale dizer, permite-se seja reanalisada a decisão dos jurados “[...] quando esta não encontra amparo na prova objetivamente produzida nos autos, ainda que já tenha havido acolhimento de apelação

⁵⁸⁹ Nesse sentido: XAVIER, Gonçalo Rezende de Melo Sant’Anna. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição: o descumprimento pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos. *Revista Internacional da Academia Paulista de Direito*, São Paulo, n. 1, 2018, p. 207: “[...] a soberania dos vereditos deve ser lida como um direito fundamental e, por assim dizer, tratar-se de direito do cidadão oponível em face do poder do Estado, e nunca um direito da sociedade contra o cidadão, tendo sido criado para proteger o acusado do arbitrio dos juízes togados, e não para proteger a sociedade ao exercer o poder de punir, não havendo ofensa ao que foi idealizado exatamente para se proteger. Até porque esse direito encontra-se previsto no rol dos direitos individuais contidos no art. 5º da CF”.

⁵⁹⁰ YOKAICHIYA, Cristina Emy. A vedação legal e o duplo grau de jurisdição no procedimento do júri. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 280, mar. 2016, p. 17. No mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 103. Cf., ainda, PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190: “O acusador, pelas razões expostas anteriormente, não tem a garantia ao duplo grau de jurisdição para reexame da questão de fato. Ainda que a tivesse, se provida a sua apelação contra a absolvição dos jurados, realizando-se novo julgamento e invertendo-se a situação, o arguido tem direito ao duplo grau de jurisdição para discutir essa primeira decisão a si desfavorável.” Em sentido diverso: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 237: “Também não caberá o segundo julgamento, com fundamento na alínea *d* do inc. III, em recurso da mesma parte, mas por outro motivo. Por exemplo, o réu foi condenado e apelou, porque a decisão seria manifestamente contrária à prova dos autos, vez que estaria provada a legítima defesa. O tribunal dá provimento e o manda a novo júri. Neste segundo julgamento, sobrevém nova condenação e, na sequência, nova apelação, igualmente porque a condenação seria contrária à evidência dos autos, mas agora, porque haveria prova incontestável de ser o acusado inimputável ao momento do crime”.

fundamentada no mesmo dispositivo – desde que a primeira apelação não tenha abordado a questão visada pela segunda apelação”⁵⁹¹.

Tal solução, em nosso sentir, não é equivocada, porque privilegia o reexame da condenação, assegurando a plenitude de defesa (CF, art. 5º, XXXVIII, *a*) e, ao mesmo tempo, compatibiliza-o com a ideia de soberania dos veredictos, evitando uma ilimitada impugnação das decisões dos jurados. No entanto, parece-nos que a garantia do duplo grau de jurisdição no rito do júri deve ser analisada sob outra ótica: é preciso questionar se a opção legislativa permissiva apenas da rescisão da condenação é capaz de proporcionar um eficaz, autêntico e integral reexame da decisão pelo Tribunal de Justiça. Ou seja, a opção legislativa é compatível com a interpretação fixada pelos organismos internacionais – Corte Interamericana de Direitos Humanos e Comitê de Direitos Humanos – acerca do disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos e no art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos?

Na forma como regulamentado pelo art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, o recurso de apelação interposto contra a sentença de condenação proferida pelo tribunal do júri em muito se assemelha ao recurso de cassação, porquanto se mostra inapto a proporcionar um reexame dos fatos e elementos de provas em que se fundamentou a condenação e, pois, incapaz de proceder à correção do equívoco, caso constatado, visto que o Tribunal de Justiça deverá determinar que o imputado seja submetido a novo júri (CPP, art. 593, § 3º)⁵⁹². Ademais, saliente-se que os jurados decidem por íntima convicção, não necessitando motivar o seu raciocínio e, por isso, partindo de uma equivocada leitura da soberania de seus veredictos, sua conclusão seria impassível de questionamento. Assim, de acordo com atual regulamentação do recurso de apelação no rito dos crimes dolosos contra a vida, o Tribunal de Justiça é autorizado apenas a verificar se a decisão dos jurados está em conformidade com o conjunto probatório ou não e, entendendo pela arbitrariedade da

⁵⁹¹ YOKAICHIYA, Cristina Emy. A vedação legal e o duplo grau de jurisdição no procedimento do júri. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 280, mar. 2016, p. 17.

⁵⁹² “Cabe-lhe [ao Tribunal de Justiça] apenas, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, determinar novo julgamento (art. 593, III, *d* e § 3º). Há, nessa última hipótese, verdadeiro juízo de cassação, e, por isso, fala-se em apelação *sui generis*. Com isso, buscou o legislador solução conciliatória entre dois princípios relevantes: admitiu a impugnação, assegurando assim a observância do duplo grau de jurisdição, mas só permitiu ao tribunal mandar o acusado a novo julgamento, preservando dessa forma a soberania do júri” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 98).

decisão, ao invés de proceder à correção dos equívocos, determinará que o imputado seja novamente julgado.

O controle proporcionado é, por via de consequência, ineficaz, tendo em vista que o imputado não é resguardado contra o cometimento de nova arbitrariedade e, caso esta se repita, não poderá questionar a condenação novamente, tendo em vista a proibição do art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal. Além disso, para justificar a opção legislativa, não se mostra correta a invocação da soberania dos vereditos, justamente por ser uma garantia fundamental. Carece de sentido invocar uma garantia fundamental sob o pretexto de autorizar a flexibilização de outra garantia, *in casu*, o duplo grau de jurisdição.

Por isso, Tiago Bunning Mendes crítica a disciplina do recurso de apelação no rito do júri, enfatizando ser “[...] inaceitável que uma decisão proferida sem fundamentação seja passível de recurso somente quando se demonstre totalmente contrária a prova dos autos, bem como que o provimento do recurso, em vez de ocasionar a reforma da decisão, apenas possibilite novo julgamento”⁵⁹³. No mesmo sentido, Vinicius Gomes de Vasconcellos ressalta que “[...] a ausência de motivação e a dependência à consciência do julgador inviabilizam a efetividade da revisão sobre a valoração probatória, esvaziando o direito ao recurso em aspectos essenciais. [...]. A imposição de uma sanção penal sem a devida justificação inevitavelmente deslegitima a atuação estatal, abrindo espaços indevidos para discriminações e arbitrariedades na decisão jurisdicional”⁵⁹⁴.

Assim, resta concluir que a atual disciplina do recurso de apelação no rito do júri não se mostra compatível com os *standards* internacionais os quais definem que o recurso deve proporcionar um reexame eficaz e integral da condenação no processo penal, devendo a legislação ser reformada para que ao Tribunal de Justiça seja conferida competência não só para rescindir a sentença atacada, mas também para reformá-la. Tal pretensão não significa um esvaziamento da soberania dos vereditos. Pelo contrário: trata-se de uma forma de

⁵⁹³ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 207.

⁵⁹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 121. No mesmo sentido: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 137.

assegurá-la enquanto garantia fundamental, compatibilizando-a com o direito à plenitude de defesa⁵⁹⁵.

4.2.7.1 *Absolvição fundada no quesito genérico e (i) legitimidade recursal da acusação*

Por outro lado, se não é correto invocar a soberania dos veredictos para autorizar o estabelecimento de restrições ao recurso defensivo, não só porque este goza de natureza constitucional e convencional, mas também porque a soberania é uma garantia fundamental, parecer se plenamente legítima a pretensão de utilizá-la para fundamentar a instituição de restrições ao recurso de acusação.

Nesse contexto, acreditamos que a legitimidade recursal da acusação restou tacitamente revogada com o advento da Lei n. 11.689/2008, ao instituir o quesito genérico de absolvição (absolvição por clemência – art. 483, III, do CPP).

De acordo com o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, uma das hipóteses de revogação tácita dá-se quando a lei posterior seja incompatível com a lei anterior. Nesse contexto, se os jurados decidem por íntima convicção, visto que não são obrigados a fundamentar sua decisão e a lei lhes faculta a absolvição, ainda que reconheçam a materialidade e a autoria (CPP, art. 483, I e II – quesitos formulados anteriormente), parece lógico e razoável concluir que a mesma lei lhes autoriza a proferir uma decisão de absolvição que contrarie a prova dos autos (absolvição por clemência, por piedade, por compaixão ou por qualquer outro sentimento de empatia com o acusado). Até porque o referido quesito não se relaciona com a matéria fática, não sendo possível, por conseguinte, aferir se a conclusão

⁵⁹⁵ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 208.

dos jurados, nesse caso, está de acordo ou não com os elementos de prova existentes nos autos⁵⁹⁶.

Por esse motivo, parece lógico concluir pela revogação da legitimidade recursal da acusação, não se admitindo recurso contra a decisão absolutória dos jurados fundamentada no terceiro quesito, ainda que manifestamente contrária à prova dos autos. E não há que se falar em violação à paridade de armas, sendo certo que não prevê o Código de Processo Penal – e, certamente, nem poderia, eis que violaria a garantia do duplo grau de jurisdição – um quesito genérico de condenação, como observa Aury Lopes Junior⁵⁹⁷.

Em arrimo à nossa conclusão, é preciso não olvidar que a soberania dos vereditos é garantia fundamental (CF, art. 5º, XXXVIII, *c*), porquanto foi assim arrolada na Constituição Federal, estando sediada no seu Título II – “Dos direitos e garantias fundamentais”. Por conseguinte, como já mencionado acima, não se pode interpretá-la em desfavor do indivíduo, devendo a delimitação de seu alcance ser guiada pelo critério *pro homine*. Sendo assim, não é legítimo invocá-la para afastar ou diminuir o alcance de outra garantia processual, *in casu*, a plenitude de defesa (CF, art. 5º, XXXVIII, *a*) e, em decorrência dela, a garantia de recurso,

⁵⁹⁶ “[...] o terceiro quesito não diz necessariamente com os fatos. Diz com a sensibilidade do jurado ao analisar o caso que lhe é apresentado. O jurado pode absolver por clemência, piedade, compaixão ou qualquer sentimento que lhe mova a tomar tal decisão. É livre para tanto. A diferença marcante aqui é que a decisão absolutória tirada por votação ao terceiro quesito, por não ser necessariamente um quesito de fato, não permite que se afira se a decisão tem amparo ou não na prova dos autos. Ao tornar obrigatória a formulação desse quesito – ainda quando a única tese defensiva seja a negativa de autoria, já reconhecida em quesito antecedente – o legislador garante ao jurado o direito de absolver por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos. Ora, nenhum sentido há em garantir ao jurado esse direito e depois cassar a decisão que dele decorra. Assim, a decisão dos jurados que, ao votarem o terceiro quesito, entendem por absolver o acusado não é passível de recurso da acusação com base no artigo 593, inciso, III, alínea “a” do Código de Processo Penal” (REZENDE, Guilherme Madi. Júri: decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – descabimento. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 207, fev. 2010, p. 14). No mesmo sentido: LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1265-1266; MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 208-209. Em sentido oposto, para Renato Brasileiro de Lima, a absolvição por clemência somente se mantém na hipótese de duas decisões proferidas pelos jurados no mesmo sentido, de modo que o art. 493, III, do Código de Processo Penal, não teria revogado tacitamente a legitimidade acusatória para a interposição de recurso contra a decisão absolutória que contrarie a prova dos autos: “Ainda que a defesa alegue que a absolvição se deu por clemência do Júri, admite-se, mas desde que por uma única vez, o provimento da apelação fundamentada na alegação de que a decisão dos jurados contrariou manifestamente a prova dos autos. O CPP, em seu art. 593, § 3º, garante ao Tribunal de Apelação o exame, por uma única vez, de conformidade mínima da decisão dos jurados com a prova dos autos. Assim, não configura desrespeito ou afronta à soberania dos veredictos o acórdão que, apreciando recurso de apelação, conclui pela completa dissociação do resultado do julgamento pelo Júri com o conjunto probatório produzido durante a instrução processual, de maneira fundamentada. Dessa forma, embora seja possível até a absolvição por clemência, isso não pode se dar em um primeiro julgamento, sem possibilidade de reexame pelo tribunal, que pode considerar, sim, que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos e submeter o réu a um segundo julgamento” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1445-1446).

⁵⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1266.

o duplo grau de jurisdição. Logo, só há sentido em se sustentar uma decisão soberana do júri – leia-se: irrecorrível – na hipótese em que o seu conteúdo seja favorável ao imputado, pois a soberania é garantia individual. E, no presente caso, tal leitura é possível na medida em que o legislador autoriza a absolvição dos jurados fundada no quesito genérico, não se podendo questionar o seu entendimento, seja porque desatrelado da matéria fática, seja porque os jurados não estão obrigados a fundamentar sua decisão⁵⁹⁸.

Isso posto, deve-se entender que a absolvição fundada no quesito genérico (CPP, art. 483, III) é irrecorrível. Tal constatação confirma a premissa já exposta neste trabalho, no sentido de que a previsão de um recurso amplo em favor do órgão de acusação está sujeita à discricionariedade legislativa, submetendo-se a um regime diverso do recurso defensivo e, dessa forma, podendo o recurso acusatório ser restrito ou mesmo abolido⁵⁹⁹.

4.3 Conclusão parcial: identificação dos limites à garantia do duplo grau de jurisdição no ordenamento processual nacional

Após o exame das decisões passíveis de questionamento recursal e, tomando como referência os *standards* mínimos de conformação da garantia do duplo grau de jurisdição

⁵⁹⁸ Em recente decisão, o Ministro Celso de Mello acolheu esse entendimento, afastando a legitimidade recursal do Ministério Público para impugnar a sentença absolutória proferida no rito do júri em decorrência do quesito genérico de absolvição. Na visão do Ministro: “Vê-se, portanto, que, em razão da superveniência da Lei n. 11.689/2008 – que, ao alterar o Código de Processo Penal no ponto concernente à elaboração do questionário, neste introduziu o quesito genérico da absolvição (art. 483, III) –, os jurados passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios, não se achando adstritos nem vinculados, em seu processo decisório, seja às teses suscitadas em plenário pela defesa, seja a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica. Disso resulta que a decisão dos jurados, quando indagados, de modo genérico, sobre a inocência do réu, tem por fundamento a sua íntima convicção, o que valoriza, nesse tema específico, o princípio do livre convencimento, em que o membro do Conselho de Sentença possui inteira discricção, protegido, constitucionalmente, pelo sigilo da votação (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”), para absolver o acusado por razões, até mesmo, de clemência [...]” (STF, RHC n. 117.076, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 1º/8/2019, p. 9 da decisão). No mesmo sentido: STF, 1ª Turma, HC n. 178.777, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/9/2020; STF, 2ª Turma, HC n. 185.068, Rel. Min. Celso de Mello, Red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/10/2020. Frise-se, no entanto, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é em sentido oposto: STJ, Terceira Seção, HC n. 313.251/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 28/2/2018. Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recente decisão, embora não tenha acolhido o entendimento pela ilegitimidade recursal do Ministério Público, reconheceu que a Lei n. 11.689/2008 reforçou a soberania dos jurados: “[...] com o advento da Lei n. 11.689/2008, que estabeleceu o quesito obrigatório ‘o jurado absolve o acusado?’, abarcando todas as teses defensivas, reforçou-se a soberania dos veredictos, já que os jurados passaram a decidir sem se preocupar com as teses apresentadas em plenário, ainda que de ordem técnica” (TJ-SP, 3ª Câmara de Direito Criminal, Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0004611-15.2015.8.26.0052/50000, Rel. Des. Álvaro Castello, julgado em 25/6/2019, p. 4 do voto do Relator). Recentemente, foi reconhecida a repercussão geral da questão ora debatida: STF, ARE 1.225.185-MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 8/5/2020.

⁵⁹⁹ Cf. o Tópico 2.2.3 – “Paridade de armas e restrição ao recurso acusatório”.

expostos no capítulo precedente, nota-se que o processo penal brasileiro apresenta três hipóteses em que ela não é assegurada ao imputado em sua inteireza, a saber: a) o acórdão que reverte a sentença absolutória; b) a condenação emitida em ação de competência originária pelos tribunais; e c) a condenação proferida pelo tribunal do júri.

Nos dois primeiros casos, inexistem, de fato, um recurso capaz de ensejar o revolvimento fático-probatório. Com efeito, os recursos previstos pelo ordenamento – o recurso especial e o recurso extraordinário – embora permitam uma reexame da condenação, não se mostram capazes de proporcionar um controle integral, porquanto não autorizam o revolvimento fático-probatório, restringindo-se ao exame de questões de direito. Ao passo que, na última hipótese, a despeito da existência do recurso de apelação, a sua disciplina não autoriza a reforma da decisão questionada, motivo pelo qual o reexame proporcionado é ineficaz.

Identificadas tais omissões e indevidas restrições ao direito objeto de análise deste trabalho, impõe-se, então, propor as soluções para a sua implementação.

5 ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

5.1 A apelação defensiva no Código de Processo Penal

A apelação tem como antecedente histórico a *appellatio* do direito romano, modalidade impugnativa das decisões que surge no período da *extraordinaria cognitio*⁶⁰⁰. Trata-se de modalidade de recurso ordinário apto a ensejar o reexame de matérias de fato e de direito e podendo o seu provimento resultar na anulação da decisão (juízo rescindente – *error in procedendo*) ou na sua reforma (juízo rescisório – *error in iudicando*). Via de regra, a apelação é um recurso de fundamentação livre, ressalvada, no processo penal brasileiro, a hipótese da apelação interposta no rito do júri. A apelação é, por isso, o mecanismo de ativação do duplo grau de jurisdição por excelência, o que demanda o exame de seu tratamento naquilo que for pertinente para o desenvolvimento dos escopos desta monografia.

No Código de Processo Penal, as hipóteses de cabimento da apelação estão disciplinadas pelos arts. 416 e 593. O art. 416 do Código de Processo Penal prevê a apelação como recurso adequado para questionar duas espécies de decisões que podem ser proferidas ao final da primeira fase do rito do júri (sumário de culpa – *judicium accusationis*): a impronúncia e a absolvição sumária.

A decisão de impronúncia deverá ser proferida quando o julgador não se convencer “[...] da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação [...],” sendo que “Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova” (CPP, art. 414, *caput* e parágrafo único). Trata-se de “[...] decisão terminativa que encerra o processo sem julgamento de mérito, não havendo produção de coisa julgada material, pois o processo pode ser reaberto a qualquer tempo, até a extinção da punibilidade, desde que surjam novas provas”⁶⁰¹.

Por outro lado, a absolvição sumária tem cabimento nas hipóteses do art. 415 do Código de Processo Penal: a) inexistência do fato; b) comprovação de que o imputado não concorreu para a prática do delito; c) demonstração de que o fato não constitui infração penal; e d) incidência de causa de isenção de pena ou de exclusão do crime, exceto a inimputabilidade (CP, art. 26), salvo se esta for a única tese defensiva (CPP, art. 415, parágrafo único).

- ⁶⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 91; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 223; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1995, p. 40; SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 80; TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 150; MEIRA, Silvio. *Processo civil romano*. 2. ed. Belém: Falangola, 196-?, p. 59 e p. 94. Frise-se que, de acordo com os estudiosos do processo civil romano, é possível separá-lo em três etapas, as quais acompanham a evolução política e social da civilização romana: a) o período das *legis actiones*, vigente desde a fundação de Roma até o fim da República (745 a. C – século VII); b) o período *per formulas* (ou processo formular), introduzido pela *lex Aebutia* (149-126 a. C.) e definitivamente oficializado com a *lex Julia privatorum* (17 a. C.), constituindo, ao lado do anterior, a chamada *ordo iudiciorum privatorum*; e c) o período da *cognitio extra ordinem*, instituída com o advento do Império Romano do Ocidente. É evidente que a *separação é meramente didática*, porquanto há influência e vigência recíprocas, não sendo possível precisar, na linha temporal, o exato momento em que um modelo substitui, definitiva e decisivamente, o outro (MEIRA, Silvio. *Processo civil romano*. 2. ed. Belém: Falangola, 196-?, p. 11-12; TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 39-40). Por sua vez, o processo penal romano também é objeto de uma tríplice separação didática. O primeiro momento é o do intitulado *período comicial*, em que tiveram lugar, concomitante e sucessivamente, a *cognitio*, procedimento caracterizado pela ausência de formalidades e uma série de abusos no uso da *coercitio* e, de outro lado, a *anquisitio*, em que a repressão era feita pela própria coletividade. A segunda etapa é representada pelo *procedimento ordinário*, o *ordo iudiciorum publicorum*, relativo às *quaestiones* e no qual se desenvolveu a *accusatio*, dispensando a figura do acusador particular. E, por fim, o período da *extraordinaria cognitio* (TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 104).
- ⁶⁰¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1032-1033. Justamente por deixar a situação do imputado indefinidamente em aberto, Aury Lopes Junior crítica a decisão de impronúncia, apontando sua inconstitucionalidade e denunciando sua inspiração inquisitória: “Trata-se de decisão substancialmente inconstitucional e que viola, quando de sua aplicação, a presunção de inocência. Se não há prova suficiente da existência do fato e/ou da autoria, para autorizar a pronúncia (e, recorde-se, nesse momento processual, vigora a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*), a decisão deveria ser absolutória. [...] A impronúncia remonta a uma racionalidade tipicamente inquisitória, em que o herege não deveria ser plenamente absolvido [...]” (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1033). Sob outro prisma, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal pontuou que a pronúncia não deve se afastar do *in dubio pro reo* (STF, Segunda Turma, Informativo n. 935, ARE 1.067.932, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/3/2019).

Por sua vez, o art. 593 prevê a apelação como recurso cabível, em primeiro lugar, contra as “[...] sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular” (inc. I), abrangendo não só as sentenças de condenação e absolvição *stricto sensu* (CPP, arts. 386 e 387), como as sentenças de absolvição sumária que devem ser proferidas após o recebimento da resposta à acusação quando (a) for manifesta a incidência de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade, ressalvada a inimputabilidade, (b) tiver sido demonstrada a atipicidade do fato ou (c) estiver extinta a punibilidade do agente (CPP, art. 397). De acordo com Gustavo Badaró, as duas primeiras hipóteses se configuram como decisões absolutórias em sentido estrito. Já a última hipótese, a absolvição sumária em decorrência da extinção da punibilidade, embora rotulada como uma “decisão absolutória”, na realidade, é uma sentença de mérito *lato sensu*, isto é, uma decisão que, a despeito de encerrar o processo, não se pronuncia sobre a pretensão acusatória, condenando ou absolvendo o imputado. Por isso, a definição da modalidade recursal cabível contra tal decisão deveria ser feita levando em conta o seu conteúdo em detrimento do rótulo que lhe foi apostado, motivo pelo qual o recurso adequado para questioná-la seria o recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, VIII, do Código de Processo Penal⁶⁰².

Em segundo lugar, a apelação é o recurso cabível contra as “[...] decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular [...]” que não desafiem o recurso em sentido estrito (inc. II). As *decisões definitivas* são aquelas que encerram o procedimento e apreciam o mérito, mas sem condenar ou absolver o imputado, ao passo que as *decisões com força de definitivas* são aquelas que (a) resolvem processos ou procedimentos incidentais e (b) as terminativas, que encerram o processo sem resolução do mérito⁶⁰³. À apelação, nesse caso, é reservado um papel subsidiário em comparação com o recurso em sentido estrito. Todavia, ainda que se pretenda recorrer somente de um capítulo da sentença condenatória que, em princípio, desafaria o recurso em sentido estrito, deverá ser interposta a apelação, conforme deixa evidenciado o art. 593, § 4º, do Código de Processo Penal.

⁶⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 224-225. Em sentido oposto, reputando cabível a apelação para todas as decisões previstas pelo art. 397 do Código de Processo Penal, cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 95.

Em terceiro lugar, a apelação é cabível das decisões do Tribunal do Júri quando: a) ocorrer nulidade posterior à decisão de pronúncia; b) a sentença do juiz-presidente contrariar a lei ou a decisão dos jurados; c) houver injustiça ou erro na aplicação da sanção penal; e d) a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (inc. III). Nesse caso, a apelação é de fundamentação vinculada, cabendo ao recorrente, na petição de interposição, especificar o fundamento de sua irresignação em alguma das alíneas do inc. III do art. 593, pois “O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição” (Súmula 713 do STF). Como já dito anteriormente, ao definir a apelação como um recurso de fundamentação vinculada, o legislador procurou adotar uma linha intermediária entre o duplo grau de jurisdição e a soberania dos veredictos, outorgando ao Tribunal de Justiça competência para rever a decisão do Júri em situações bastante específicas e, no mérito, não podendo reformá-la⁶⁰⁴.

Finalmente, a apelação é prevista em outras legislações, como a Lei n. 9.099/1995, por exemplo. Aqui, a apelação é cabível contra a sentença (a) que homologa a transação penal (art. 76, § 5º), (b) que rejeita a inicial acusatória e (c) que condena ou absolve o imputado (art. 82, *caput*).

5.1.1 Procedimento

Como se viu oportunamente, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao se ocupar do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, estabeleceu que, no processo penal, o *recurso deve manifestar-se como um mecanismo efetivo*, vale dizer, deve proporcionar ao imputado um *completo e autêntico reexame da sentença de condenação*. Apesar disso, a Corte Interamericana não especifica de que forma ou como o procedimento em segundo grau de jurisdição deve ser estruturado para ser capaz de atender tal exigência, limitando-se a frisar que devem ser incorporadas à fase recursal todas as garantias do art. 8 da Convenção Americana que com ela sejam compatíveis, sendo

⁶⁰³ Definições formuladas com base em: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 226-227; e GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 96.

⁶⁰⁴ V. o Tópico 4.2.7 – “Crimes dolosos contra a vida”.

desnecessária a realização de uma nova etapa de instrução perante o órgão *ad quem*, isto é, não se impõe um *novum iudicium*.

A visão da doutrina não é distinta.

Nesse sentido, Rogerio Schietti Machado Cruz salienta que, na fase recursal, o acusado merece a mesma proteção que lhe é conferida em primeiro grau de jurisdição, independentemente do fato de figurar como recorrente ou recorrido, “[...] pois, afinal de contas, continua ele a ocupar o polo passivo da relação processual penal”⁶⁰⁵. Da mesma forma, Aury Lopes Jr. pontua que a interposição de um recurso não instaura uma situação jurídica processual nova, portando-se como um desdobramento da pretensão acusatória ou da resistência defensiva, conforme a parte que o exerça, sendo imperioso, por isso, que as garantias processuais tenham incidência também na etapa recursal⁶⁰⁶. Por sua vez, Vinicius Gomes de Vasconcellos anota que os “[...] elementos básicos da primeira instância devem ter reflexos no âmbito impugnativo, como a oralidade, a publicidade e contraditório, de modo a possibilitar o exercício efetivo do direito de defesa para reforço da presunção de inocência”⁶⁰⁷. Vale dizer, em síntese, que “Não é porque o processo, em segundo grau, se distancia das provas e das partes, em vista de seu caráter mais ritualizado e escrito, que se poderá privar o acusado de maior influência na atividade judicial [...]”⁶⁰⁸.

A preocupação doutrinária e da jurisprudência internacional é evitar que o recurso seja um mecanismo simplesmente burocrático cuja interposição se limite a ensejar um controle que se resuma na mera constatação do acerto ou desacerto da sentença impugnada por meio de sua simples leitura e, assim, servindo apenas para constatar se o dispositivo da sentença está justificado pelas premissas utilizadas na fundamentação. Pelo contrário: o recurso deve ser um mecanismo que se mostre capaz de fazer com que os tribunais possam aferir a racionalidade da motivação e dos meios de prova que foram empregados para impor a condenação, rompendo o estado de inocência. Como frisa Vinicius Gomes de Vasconcellos, “[...] o recurso sobre a condenação deve se caracterizar como um direito

⁶⁰⁵ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 60.

⁶⁰⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. No mesmo sentido: GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 193.

⁶⁰⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 209.

⁶⁰⁸ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 60

dirigido à proteção do acusado em conformidade com um cenário mais amplo, que define o processo penal como instrumento de limitação do poder punitivo estatal. O controle intraprocessual da decisão judicial se coloca como elemento indispensável para a contenção do poder punitivo, ao passo que se direciona para a constante busca de redução da possibilidade de erros e abusos”⁶⁰⁹.

Sendo assim, devemos analisar se o procedimento definido pela legislação processual brasileira estrutura a apelação como um recurso apto a ensejar um controle efetivo sobre a sentença de condenação.

Para tanto, inicialmente, devemos registrar que o Código de Processo Penal prevê dois tipos de procedimentos para o recurso de apelação: o procedimento ordinário, que tem por objeto o julgamento de crimes a que lei comine a pena de reclusão (CPP, art. 613), e o procedimento sumário, quando o julgamento tenha por objeto crime cujo preceito secundário comine a pena de detenção ou contravenção penal (CPP, art. 610). Essa última hipótese foi relativamente esvaziada com o advento da Lei n. 9.099/1995, que definiu as contravenções penais como crimes de menor potencial ofensivo (art. 61), sujeitando-as, por isso, ao rito sumaríssimo, em regra. A esse propósito, como observa Gustavo Badaró, a despeito do advento da Lei n. 9.099/1995, o art. 610 do Código de Processo Penal não foi revogado, podendo ser aplicado quando o feito, originariamente instaurado no Juizado Especial Criminal, venha a ser remetido ao Juízo Comum, seja porque o imputado não foi localizado e, por isso, deverá ser efetuada a sua citação por edital, o que é incompatível com aquele rito (Lei n. 9.099/1995, art. 66, parágrafo único), seja porque o caso demanda maior complexidade, tornando inviável o oferecimento da inicial sob a forma oral (Lei n. 9.099/1995, art. 77, §§ 2º e 3º)⁶¹⁰.

Os ritos acima referidos distinguem-se, em síntese, pela presença ou ausência da figura do revisor e pelo estabelecimento de prazos mais ou menos longos para a tramitação do recurso na superior instância.

⁶⁰⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 186.

⁶¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 244.

Para tornar a exposição mais didática, impõe-se a análise do procedimento recursal em suas duas etapas: perante o juízo *a quo* e, após, perante o juízo *ad quem*. Finalmente, será feita a análise do procedimento recursal tipificado pela Lei n. 9.099/1995.

De qualquer forma, parece oportuno registrar, desde logo, que o procedimento recursal é essencialmente escrito, não ensejando um contato direto dos julgadores com os meios de prova, exceto mediante a leitura dos registros documentados ou, atualmente, a partir da visualização dos registros audiovisuais (CPP, art. 405, § 1º).

5.1.1.1 Procedimento no juízo a quo

O prazo para a interposição da apelação é de cinco dias (CPP, art. 593), podendo ser interposta por petição ou termo nos autos (CPP, art. 577) e, interposta a apelação, “[...] o apelante e, depois dele, o apelado terão o prazo de oito dias cada um para oferecer razões, salvo nos processos de contravenção, em que o prazo será de três dias” (CPP, art. 600).

Desse modo, ao ser intimado da condenação, o imputado poderá, desde logo, manifestar-se sobre o interesse em recorrer e, em caso afirmativo, assinar o respectivo termo de recurso, cabendo à defesa técnica arrazoar o recurso por ele já interposto. A defesa técnica, nesse caso, manifesta-se por força da exigência da *necessidade de motivação dos recursos* ou *regra da dialeticidade*, a exigir a exposição das razões que devem conduzir à reforma ou anulação da sentença impugnada e, com isso, assegurando não só ampla defesa, como, ainda, respeitando o contraditório, visto que a ausência das razões impede a parte contrária de contra-arrazoar o recurso⁶¹¹.

Paralelamente, o Código de Processo Penal também atribui ao próprio defensor a legitimidade para a interposição do recurso, de maneira autônoma em face do imputado; ao

⁶¹¹ Como explica Gustavo Badaró, “A ideia de dialeticidade representa a projeção, em segundo grau de jurisdição, da mesma estrutura dialética que se desenvolve em primeiro grau. O contraditório, além de ser uma garantia política, que assegura a participação dos interessados no ato final de poder, também tem função heurística, por permitir que, pelo confronto dialético entre tese e antítese, o juiz chegue a uma síntese de melhor qualidade. Quanto mais uma hipótese for submetida à verificação e confronto com teses contrárias, sua persistência dará mais segurança em que se trata da posição da correta” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96). Cf., ainda: LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1210-1211; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 3, p. 63-65; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.

fazê-lo, o legislador procurou “[...] garantir ao acusado uma defesa técnica efetiva e capaz de superar suas enormes deficiências jurídicas e, no mais das vezes, também sociais, culturais e econômicas”⁶¹² e, por isso, o interesse recursal do defensor deve ser compreendido de maneira diversa do interesse recursal do próprio acusado, porquanto não é a ele que será assegurado o benefício prático decorrente de eventual provimento da impugnação, fundamentando-se, então, em duas angulações, a saber: “[...] uma, pela defesa intransigente dos direitos e garantias de seu constituinte e, a outra, pelo prestígio do direito ao recurso para o polo passivo da ação penal”⁶¹³.

Diante dessa legitimidade dúplice, há situações em que se verifica uma colidência entre o imputado e a sua defesa técnica quanto à vontade de recorrer, surgindo o problema de saber qual das manifestações de vontade deverá prevalecer.

Para solucionar a questão em tela, inicialmente, impõe-se frisar que *o direito ao reexame da sentença não é indisponível*. Pode o acusado dele dispor, desde que a renúncia seja feita de maneira esclarecida, vale dizer, na presença de seu defensor e com a explicação, de um lado, das consequências da não interposição do recurso e, de outro, das chances de seu provimento⁶¹⁴. Adicionalmente, pontue-se que não deve haver diferenciação entre as vontades do acusado e de seu defensor, visto que a legitimidade dúplice “[...] é sinal de que o legislador, ao sopesar ambas as vontades, julgou as duas relevantes; a do acusado em atuar em seu próprio benefício e a do defensor em promover, da forma mais eficaz, a defesa dos interesses de seu representado”⁶¹⁵. E, por fim, rememore-se que a defesa técnica no processo penal é indisponível e, em especial, na fase recursal, sua imprescindibilidade mostra-se ainda mais patente, porquanto se trata de etapa na qual “[...] se exige profundo conhecimento técnico-jurídico nem sempre peculiar ao acusado”⁶¹⁶.

⁶¹² MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 385.

⁶¹³ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 387-388.

⁶¹⁴ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

⁶¹⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 390.

⁶¹⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 391.

Duas situações, assim, podem ser visualizadas: a) a interposição do recurso pelo próprio sentenciado e a omissão de seu defensor; e b) a interposição do recurso pelo causídico sem a anuência do imputado.

5.1.1.1.1 Interposição do recurso pelo sentenciado e omissão do defensor

Na primeira situação proposta, o sentenciado, ao ser intimado da condenação, manifesta o desejo de impugná-la, mas seu causídico se omite injustificadamente, deixando de apresentar as respectivas razões. Aqui, de início, deve-se registrar que, para o Comitê de Direitos Humanos da ONU, na hipótese de omissão do causídico, o sujeito sentenciado deve ser informado da intenção de seu defensor de não interpor o recurso cabível no caso, sob pena de vulneração do art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁶¹⁷.

Em tal situação, poder-se-ia defender a remessa dos autos à instância superior independentemente da apresentação das razões pela defesa técnica, sob o argumento de que o recurso seria amplo e, por isso, viabilizaria o conhecimento de toda a matéria debatida perante o primeiro grau de jurisdição. Nesse sentido, de acordo com o art. 601 do Código de Processo Penal, “Findos os prazos para razões, os autos serão remetidos à instância superior, com as razões ou sem elas [...]”. Trata-se de regra que não foi recepcionada pela atual Constituição Federal, porquanto violadora da ampla defesa e do contraditório⁶¹⁸. A uma, porque a remessa dos autos sem as razões recursais prejudica o direito de defesa do imputado, tendo em vista que, via de regra, ele não é detentor do indispensável conhecimento técnico-jurídico necessário para uma atuação defensiva efetiva. A duas, porque a ausência das razões recursais impede o debate qualificado pelo adversário, porquanto não poderá ele expor os motivos pelos quais acredita que o recurso deva ser improvido, mantendo-se a decisão a impugnada.

⁶¹⁷ CDH-ONU, Comentário-Geral n. 32/2007, p. 19-20.

⁶¹⁸ Nesse sentido: LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1276-1277; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97. No entanto, no Supremo Tribunal Federal há precedentes apontando que a não apresentação das razões recursais pelo defensor regularmente intimado não constitui cerceamento de defesa, não gerando, por isso, nulidade processual: STF, Primeira Turma, HC 91.251, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 19/06/2007; STF, Primeira Turma, HC 109.242, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 08/05/2012.

Por isso, constatada a desídia do patrono constituído pelo imputado, deve ele ser intimado pessoalmente para que constitua novo advogado e, somente na hipótese de sua omissão quanto a essa determinação judicial, os autos devem ser encaminhados à Defensoria Pública, que atuará supletivamente, tendo em vista que “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (CPP, art. 261), cabendo ao Estado prestar-lhe a imprescindível assistência jurídica, por meio de tal Instituição (CF, art. 5º, LXXIV c. c/ art. 134)⁶¹⁹. É, portanto, incorreta a imediata remessa dos autos à Defensoria Pública para apresentação das razões recursais.

Isso porque um dos elementos do direito à autodefesa é o direito a ter sua defesa patrocinada por defensor de sua escolha. Com efeito, dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8.2.d, que todo indivíduo submetido à persecução penal tem o direito de “[...] defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor”⁶²⁰. É essa a lógica que, aliás, alimenta a Súmula n. 707 do Supremo Tribunal Federal ao estipular que “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça entende que, após a constatação da omissão do advogado constituído, os autos não devem ser encaminhados diretamente à Defensoria Pública,

⁶¹⁹ Nesse sentido, Gustavo Badaró sustenta que “No caso de apelação interposta pelo acusado, havendo omissão do defensor constituído em apresentar as razões recursais, o acusado deverá ser intimado para constituir outro defensor ou deverá haver nomeação de defensor dativo, sendo nulo o julgamento realizado sem que o recurso tenha sido arazoado” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 245). No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 117.

⁶²⁰ Sobre o direito de defesa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos consignou que se trata que “[...] deve poder ser exercido desde o momento em que se aponta uma pessoa como possível autor ou partícipe de um fato punível e somente se encerra quando finalizado o processo. Sustentar o oposto implica violar as garantias convencionais que protegem o direito de defesa, entre elas, o art. 8.2, b, a que o investigado encontra-se em determinada fase processual, deixando aberta a possibilidade de que, com anterioridade, reste afetado o âmbito de seus direitos por meio de atos públicos que desconhece ou aos quais não pode refutar ou opor-se com eficácia, o que é evidentemente contrário à Convenção. O direito de defesa obriga o Estado a tratar o indivíduo, a todo momento, como um verdadeiro sujeito do processo, no sentido mais amplo do termo e não simplesmente como um objeto do processo” (CtIDH, caso Arguelles e outros vs. Argentina, sentença de 20/11/2014, tradução livre, § 175: “[...] debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso. Sostener lo opuesto implica supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b), a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”).

devendo ser intimado o imputado para que se manifeste sobre o interesse em constituir novo causídico ou não; a inobservância desse procedimento gera nulidade absoluta, eis que o imediato encaminhamento dos autos à Defensoria Pública viola à ampla defesa, especificamente no que se refere ao direito do imputado a ter sua defesa patrocinada por defensor técnico de sua escolha e confiança⁶²¹.

Ao final, caso os autos sejam corretamente remetidos à Defensoria Pública, poderá restar configurada a consequência a que se refere o art. 265 do Código de Processo Penal, devendo ser aplicada a multa ao causídico desidioso e, ainda, se não for constatada a hipossuficiência econômica do imputado, haverá a possibilidade de cobrança de honorários advocatícios (CPP, art. 263, parágrafo único) a serem destinados à Instituição, tendo em vista ser vedado aos seus membros a percepção das referidas verbas, até porque lhes é vedado o exercício da advocacia (CF, art. 134, § 1º, c. c/ LC n. 80/94, art. 130, III)⁶²².

5.1.1.1.2 Interposição do recurso pelo defensor sem anuência do acusado

Diversa é a situação em que, a despeito da ausência de vontade do acusado na interposição do recurso, seu defensor impugna a decisão que lhe é prejudicial.

Para uma parcela da doutrina, nesse caso, deveria prevalecer a manifestação de vontade do defensor, porque ele “[...] recorreu não só em razão de seus conhecimentos técnicos, mas sobretudo para a melhor garantia do direito de defesa”⁶²³. Na mesma linha é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, estipulando a sua Súmula n. 705 que, diante do conflito entre autodefesa e defesa técnica, deverá haver a submissão da condenação à apreciação do órgão *ad quem*.

⁶²¹ STJ, Quinta Turma, AgRg no AREsp n. 1.213.085/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 15/03/2018.

⁶²² No caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, os honorários advocatícios são destinados ao Fundo da Escola da Defensoria Pública (LCE-SP n. 988/2006, art. 237 c. c/ LCE-SP n. 12.793/2008, art. 3º, II). Ressalte-se que a capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública “[...] decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público” (LC n. 80/1994, art. 4º, § 6º). Por isso, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que os defensores públicos não precisam de inscrição na OAB para atuação (STJ, Segunda Turma, REsp n. 1.710.155/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1/3/2018). E para a mesma direção parece caminhar o Supremo Tribunal Federal: ADI n. 4.636, Rel. Min. Gilmar Mendes e RE n. 1.240.999, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

⁶²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

Em sentido diverso, Maurício Zanoide de Moraes pondera que a solução deve dar-se casuisticamente a partir do critério do interesse-utilidade. Assim, em sua opinião, “Se for mais profícuo ao acusado não recorrer, o Tribunal *ad quem* deverá não conhecer de eventual impugnação por falta daquele interesse, pouco importando de quem tenha partido a iniciativa recursal [...],” salientando, no entanto, que “[...] no momento do juízo de admissibilidade do recurso, a dúvida deverá ser resolvida em favor de seu conhecimento”⁶²⁴. Ademais, Gustavo Badaró advoga que, por compartilharem o acusado e seu defensor de uma legitimidade concorrente referente a um único direito, poderá aquele desistir do recurso interposto por este, devendo prevalecer, portanto, a vontade do próprio imputado, já que é ele o titular do direito em questão⁶²⁵.

Ora, como já apontado inicialmente, a garantia do duplo grau de jurisdição não é indisponível. E, a despeito da legitimidade dúplice, o fato é que o seu titular é o imputado. Assim, deverá prevalecer a manifestação de vontade do imputado, desde que regularmente expressado o intuito de não impugnar a sentença.

5.1.1.1.3 Desistência e renúncia

A renúncia e a desistência são arroladas pela doutrina, respectivamente, como fatos impeditivos e extintivos dos recursos. Definem-se, portanto, como situações em que o imputado dispõe da garantia, de modo que a configuração de algumas delas obsta a sua admissibilidade e impede o seu conhecimento. O critério para diferenciá-las é o momento em que manifestadas: enquanto a renúncia é manifestada previamente à interposição do recurso e, assim, apresenta-se como uma espécie de preclusão lógica, a desistência é efetuada após a interposição recursal⁶²⁶.

O duplo grau de jurisdição é uma garantia processual, a ele sendo aplicado o regramento inerente à teoria dos direitos fundamentais. Uma das características essenciais dos direitos fundamentais é a sua indisponibilidade. Apesar disso, não há dúvidas de que são

⁶²⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 391-392.

⁶²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 144.

⁶²⁶ Cf: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 88-89; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135-145.

legítimos os atos de disposição recursal – a renúncia e a desistência. Com efeito, André de Carvalho Ramos ensina que, em termos gerais, a indisponibilidade significa o impedimento a que o titular de um direito abra mão de seu exercício. Trata-se de uma característica que deve ser conceituada em abstrato, não podendo impedir o exercício da autonomia individual. Por isso, o ato de disposição de um direito fundamental, por si só, não é ilegítimo. O titular poderá abrir mão de seu direito fundamental, desde que, com isso, não viole a sua própria dignidade, isto é, não seja reduzido a mero objeto, perdendo sua condição humana⁶²⁷. Ora, ao abrir mão do direito a ter sua condenação reexaminada por uma instância diversa da que a prolatou, seja por meio da renúncia, seja mediante a desistência, não parece que o imputado atente contra a sua própria dignidade, pois tal situação não lhe acarreta uma discriminação odiosa ou um tratamento degradante⁶²⁸, motivo pelo qual é correto concluir que o duplo grau de jurisdição é uma garantia processual disponível.

Note-se, ainda, que em ambos os casos, apesar de dispor da garantia em tela, o imputado tem ciência da decisão e pode aferir, desde logo, as consequências de seu ato, o que significa dizer que é imprescindível que ele tenha acesso aos termos da sentença para que tais atos de disposição possam ser considerados legítimos. Dessa maneira, o imputado, efetuando um juízo seletivo-valorativo guiado por critérios de utilidade e de necessidade da melhora de sua esfera jurídica *após* a prolação da decisão passível de impugnação, opta por abrir mão de seu direito de recorrer.

Todavia, há duas situações que podem causar estranheza, merecendo maiores esclarecimentos.

A primeira delas refere-se à possibilidade de interposição do recurso de apelação contra a sentença que homologa a transação penal (Lei n. 9.099/95, art. 76, § 2º). Indaga-se: a aceitação da transação penal não deveria implicar a preclusão lógica do direito de impugnar a sentença? Aceitando os termos da transação, sendo esses homologados, por questão de coerência processual, não deveria o imputado ser impedido de impugná-la?

Na verdade, não. A aceitação da transação penal, *in casu*, pode ter sido feita por estratégia processual. No caso concreto, os termos oferecidos pelo *Parquet* podem ter se

⁶²⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 234-237.

⁶²⁸ Conforme leciona André de Carvalho Ramos, “[...] a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74, *grifos do autor*).

mostrado excessivos, mas o imputado decide aceitá-los para evitar a preclusão desse mecanismo de política criminal, visto que o momento para o seu oferecimento é anterior à propositura da ação penal. Assim, a não aceitação da transação penal nesse momento procedimental impedirá o seu posterior oferecimento, eis que, diante da negativa do imputado, será proposta a ação penal. Dessa forma, o imputado opta pela aceitação, a despeito da gravosidade das condições, mas impugna a sentença de homologação, para que a Turma Recursal possa ajustar os termos da transação⁶²⁹. Há, pois, interesse recursal e, por conseguinte, é incorreto afirmar que a aceitação da transação penal equivaleria à renúncia à garantia de recorrer da sentença de homologação. Corroborando essa linha de raciocínio, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal consignou que, a aceitação da transação penal não impede o conhecimento do *habeas corpus* impetrado para trancamento do processo criminal sob alegação de inépcia da inicial acusatória e ausência de justa causa⁶³⁰.

A segunda situação de perplexidade decorre de fatos noticiados pela mídia envolvendo a “Operação Lava-Jato”. Segundo informado pelos veículos de imprensa, uma das cláusulas dos termos de colaboração previa que o colaborador renunciaria à garantia de recorrer das sentenças condenatórias relativas a fatos que são objeto do acordo de colaboração premiada⁶³¹. Tal situação parece atentar contra a garantia do duplo grau de jurisdição. Como é possível admitir a renúncia à garantia em questão sem ter conhecimento da sentença penal, sendo certo que o magistrado não está obrigado a homologar todos os termos do acordo de colaboração premiada, podendo “[...] adequá-la ao caso concreto” (Lei n. 12.850/2013, art. 4º, § 8º)?⁶³² É certo, ainda, que há benefícios fixados na colaboração

⁶²⁹ É a observação de LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 981-982.

⁶³⁰ STF, Segunda Turma, HC 176.785 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/10/2019.

⁶³¹ Cláusula n. 17 do Termo de Colaboração Premiada firmada entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa: “Ao assinar o acordo de colaboração premiada, o colaborador, na presença de seu advogado, está ciente do direito constitucional ao silêncio e da garantia contra a autoincriminação. Nos termos do art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013, o colaborador renuncia, nos depoimentos em que prestar, ao exercício do direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. O colaborador renuncia ainda, ao exercício do direito de recorrer das sentenças penais condenatórias proferidas em relação aos fatos que são objeto deste acordo, desde que elas respeitem os termos aqui formulados”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2019.

⁶³² Sobre esse ponto, elucida Guilherme de Souza que “Quanto à *adequação ao caso concreto*, o máximo que o magistrado pode realizar é a adaptação de alguns pontos à legalidade, sem se imiscuir no seu conteúdo.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 2, p. 698, *grifos do autor*).

premiada cuja incidência é incerta, visto que a sentença é o momento apropriado para apreciar os termos e a eficácia do acordo (Lei n. Lei n. 12.850/2013, art. 4º, § 11)⁶³³.

Sendo assim, não se deve concordar com similar possibilidade aventada em acordos de colaboração premiada, “[...] pois, além de impor o aceite a eventual prejuízo desconhecido pelo imputado, inviabiliza por completo o controle dos acordos pelos tribunais, fomentando práticas ilegais e acordos informais”⁶³⁴. Dessa forma, tais cláusulas devem ser rechaçadas, eis que suprimem o exercício, em abstrato, da garantia de acesso à jurisdição, “[...] nada obstando que venha a ser voluntariamente negociada a desistência de um específico *habeas corpus* previamente impetrado ou de um recurso já interposto”⁶³⁵.

Não se pode, portanto, admitir a *renúncia em abstrato*. Com efeito, a renúncia à garantia de recurso, enquanto ato de disposição do duplo grau de jurisdição, é legítima desde que o cidadão condenado possa aferir, desde logo, as consequências de seu ato, ou seja, é necessário que ele conheça os termos da sentença. Aliás, a renúncia formulada abstratamente, na verdade, equivale a renunciar ao próprio acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV; CADH, art. 25; PIDCP, art. 2.3)⁶³⁶, sendo manifesto o risco de perpetuação de atos arbitrários.

5.1.1.2 Procedimento no juízo ad quem

No juízo *ad quem*, a diferença essencial entre os ritos sumário e ordinário no processamento do recurso de apelação é que, no primeiro, os autos serão distribuídos ao

⁶³³ Como esclarece, a propósito, Pierpaolo Cruz Bottini: “Uma vez *homologado* o acordo, seus preceitos são *válidos* e geram *efeitos* no mundo jurídico, sendo parte deles meramente *potencial* – uma vez que a colaboração se dará no curso da *instrução penal* e os benefícios dependem de sua *efetividade* futura – e parte *imediate*, como o direito à preservação do sigilo e à proteção do colaborador” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 189, *grifos do autor*).

⁶³⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 185.

⁶³⁵ CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 236.

⁶³⁶ A esse propósito, é interessante observar que nem mesmo a declaração de estado de sítio ou de defesa (CF, arts. 136 a 139) podem afastar a garantia de acesso à jurisdição. Com efeito, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece em seu art. 27 a possibilidade de suspensão de determinados direitos e garantias, mas é expressa em afirmar que não poderão ser suspensas as “[...] garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos” (CADH, art. 27.2). Sobre o ponto, cf. a Opinião Consultiva n. 8/1987 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

relator e, em seguida, imediatamente remetidos à Procuradoria de Justiça, para apresentação do parecer em cinco dias; em seguida, os autos passarão ao relator, por igual prazo, que deverá determinar a designação de dia para julgamento. No segundo, após a distribuição ao relator, os autos serão encaminhados à Procuradoria de Justiça, devendo o parecer ser apresentado em 10 dias e, na sequência, apresentado o relatório no mesmo prazo, os autos seguirão ao revisor, que terá idêntico prazo e deverá determinar a designação de dia para julgamento.

A decisão será proferida por maioria de votos e, em caso de empate, “[...] se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu” (CPP, art. 615, § 1º).

Em conformidade com o disposto no art. 616 do Código de Processo Penal, o órgão *ad quem* poderá “[...] proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências”. Embora o processamento da apelação não enseje um novo julgamento – *novum iudicium* –, em que será realizada uma nova instrução, ao Tribunal é permitida a determinação de produção de outros elementos de prova, caso entenda necessário.

Ademais, o Tribunal poderá proceder à *emendatio libeli* (CPP, art. 383), corrigindo a classificação jurídica atribuída aos fatos imputados ao acusado, mas não poderá realizar a *mutatio libeli* (CPP, art. 617), sob pena de supressão de instância, um dos elementos da garantia do duplo grau de jurisdição.

No que se refere à presença da defesa na sessão de julgamento, impõe-se registrar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido de ser “[...] nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação, ou publicação da pauta, salvo em *habeas corpus*” (STF, Súmula n. 431)⁶³⁷. E, nos termos da Súmula n. 117 do Superior Tribunal de Justiça, “A inobservância do prazo de 48 horas, entre a publicação de pauta e o julgamento sem a presença das partes, acarreta nulidade”. O que significa, em síntese, que, ressalvado o julgamento de *habeas corpus*, a defesa deve ser intimada da sessão de

⁶³⁷ No Superior Tribunal de Justiça, cf.: STJ, HC n. 450.768/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/03/2019. Há precedente do Supremo Tribunal Federal, todavia, estabelecendo que a defesa deve ser intimada da inclusão do feito em pauta, sendo desnecessária a intimação da data específica de julgamento (STF, HC n. 138.097, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso). No caso dos Defensores Públicos, diante da prerrogativa que a Lei Complementar n. 80/1994 lhes assegura no art. 128, I, é imprescindível a sua intimação pessoal para a sessão de julgamento.

julgamento e, entre a data da intimação e a data da publicação da pauta, deve haver uma antecedência mínima de 48 horas.

Além disso, no julgamento dos recursos criminais, três situações distintas podem ser verificadas: a) recurso exclusivo da defesa; c) recurso exclusivo da acusação; ou b) recurso de ambas as partes. À luz do art. 610, parágrafo único, do Código de Processo Penal, em todas essas hipóteses, no julgamento da apelação, “[...] o presidente concederá, pelo prazo de 10 (dez) minutos, a palavra aos advogados ou às partes que a solicitarem e ao procurador-geral, quando o requerer, por igual prazo”. Percebe-se, com isso, que o Procurador de Justiça, novamente, exporá suas alegações após a manifestação da defesa, tal como sucede com o parecer escrito, hipótese em que há não só violação à paridade de armas, ao contraditório e à ampla defesa, como não se pode conceber que se trate de manifestação imparcial, visto que oriunda do mesmo órgão que encampa a pretensão acusatória.

A despeito do citado art. 610, parágrafo único, em se tratando de recurso exclusivo da acusação ou de recurso de ambas as partes, não há dúvidas de que a defesa deverá manifestar-se por último⁶³⁸. Entretanto, na hipótese de recurso exclusivo da defesa, a doutrina não é unânime sobre a ordem das manifestações. Assim, de acordo com Gustavo Badaró, se o recurso tiver sido interposto apenas pela defesa, caberá a última palavra à acusação⁶³⁹.

Em sentido diverso, Rogério Schietti Cruz sustenta que, independentemente da parte que tenha interposto o recurso, a defesa sempre deverá manifestar-se por último. Para justificar seu entendimento, ele enfatiza que, no processo penal, o acusado é sempre a parte hipossuficiente, assumindo o encargo de rebater a imputação que contra ele foi formulada pelo órgão de acusação. Portanto, ainda que o recurso tenha sido interposto pela defesa, a sua atuação não abandona essa característica de resistência, até porque o recurso é um desdobramento da ação, de modo que, como esclarece Vicente Greco Filho, “Ao ser interposto, o procedimento desenvolve-se em *nova etapa da mesma relação processual*”⁶⁴⁰. Trata-se, por isso, de uma lógica inversa à do processo civil, em que ambas as partes

⁶³⁸ Nesse sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 188.

⁶³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 188.

⁶⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 329, *grifos nossos*.

exercem, simultaneamente, a posição de ataque e defesa. Sendo assim, a lógica de manifestação do recorrido necessariamente após a manifestação do recorrente, apenas em razão da posição que contingencialmente ocupam em determinado caso, não pode ser reproduzida para o processo penal. Com isso, partindo de uma construção alinhada às especificidades do processo penal, tem-se que perante a instância recursal, ainda que tenha partido do imputado a impugnação, ele sempre “[...] continuará com todo o interesse em perseverar na tentativa de expor suas razões fático-jurídicas e de mostrar ao tribunal *ad quem* o desacerto da tese acusatória e da sentença que lhe foi desfavorável”⁶⁴¹, motivo pelo qual o Tribunal deverá conceder à defesa o direito a se manifestar por último.

Isso posto, conclui-se que ao imputado, seja ele recorrente ou recorrido, deverá ser assegurado o direito de manifestar-se por último na sessão de julgamento. Trata-se do *direito à última palavra*, uma derivação da ampla defesa e do contraditório, devendo ser aplicado tanto à defesa pessoal quanto à autodefesa. Assim, assegura-se ao polo passivo da ação penal o direito de rebater e contraditar as declarações efetuadas pelo órgão de acusação⁶⁴². Não por outro motivo, o interrogatório, ato manifestamente defensivo, deve ser o último ato processual, em qualquer procedimento⁶⁴³. Assim, em sede recursal, à defesa técnica deve invariavelmente ser assegurado o direito à última palavra.

⁶⁴¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 187.

⁶⁴² GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118.

⁶⁴³ Acerca da natureza jurídica do interrogatório, conforme ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “Consubstanciando-se a autodefesa, enquanto direito de audiência, no interrogatório, é evidente a configuração que o próprio interrogatório deve receber, transformando-se de meio de prova (como ainda o considera o Código de Processo Penal de 1941: art. 185 *est seq.*) em meio de defesa [...]”, sendo “[...] certo que, por intermédio do interrogatório – *rectius*, das declarações espontâneas do acusado submetido a interrogatório –, o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade. Mas não é para esta finalidade que o interrogatório está preordenado. Pode constituir *fonte de prova*, mas não é *meio de prova*: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; ANTONIO MAGALHÃES; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 79, *grifos dos autores*). No Supremo Tribunal Federal, a questão foi pacificada, fixando-se a exegese de que o art. 400 deve ser aplicado a todos os procedimentos penais. Como pontuou o Min. Relator Dias Toffoli, “[...] a não observância do CPP na hipótese acarreta prejuízo evidente à defesa dos pacientes, em face dos princípios constitucionais em jogo, pois a não realização de novo interrogatório ao final da instrução subtraiu-lhes a possibilidade de se manifestarem, pessoalmente, sobre a prova acusatória coligida em seu desfavor (contraditório) e de, no exercício do direito de audiência (ampla defesa), influir na formação do convencimento do julgador” (STF, Tribunal Pleno, HC n. 127.900, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 03/03/2016, p. 8 do acórdão). Não é dissonante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, HC 390.707/SC, julgado em 14/11/2017.

5.1.1.2.1 A apresentação de parecer pelo membro do Ministério Público: violação do contraditório

Em conformidade com o disposto no art. 610, parágrafo único, do Código de Processo Penal, no procedimento relativo ao julgamento dos recursos em sentido estrito e das apelações, ressalvados, respectivamente, o recurso interposto no caso de *habeas corpus* ou em processo envolvendo a apuração de contravenção ou crime apenado com detenção, “[...] os autos irão imediatamente com vista ao procurador-geral pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá designação de dia para o julgamento”. Trata-se de dispositivo que fundamenta a apresentação de parecer pelo membro do *Parquet* oficiante em segunda instância, amparado, sobretudo, na suposta imparcialidade do Ministério Público.

Com efeito, de acordo com uma visão tradicional na doutrina, o Ministério Público, não obstante seja parte no processo penal, seria imparcial, tendo em vista que sua atuação não se limita à tutela da pretensão acusatória, devendo guiar-se pela correta aplicação das leis. Como lecionam, a esse propósito, Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, “O Ministério Público manifesta a pretensão punitiva na ação condenatória e pugna pela correta aplicação da lei aos fatos provados”, sendo que “[...] o desempenho de uma destas funções não desnatura ou impede o pleno exercício da outra. Pode-se mesmo afirmar que a ideia de parcialidade não é inerente ao conceito de parte”⁶⁴⁴. Na mesma ordem de ideias, Eugenio Pacelli afirma que o Ministério Público “[...] tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas *da ordem jurídica*, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante *da e na* jurisdição penal”⁶⁴⁵. Ainda, Maurício Zanoide de Moraes parte da premissa que a atuação como fiscal da ordem jurídica é da essência conceitual da Instituição, ao passo que o exercício da pretensão acusatória é uma exigência do “[...] sistema acusatório do processo penal e que sempre estará submetida ao cumprimento do ordenamento”, motivo pelo qual “[...] ao Ministério Público não interessa

⁶⁴⁴ JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 13. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 248-249.

⁶⁴⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 460, *grifos do autor*. Também defendem a imparcialidade do Ministério Público: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 523; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2008, p. 333; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 547-548.

apenas uma decisão penal condenatória, mas, para além e acima disso, interessa tão-só um *legítimo* título condenatório penal”⁶⁴⁶.

Em sentido oposto, Gustavo Badaró demonstra os equívocos dogmáticos em considerar o Ministério Público uma “parte imparcial”. Em primeiro lugar, a suposta imparcialidade viola o modelo acusatório, tendo em vista que a sua conformação exige uma atuação dialética dos sujeitos processuais, com partes atuando em igualdade de condições e representando interesses distintos, de modo que admitir a imparcialidade do *Parquet* significa tornar a contraposição entre tese e antítese algo meramente formal, artificial. Adicionalmente, a imparcialidade do Ministério Público, em última análise, acaba por enfraquecer a presunção de inocência, tendo em vista que a suposta atuação imparcial do órgão de acusação gera uma maior credibilidade da tese por ele encampada, pois, se ele não é parcial e deve guiar-se pela correta aplicação das leis, por via de consequência, não propugnaria pela condenação senão nas hipóteses em que o réu fosse, de fato, culpado. E, por fim, uma eventual atuação em favor do imputado, pleiteando sua absolvição, em nada se relaciona com a imparcialidade, decorrendo do fato de que ao representante do *Parquet*, enquanto órgão do Estado, impõe-se o respeito aos imperativos morais e legais que regem a atuação estatal⁶⁴⁷. No mesmo sentido, Aury Lopes Junior enfatiza que o Ministério Público “[...] não é e nunca foi uma parte imparcial, até porque se é parte, jamais seria imparcial”, ressaltando que, ao se manifestar pela absolvição, o seu representante “[...] não o faz por ‘imparcialidade’ e tampouco por dispor da ação penal ou do recurso, senão que, como agente público, está obrigado à estrita observância dos princípios da objetividade, impessoalidade e, principalmente, legalidade”⁶⁴⁸.

Outro não é o entendimento de Rogerio Schietti Cruz. Também discordando da imparcialidade do *Parquet*, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça demonstra que a apresentação do parecer ministerial não tem embasamento legal. Na verdade, trata-se de uma prática oriunda de norma estabelecida pelo Decreto n. 1.723/1856, que abria vista aos membros do Ministério Público atuantes em segunda instância para arrozarem e requererem o que entendessem pertinente. No entanto, a atual norma do Código de Processo Penal

⁶⁴⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 282-284.

⁶⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 207-225.

⁶⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1234.

apenas menciona que ao Ministério Público será aberta vista, sem especificar qual providência o seu órgão deverá adotar. Por isso, a apresentação do parecer ministerial seria facultativa e, sempre que ocorresse a sua juntada aos autos, dever-se-ia abrir vista à defesa, de modo a assegurar a igualdade entre as partes e o respeito à ampla defesa⁶⁴⁹.

Sendo assim, não se pode concordar com a apresentação de parecer pelo Ministério Público em segunda instância. A uma, porque não se trata de uma atuação imparcial. A duas, porque o oferecimento do parecer ministerial viola o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas⁶⁵⁰. A três, porque não há fundamento jurídico-legal para a sua apresentação, estando essa atuação mais ligada a uma reminiscência histórica do que a uma autêntica previsão normativa.

Dessa forma, duas soluções podem ser vislumbradas: a) a não recepção do art. 610, parágrafo único, do Código de Processo Penal, pela atual ordem constitucional-convencional; ou b) a sua interpretação conforme, para que se extraia dele a norma no sentido de que a apresentação do parecer constitui mera faculdade cujo exercício deverá ensejar a correlata possibilidade de manifestação pela defesa, assegurando-se, com isso, o direito à última palavra.

5.1.1.3 Procedimento no rito dos Juizados Especiais Criminais

No rito sumaríssimo, a apelação deverá ser interposta no prazo de dez dias por petição acompanhada, desde logo, das razões (Lei n. 9.099/1995, art. 82, § 1º). Caso a apelação seja interposta pelo defensor ou representante do Ministério Público desacompanhada das razões, o recurso não deverá ser conhecido, tendo em vista a irregularidade procedimental, já que inobservada a regra específica⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 80-84.

⁶⁵⁰ Como observa Jaques de Camargo Penteado, ao criticar a apresentação do parecer ministerial, “Até o contraditório não é bem tratado pelo Código de Processo Penal, eis que se permite que o acusador de segunda instância se manifeste nos autos após as razões e as contra-razões de recurso” (PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131).

⁶⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 246; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 116.

Todavia, é de se frisar que, se o juízo *a quo*, a despeito de se tratar de processo que seguia o rito sumaríssimo, imprimiu-lhe o rito do Código de Processo Penal, a permitir a ulterior apresentação das razões, é defeso à Turma Recursal pretender a alteração do rito, de maneira retro-operante, para inadmitir apelação, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal⁶⁵². A restrição, *in casu*, deriva da preclusão lógica, ou seja, a perda de uma faculdade ou poder processual em decorrência da anterior prática de um ato incompatível com o exercício desse poder/faculdade, violando a legítima expectativa dos outros sujeitos processuais. Nesse sentido, como esclarece Fredie Didier Jr., “Ao adotar um comportamento que contrarie comportamento anterior, a parte ou o juiz atua de forma desleal, frustrando expectativas legítimas de outros sujeitos processuais. Comportando-se em um sentido, o sujeito cria, em outro sujeito processual, fundada confiança – confiança essa a ser averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé ou o fim econômico-social –, não podendo, depois, adotar um comportamento totalmente contraditório, o que quebra a confiança gerada e revela ardil, deslealdade, evasão”⁶⁵³.

Distinta é a situação, entretanto, na hipótese de interposição da apelação pelo próprio imputado; com efeito, a despeito da especificidade do rito sumaríssimo, em homenagem à ampla defesa, não se pode ignorar o disposto no art. 577 do Código de Processo Penal que confere legitimidade recursal ao próprio imputado e deve ser aplicado ao rito ora analisado, de modo que em tal situação o seu defensor deverá ser intimado para apresentar as razões do inconformismo⁶⁵⁴.

Vale reiterar que, de acordo com o art. 98, I, da Constituição Federal, o julgamento do recurso no rito sumaríssimo poderá ser efetuado por turmas compostas por juízes de primeiro grau, as Turmas Recursais, conforme previsão do art. 82, *caput*, da Lei n. 9.099/1995. Tais “Turmas” não assumem a feição de um Tribunal, motivo pelo qual as suas decisões não desafiam o recurso especial, já que o seu cabimento exige que as causas sejam “[...] decididas, em única ou última instância, pelos *Tribunais* Regionais Federais ou pelos *tribunais* dos Estados, do Distrito Federal e Territórios [...]” (CF, art. 105, III, *grifamos*). A matéria foi pacificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula n.

⁶⁵² STF, 1ª Turma, HC 80.121, Rel. Min. Octavio Galloti, julgado em 15/08/2000.

⁶⁵³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao estudo do direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1, p. 423.

⁶⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 246.

203, assim redigida: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

Apesar disso, conforme a Resolução n. 3/2016 do Superior Tribunal de Justiça, “Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes” (art. 1º). Assim, a reclamação será de competência do Tribunal de Justiça, por meio de suas Câmaras Reunidas ou Seção Especializada, podendo ser utilizada (a) para garantir a observância de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, ou (b) quando a decisão da Turma Recursal divergir de sua jurisprudência fixada em (b.1) incidente de assunção de competência, (b.2) de resolução de demandas repetitivas, (b.3) em julgamento de recurso especial repetitivo, (b.4) em enunciados de suas súmulas e (b.5) em precedentes.

Nada impede, por outro lado, a interposição do recurso extraordinário, visto que para o seu cabimento basta que as causas sejam “[...] decididas em única ou última instância [...]” (CF, art. 102, III), não sendo necessário que a decisão seja proferida por Tribunal.

5.1.1.4 Diagnóstico do procedimento: o esvaziamento do controle e a proposta de reestruturação procedimental

O baixo de grau de influência que a defesa exerce na formação da convicção do órgão colegiado e a ausência de contato imediato de seus membros com as fontes de prova de natureza pessoal produzidas na primeira instância são circunstâncias que levam a um diagnóstico doutrinário no sentido de que o procedimento recursal, na forma como estruturado legislativamente, acarreta um esvaziamento da garantia do duplo grau de jurisdição enquanto mecanismo de controle efetivo da decisão condenatória.

Nesse sentido, Leonardo Costa de Paula questiona: “Como é possível sustentar que a pessoa submetida a segundo grau, sem possibilidade de produção de provas ou de qualquer controle sobre a análise probatória ante os magistrados que a julgam, teve garantido um segundo julgamento efetivo? A ausência de um julgamento efetivo é clara quando se tem em

mente o tempo de debate travado pelos julgadores em sede de julgamento recursal [...]”⁶⁵⁵. Por sua vez, Vinicius Gomes de Vasconcellos ressalta que, mesmo quando a defesa se manifesta por meio da sustentação oral, é certo que tal faculdade representa “[...] um momento de ‘pseudo-oralidade’, tendo em vista que inexistente efetivo contato dos julgadores com os elementos probatórios produzidos em primeiro grau, mas somente, na melhor das hipóteses, com as versões documentadas nos autos do processo”⁶⁵⁶. Por sua vez, Décio Alonso Gomes lembra que, “[...] no modelo brasileiro, o Tribunal julga o recurso segundo a percepção do juiz de primeira instância, reduzida de forma mais objetiva e direta ao ser colocada em um termo escrito [...]”⁶⁵⁷. Não é diferente a constatação de Jaques de Camargo Penteado, ao salientar que o regramento atual afeta “[...] o direito ao julgamento justo, especialmente pela substituição da oralidade e da imediatidade pelo material probatório colhido em primeira instância, gera uma deficiência quanto à participação dos sujeitos processuais no reexame da causa penal, pois não se estimula o diálogo entre eles”⁶⁵⁸.

Talvez por isso em grande parte dos recursos o julgamento colegiado converta-se em um julgamento monocrático, sem qualquer discussão sobre o caso. De acordo com Rogério Schietti Cruz, “[...] em considerável parte dos recursos criminais submetidos à apreciação dos tribunais brasileiros, o que se tem, na essência, é um segundo julgamento monocrático, haja vista que, após o voto do relator, quando se esperaria saudável discussão sobre os fatos e o direito, por parte dos demais componentes do órgão colegiado, não é raro ouvir o famigerado ‘de acordo com o relator’ ou ‘de acordo com a turma’”⁶⁵⁹. É similar a percepção de Oreste de Souza Nestor Laspro, ao registrar que “[...] o julgamento e os debates em segundo grau estão distantes de um sistema em que os votos dos julgadores nascem da discussão das questões, mas sim, resume-se a uma simples leitura de votos já anteriormente preparados [...]” e, assim, conclui que “[...] no sistema processual brasileiro, afasta-se com

⁶⁵⁵ PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 190.

⁶⁵⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 202.

⁶⁵⁷ GOMES, Décio Alonso. *Prova e mediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 192.

⁶⁵⁸ PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 130.

⁶⁵⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

o duplo grau a grande vantagem do sistema oral que é a valorização da percepção do julgador [...]”⁶⁶⁰.

Em resumo, a ausência de um contato imediato dos julgadores com as fontes de prova oral e o baixo grau de influência da defesa na formação da convicção do órgão julgador colegiado, o que é decorrente do atual regramento procedimental do juízo recursal, são fatores que provocam um esvaziamento do controle sobre a sentença condenatória, tornando o duplo grau de jurisdição uma garantia inefetiva. Assim, faz-se necessário repensar o procedimento da apelação defensiva, aumentando a participação da defesa e intensificando a função de controle do Tribunal.

De acordo com Vinicius Gomes de Vasconcellos, a reversão desse quadro poderá ser alcançada mediante a consolidação de um juízo recursal constituído de “[...] audiências orais e públicas, com o fortalecimento do contraditório e do direito de defesa, ampliando a participação do imputado e sua real influência sobre a decisão do Tribunal”⁶⁶¹. Nesse diapasão, é importante reiterar que as garantias que integram a cláusula do devido processo legal devem ser observadas em todas as etapas em que for cindida a persecução penal⁶⁶². Por óbvio, a incidência das diversas garantias que compõem a noção de devido processo penal deve ser ponderada à luz das finalidades de cada uma das etapas da persecução penal. Assim, por exemplo, não há dúvidas que o contraditório deve ser assegurado na fase pré-processual, mas com menor intensidade, pois se a investigação é, em princípio, incompatível com o direito à ciência prévia dos atos, uma das facetas do contraditório, as suas demais manifestações são inafastáveis, de modo que não se pode sustentar a impossibilidade de o suspeito

⁶⁶⁰ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista do Tribunal, 1995, 133.

⁶⁶¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 279.

⁶⁶² CtIDH, caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru, sentença de 30/5/1999, § 161: “Convém salientar que o processo penal é um só ao longo de suas diversas etapas, tanto a correspondente à primeira instância como a relativas às instâncias posteriores. Por via de consequência, o conceito de juiz natural e o princípio do devido processo legal incidem ao longo dessas etapas e se projetam sobre as diversas instâncias processuais (tradução livre: “Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales”). No mesmo sentido: CtIDH; caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2/7/2004, § 159; caso Lori Berenson Mejía vs. Peru, sentença de 25/11/2004, § 192; caso Radilla Pacheco vs. México, sentença de 23/11/2009, § 180; caso Vélez Loo vs. Panamá, sentença de 23/11/2010, § 179. No sistema europeu: TEDH, caso Ekbatani vs. Suécia, sentença de 26/5/1988, §§ 30-33.

ser ouvido e informado, bem como apresentar requerimentos⁶⁶³, não podendo ser negado ao defensor “[...] acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (Súmula Vinculante n. 14).

Sendo assim, no que se refere à fase recursal, não há justificativa para não reconhecer a aplicação das garantias da oralidade, publicidade, imediação, contraditório e ampla defesa, com a mesma intensidade com que são aplicadas no juízo de primeira instância. Não por outro motivo, Rogério Schietti Cruz sustenta que, “[...] no julgamento dos recursos criminais, dever-se-ia assegurar ao acusado, na qualidade de recorrente ou recorrido, o direito de comparecer à sessão de julgamento da impugnação [...]”⁶⁶⁴, ao passo que Gustavo Badaró enfatiza “[...] que o direito ao recurso inclui o direito a uma audiência perante o Tribunal que julgará o recurso [...]”⁶⁶⁵.

É necessário, portanto, reestruturar o procedimento recursal tornando mais intensas as garantias do contraditório e da ampla defesa, de modo a assegurar à defesa a possibilidade de efetivamente influenciar a formação da convicção do órgão *ad quem*, assim como para aprimorar o controle sobre a racionalidade da condenação.

5.2 A eficiência do recurso de apelação

A noção de eficiência, para fins processuais penais, refere-se à aptidão do processo penal para alcançar um determinado resultado. Nesse contexto, saliente-se que ao processo penal podem ser atribuídas três funções distintas, quais sejam, (a) tutela do imputado, (b) exercício do poder repressivo, ou (c) obtenção de um resultado justo que se legitime pelo

⁶⁶³ Nesse sentido, entre outros, cf.: TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 160; GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 150; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 131. Em sentido oposto: FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 62: “Só se exige a observância do contraditório, no processo penal, na fase processual, não na fase investigatória”. Ainda: RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 18: “Assim, o caráter inquisitorial afasta, do inquérito policial, o princípio do contraditório”. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada pela não incidência do contraditório na etapa de investigação: HC 132.803 AgR, STF, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 1/3/2016.

⁶⁶⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 159.

⁶⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

procedimento adequado⁶⁶⁶. A eficiência, por isso, não se confunde com as noções de eficácia e efetividade. De fato, a eficácia refere-se à capacidade de algo em produzir o efeito desejado. Já a efetividade exige uma análise externa, referindo-se ao efeito positivo do ato. Frise-se, além disso, que todas essas qualidades podem ser examinadas no que se refere ao processo e aos atos que o compõem. Para exemplificar, tomemos como exemplo o ato de citação. *Eficiente* será o ato citatório que se mostre apto a proporcionar ao cidadão a ciência dos fatos que a ele são imputados. Por outro lado, a citação será *eficaz* se permitir ao imputado tomar ciência da denúncia contra ele formulada. Finalmente, será *efetivo* o ato de citação se o indivíduo citado realmente compareceu em juízo e se defendeu da imputação⁶⁶⁷.

Conforme já sustentado nesta monografia, o recurso contra a sentença penal condenatória é uma garantia que deriva da ampla defesa e que tem por escopo reforçar a presunção de inocência. Trata-se, pois, de um mecanismo de proteção do imputado que visa a evitar que uma decisão equivocada subsista, causando-lhe indevidos prejuízos. Portanto, o recurso, enquanto garantia fundamental do imputado, deve ser capaz de controlar a racionalidade da decisão que rompeu o estado de inocência. Assim, tem-se que (a) eficiente será o recurso cuja formatação se mostre capaz de reforçar a presunção de inocência, ensejando o reexame da decisão e o controle dos fundamentos que conduziram ao rompimento do estado de inocência. Por outro lado, (b) o recurso será eficaz se, de fato, tiver assegurado o pretendido reexame da condenação, ainda que, ao final, o órgão *ad quem* se manifeste pelo seu improvimento. E, finalmente, (c) o recurso será efetivo se o resultado

⁶⁶⁶ Se o processo penal deve estruturar-se a partir do equilíbrio entre os valores da liberdade e da segurança, sua eficiência, necessariamente, estará atrelada à sua capacidade de proporcionar um resultado justo, reputando-se *justa a solução escorada na aceitação da jurisdição penal como atividade cognoscitiva*, vale dizer, “[...] empenhada na determinação da verdade judicial conforme as garantias orgânicas e procedimentais que devem cercar o processo penal” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 44-45, nota n. 119), sendo que essa preocupação com a verdade não significa tornar a sua busca o fim último do processo, mas, sim, compreendê-la “[...] como fator de legitimação de seu resultado e critério de justiça” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 220-221. Cf., ainda: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *O poder instrutório do juiz no processo penal*. In: RASCOVSKI, Luiz [coord.]. *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 54-55).

⁶⁶⁷ As noções e o exemplo foram expostos com base nas lições de: FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 9-28.

desfavorável ao indivíduo tiver sido revertido, ou seja, se a pretensão recursal tiver sido satisfeita.

Postas essas considerações, reitere-se que, de acordo com os *standards* mínimos de proteção aos direitos humanos definidos em âmbito internacional, o recurso contra a sentença penal condenatória, enquanto garantia processual do imputado, deve ser um mecanismo capaz de proporcionar um completo e autêntico reexame da sentença de condenação, de forma a evitar que subsista uma decisão que contenha equívocos na apreciação dos fatos e/ou do direito. Por esse motivo, é necessário que (a) à fase recursal sejam incorporadas todas as garantias que compõem a noção de devido processo legal e que com ela se mostrem pertinentes. Ademais, (b) é imperioso o recurso seja disponibilizado ao imputado antes do momento em que a decisão fique imunizada pela coisa julgada. Ainda, (c) o controle recursal deve ser efetuado por um órgão distinto do que prolatou a decisão, ainda que não seja hierarquicamente superior a ele. Finalmente, (d) ao órgão incumbido de reexaminar a condenação deve ser atribuída competência examinar tanto as questões de fato quanto de direito.

Sucedo, no entanto, que alguns autores afirmam que o exame das questões de fato pelo órgão *ad quem* – o revolvimento fático-probatório – violaria a imediação. É preciso, então, verificar de que modo esse exame pode ser efetuado pelo juízo de segunda instância e se, de fato, há uma violação à imediação.

5.2.1 O exame da matéria de fato no juízo recursal

Para que o controle da sentença penal condenatória efetuado pelo juízo *ad quem* seja integral, a devolução da matéria não pode se restringir às questões de direito. Assim, cabe ao Tribunal o reexame da matéria fático-probatória e, para tanto, três sistemas podem ser propostos, a saber⁶⁶⁸:

a) O primeiro deles é a definição do *juízo recursal como um novo julgamento*. Nesse caso, uma vez admitida a impugnação pelo órgão *ad quem*, a instrução será novamente realizada em segunda instância. O recurso, assim, enseja um *novum iudicium* e o procedimento recursal comporta-se como uma “segunda primeira instância”. Sucedo que a opção em tela revela-se dilatória, antieconômica e pouco eficiente. Ora, há um desprestígio

⁶⁶⁸ Cf., a propósito: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 58-64.

do juízo de primeira instância, visto que toda a atividade de instrução realizada em primeiro grau será desconsiderada, resultando em um indevido atraso na prestação jurisdicional em manifesta violação à garantia da duração razoável do processo (CADH, art. 8.2; CF, art. 5º, LVIII). Adicionalmente, haverá a possibilidade de manipulação das fontes de prova oral, seja porque as partes já conhecem o teor de suas declarações, seja porque a distância entre o julgamento e a ocorrência do fato probando poderá prejudicar a memória do declarante⁶⁶⁹. Por fim, é imperioso reconhecer que essa opção acaba com a vantagem cognitiva do recurso que consiste justamente no fato de que o juízo *a quo* irá trabalhar sobre um material que já foi submetido ao crivo de outro julgador, intensificando as chances de acerto da nova decisão⁶⁷⁰. Há, em síntese, um desvirtuamento do juízo recursal, visto que “[...] repetir não é controlar aquilo que foi feito [...]”, sendo que a “[...] a renovação da prova nunca se dará em circunstâncias semelhantes ao momento de produção original, de modo que, na verdade, se introduzirá um novo elemento que poderá ser totalmente distinto daquele que se pretendia verificar”⁶⁷¹.

b) A segunda possibilidade é a definição do *juízo recursal como um juízo rescindente*. Dessa maneira, admitida a apelação ou o recurso que lhe seja equivalente e, sendo constatado pelo Tribunal que os elementos de prova produzidos em primeira instância foram equivocadamente valorados pelo julgador *a quo*, será determinada a cassação da sentença e a realização de um novo julgamento em primeira instância. No processo penal brasileiro, essa solução é acolhida no rito dos crimes dolosos contra a vida, caso a apelação tenha sido interposta sob o fundamento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos (CPP, art. 593, III, *d* e § 3º). O modelo em questão, todavia, também não se justifica, incidindo em equívocos similares aos da primeira proposta. Ao demais, impõe-se

⁶⁶⁹ GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 230-231.

⁶⁷⁰ RICCI, Edoardo F. Doppio grado di giurisdizione: principio del. *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto delle Enciclopedia Italiana, 1989, v. 12, p. 4: “Quem examina um problema qualquer depois que outros já o tenham analisado e resolvido – afirma-se substancialmente – está em vantagem com a relação àquele que o enfrenta pela primeira vez, porque já conhece uma solução e ‘criticamente parte daquele primeiro resultado’” (tradução livre: “Chi esamina un qualunque problema dopo che altri già l’hà esaminato e risolto – si afferma in sostanza – è avvantaggiato rispetto a colui che lo affronta per primo, perchè già conosce una soluzione e ‘criticamente muove da quel primo risultato’”). No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*: vol. V, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 237: “A verdade, porém, é que a garantia de mais provável acerto resulta, principalmente, de uma circunstância especial: o controle exercido pelo juízo *ad quem* beneficia-se da presença, nos autos, de material já trabalhado, já submetido ao crivo do primeiro julgamento [...]”. Cf., ainda: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 55.

⁶⁷¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 255-256.

observar que, caso o juízo *ad quem* constate algum equívoco na decisão recorrida, a sua mera cassação se mostra insuficiente para a proteção do imputado, uma vez que o provimento do recurso resultará em um novo julgamento, não havendo garantia de que o arbítrio judicial impugnado anteriormente não se repita.

c) Finalmente, o juízo *recursal* pode ser definido com um juízo de revisão da sentença impugnada, sem a necessidade de qualquer atividade probatória. Cuida-se da opção em que no julgamento do recurso o Tribunal poderá debruçar-se sobre os elementos de prova produzidos em primeira instância, a partir da análise dos atos já documentados (*revisio prioris instanciae*). Ou seja, o Tribunal reavalia os elementos de prova que embasaram a sentença impugnada sem tomar contato imediato com eles e, caso verifique algum equívoco cometido pelo juízo *a quo* na sua valoração, procederá à correção. É a opção brasileira atual. Nesse contexto, a regra é o julgamento do recurso sem a realização de qualquer atividade probatória, não obstante o Código de Processo Penal facultar ao Tribunal “[...] proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências” (CPP, art. 616).

Embora a última opção seja mais consentânea com a lógica que deve estruturar o juízo *recursal*, isto é, um juízo capaz de proporcionar um reexame da decisão atacada e a correção dos equívocos apontados pelo recorrente, a doutrina mais atenta, com base na imediação, questiona se poderia o Tribunal, reavaliando os elementos de prova sem tomar contato direto com eles, alcançar uma decisão sobre os fatos diversa da alcançada pelo julgador de primeira instância. Como reconhece Vinicius Gomes de Vasconcellos, “[...] é inegável que a configuração de uma apelação ampla, com possibilidade de revisão da valoração probatória sobre os elementos produzidos em primeiro grau, caracteriza uma ‘crise do princípio da imediação’”⁶⁷². Nesse contexto, não obstante reconheçamos que a imediação não pode constituir uma blindagem da atuação do juízo de primeira instância – o que, em termos práticos, significaria abolir a garantia do duplo grau de jurisdição, tornando-a ilusória –, o fato é que, partindo da premissa sustentada acima, no sentido de que as garantias

⁶⁷² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 248. No mesmo sentido: GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 241: “É indiscutível que o sacrifício – total ou parcial – da imediação é o preço que é preciso pagar para a consecução – total ou parcial – da dupla instância, salvo, é claro, se ordene a repetição da prova (pessoal, bem entendida) perante o tribunal superior.”

processuais penais devem se fazer presentes durante toda a persecução penal, impõe-se reconhecer que ela não pode sofrer indevidas limitações na fase de julgamento do recurso⁶⁷³.

Para contornar esse inconveniente, conciliando o juízo recursal e a imediação, a doutrina apresenta algumas propostas, tais como (a) a proibição de reexame da matéria fática pelo órgão *ad quem*, (b) o estabelecimento de que o julgamento do recurso somente poderá resultar no juízo rescindente ou (c) a renovação da instrução no juízo *ad quem*. Tais opções não se mostram corretas. A uma, porque não proporcionam um efetivo controle da decisão recorrida. A duas, porque desvirtuam o juízo recursal. E a três, porque podem obstar o direito ao julgamento em um prazo razoável⁶⁷⁴.

Por isso, a doutrina mais atenta e que se dedicou ao estudo específico do tema defende que a imediação pode ser compatibilizada com o juízo recursal por meio dos mecanismos de gravação audiovisual e sua posterior reprodução na segunda instância⁶⁷⁵.

5.2.1.1 Juízo recursal e imediação: compatibilização

A premissa adotada por este trabalho, conforme será demonstrado abaixo, é no sentido de que a imediação constituiu-se em uma uma garantia do imputado, em detrimento de suas concepções como fator de produção ou de valoração da prova. Diante de disso, torna-se indiscutível a possibilidade de compatibilizá-la com o juízo recursal e, ainda, defender o uso dos sistemas de gravação audiovisual para reforçar o controle efetuado pelo órgão *ad quem*.

⁶⁷³ Cf., nesse sentido: GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 191-193.

⁶⁷⁴ Para uma crítica a essas propostas, cf.: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 245-256.

⁶⁷⁵ Nesse sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 256; GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 233-242; ASECIO MELLADO, José M^a. *Derecho procesal penal*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 283. NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 136-137.

5.2.1.1.1 O significado da imediação no processo penal

O contraditório em âmbito processual penal, diversamente do que se verifica no processo civil, em que se considera suficiente a mera oportunidade, deve ser *pleno*, no sentido de que se impõe assegurá-lo ao longo de todo processo, e *efetivo*, já que é necessária uma substancial possibilidade de reação⁶⁷⁶. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover pondera que: “[...] no processo penal, com seu máximo de publicismo e mínimo de disponibilidade, a reação não pode ser meramente eventual, mas há de fazer-se efetiva,” salientando, assim, que o contraditório “[...] não pode ser simplesmente garantido, mas deve ser estimulado”⁶⁷⁷.

Partindo dessa lógica, não é incorreto afirmar que *a oralidade é condição indispensável para um efetivo contraditório*, “[...] visto que só assim é possível a exposição dos argumentos com real impacto e influência sobre a decisão judicial”⁶⁷⁸. Portanto, “A oralidade converte-se em condição de participação efetiva no processo. Sem a mediação da forma escrita, o acusado poderá se fazer ouvir, a vítima e as testemunhas também, e as decisões não terão como se ocultar em linguagens estranhas à vida cotidiana”⁶⁷⁹.

A oralidade é fundamentalmente “[...] um meio de comunicação: a utilização da palavra falada, não escrita, como meio de comunicação entre as partes e o juiz e como meio de expressão das diferentes fontes de prova”⁶⁸⁰. Desse modo, para fins processuais, pode-se defini-la como a predominância da palavra falada sobre a escrita na dinâmica procedimental, com efetivos reflexos no seu desenvolvimento e estruturação⁶⁸¹. Ou seja, pretende-se fazer

⁶⁷⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 57: “No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los”.

⁶⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. *In: Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 18.

⁶⁷⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Imediação e oralidade no processo penal: proposta de nova compreensão sobre a importância do contato do julgador com as provas no juízo oral. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, jan./mar. 2019, p. 177.

⁶⁷⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 158.

⁶⁸⁰ BINDER M., Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 2016, p. 101, tradução livre: “[...] un medio de comunicación: la utilización de la palabra hablada, no escrita, como medio de comunicación entre las partes y el juez y como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba”.

⁶⁸¹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Imediação e oralidade no processo penal: proposta de nova compreensão sobre a importância do contato do julgador com as provas no juízo oral. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, jan./mar. 2019, p. 173-174.

com que a oralidade deixe de ser “[...] uma questão de predominância da palavra falada para se constituir em exigência de que uma causa não seja decidida por juiz que não haja tido contato direto com as provas e com os argumentos das partes, em um ambiente capaz de proporcionar condições ideais de diálogo”⁶⁸². Assim, *são condições indispensáveis para estruturação de um procedimento eminentemente oral (a) a publicidade e (b) a imediação*, eis que “[...] se é utilizada a palavra falada, os indivíduos devem estar presentes (imediação) e, além disso, devem se comunicar de uma forma que seja facilmente controlável pelas outras pessoas (publicidade)”⁶⁸³.

No que se refere à publicidade, impõe-se frisar que se trata de garantia assegurada pela Constituição Federal, art. 5º, LX, assim como pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.5, e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 14.1. A publicidade dos atos processuais é uma garantia indispensável para a contenção de abusos no processo penal. Assim, direciona-se não apenas aos sujeitos processuais, mas também à sociedade em geral, permitindo o controle popular sobre o exercício da jurisdição criminal.

No que tange à imediação, urge esclarecer que pode ser compreendida em dois sentidos. Em *sentido subjetivo* ou *formal*, a imediação significa a relação entre o julgador e os meios de prova de natureza oral. Por outro lado, em *sentido objetivo* ou *material*, a imediação traduz ideia de que o magistrado deve fundamentar sua convicção, preferencialmente, em elementos de prova que possuam uma relação mais direta com o evento a ser provado⁶⁸⁴. A imediação, neste estudo, será abordada em seu sentido subjetivo

⁶⁸² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 156.

⁶⁸³ BINDER M., Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 2016, p. 101, tradução livre, “[...] si se utiliza la palabra hablada, las personas deben estar presentes (inmediación) y, además, se comunicar de un modo que es fácilmente controlable por otras personas (publicidad)”.

⁶⁸⁴ Como explica Décio Alonso Gomes, “[...] segundo a dicotomia conceitual entre um sentido *subjetivo* ou *formal*, que se refere a utilização imediata dos meios probatórios por parte do juiz (com recepção e conhecimento diretos e sem intermediários), e um sentido *objetivo* ou *material*, que exige que o juiz só utilize os meios de prova imediatos ou mais imediatos possíveis em relação aos fatos a conhecer” (GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 68, *grifos do autor*). No mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Imediação e oralidade no processo penal: proposta de nova compreensão sobre a importância do contato do julgador com as provas no júízo oral. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, jan./mar. 2019, p. 182.

ou formal⁶⁸⁵. Assim compreendida, a imediação é a exigência de que as provas de natureza oral sejam produzidas perante o magistrado encarregado de sentenciar o feito⁶⁸⁶.

Ademais, compreendida a imediação em seu sentido subjetivo ou formal, a ela, de acordo com a doutrina, podem ser associadas três funções, a saber:

a) *A imediação como fator para a valoração da prova*: em uma primeira visão, o escopo perseguido pela imediação seria permitir ao julgador um contato mais direto com as provas de natureza oral, pois, dessa forma, ele poderia captar elementos não verbais ou gestuais, os quais indicariam a veracidade ou falsidade do depoimento da testemunha⁶⁸⁷. Ou seja, a imediação é entendida como um método de formação do convencimento judicial. O problema é que referidos elementos são ambíguos, sendo certo que o magistrado não detém o conhecimento e o preparo técnico para interpretá-los adequadamente. Ademais, dificilmente será possível fundamentar e embasar o raciocínio nesses elementos, razão pela qual, assim compreendida, a imediação traduz-se em uma escusa para a ausência de motivação e para o arbítrio⁶⁸⁸. Por isso, deve-se concordar com Gustavo Badaró, ao ressaltar que os sinais paralinguísticos dos depoimentos podem ser objeto de interpretação pelas

⁶⁸⁵ A segunda acepção – imediação em sentido objetivo ou material – guarda pertinência com a classificação dos elementos de prova em diretos ou indiretos e, portanto, não possui conexão com o tema *sub examine*. A título de esclarecimento, invoca-se a lição de Antonio Magalhães Gomes Filho acerca da terminologia probatória. Assim, denomina-se elemento de prova direto aquele permite ao julgador conhecer o fato por meio de uma única operação inferencial, citando-se como exemplo a declaração da testemunha que narra ter visto o acusado desferir o golpe fatal na vítima. De outra banda, intitula-se elemento de prova indireto aquele que exige a realização de pelo menos duas operações inferenciais: “[...] num primeiro momento, parte [o julgador] da informação trazida ao processo para concluir sobre a ocorrência de um fato, que ainda não é o fato a ser provado; conhecido este fato, por meio de uma segunda operação lógica, chega-se então ao fato a ser provado, citando-se como exemplo a testemunha que narra não ter presenciado o golpe fatal, mas a fuga do acusado do local do crime (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 310).

⁶⁸⁶ LATOUR BROTONS, Juan. Consideraciones en torno al principio de oralidad. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 1, 1/26, 1987, p. 1170.

⁶⁸⁷ Essa parece ser a opinião de José Carlos Xavier de Aquino, ao discorrer sobre a importância da oralidade do testemunho. Com efeito, sustenta o autor que “O testemunho oral se consubstancia numa garantia do Judiciário e numa verdadeira arma de controle concedida ao magistrado,” acrescentando “[...] que o juiz, ouvindo a testemunha de viva voz, pode analisar não só o seu comportamento expressivo, como também o seu grau intelectual e sua ligação afetiva com o ofendido ou acusado, de sorte a auscultar a verdade do *dictum*” (AQUINO, José Carlos G. Xavier. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p. 101-102). No mesmo sentido: BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 277, ao apontar que a oralidade permite ao magistrado ter “[...] condições de observar atentamente a testemunha, valendo-se do meio mais natural e simples de se apreciar a sinceridade, sendo, portanto, de extrema importância para se desvendar a verdade”.

⁶⁸⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Imediação e oralidade no processo penal: proposta de nova compreensão sobre a importância do contato do julgador com as provas no juízo oral. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, jan./mar. 2019, p. 183-185. No mesmo sentido: GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 179-180.

partes, para ou bem ou para o mal, mas, “[...] num modelo cognitivo de processo penal, que deve produzir resultados racionalmente controláveis, é inaceitável que tais fatores possam determinar a absolvição ou a condenação de alguém”⁶⁸⁹.

b) *A imediação como fator para a produção da prova*: na visão tradicional da doutrina, o magistrado é o destinatário da prova⁶⁹⁰. Daí se apresentar como natural a conclusão no sentido de que a imediação permitiria ao juiz controlar a produção da prova oral e orientar o seu desenvolvimento. Assim, identificando dados gestuais que colocassem em dúvida a idoneidade do depoimento, poderia formular perguntas diretamente ao depoente para obter os esclarecimentos que entendesse necessários para a formação de seu convencimento. Sem embargo, o certo é que também as partes, e não apenas o julgador, são destinatárias das provas, pois o desenrolar e o resultado de um determinado elemento de prova poderá orientar sua atuação em um ou outro sentido⁶⁹¹. Assumida essa premissa, tem-se que a imediação permitiria não só ao juiz, como às partes, perceberem, por meio dos sinais e elementos gestuais emitidos pelos depoentes a sua insegurança ou vacilação, abrindo, com isso, uma linha de atuação a ser explorada⁶⁹².

c) *A imediação como uma garantia do imputado*: por fim, partindo das premissas de que (i) a imediação não pode servir para o fim de captação de elementos não verbais ou gestuais, eis que isso tenderia à legitimação do arbítrio judicial, e (ii) ao julgador é vedada

⁶⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 61.

⁶⁹⁰ “A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186).

⁶⁹¹ Como frisam, a propósito, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, ao apontarem que “[...] a prova não tem por finalidade apenas propiciar o convencimento do juiz, senão também convencer as partes, permitindo-lhes decidir acerca das condutas que vão adotar no processo ou mesmo fora dele. Daí a necessidade de conluir que também elas, partes, são destinatárias da prova – e, tal como o juiz, destinatárias *diretas* [...]” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 51-52, *grifos dos autores*).

⁶⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 62. Em igual sentido, Décio Alonso Gomes sustenta que a imediação “[...] consiste em perceber os meios de prova utilizados em juízo na presença ininterrupta de todos aqueles que desenvolvem alguma função autorizada pela lei (sujeitos processuais) e como condição de validade de sua análise para que o tribunal determine os elementos do caso singular que suportarão a decisão”. Assim, frisa que “[...] a imediação é uma *técnica de formação das provas, não um método para o convencimento do juiz, gozando, portanto, de um valor instrumental*”, conceituando-a, então, como a “[...] *contemporânea e contínua interação comunicacional entre juiz, partes e provas (pessoais), a fim de que o julgador possa conhecer pessoal e diretamente as alegações das partes e o acervo probatório do processo, desde sua iniciação*” (GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 43, 46 e 51, *grifos do autor*).

qualquer iniciativa probatória, sob pena de vulneração à sua imparcialidade e à presunção de inocência, enfraquecendo o *in dubio pro reo*, Vinicius Gomes de Vasconcellos sustenta que a imediação serve “[...] para assegurar que o julgador tomou o conhecimento de todos os elementos que devem guiar o seu ato decisório” e, assim, a sua função é “[...] afastar elementos alheios e externos ao processo ou que nele não ingressarem licitamente. Não se trata, portanto, somente de um mecanismo para aprimorar o julgamento (e, assim, direcionado ao julgador), mas de uma garantia para a efetivação da oralidade e do contraditório [...]”⁶⁹³. Dessa forma, “[...] impõe-se o contato direto do juiz com as partes e as provas, não para possibilitar a percepção de gestos e reações emotivas dos depoentes ou para realizar perguntas de ofício, por exemplo, mas para assegurar que o julgador tomou conhecimento de todos os elementos que devem guiar o seu ato decisório”⁶⁹⁴. Assim compreendida, a imediação é uma garantia de efetiva participação do imputado na formação da convicção judicial, em especial no caso das *provas constituendas*, isto é, as provas cuja formação se dá dentro do processo e que, por isso, exigem um contraditório contemporâneo à sua formação⁶⁹⁵.

Feita essa apresentação, impõe-se delinear os acertos e/ou equívocos de cada uma das concepções acima descritas.

⁶⁹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Imediação e oralidade no processo penal: proposta de nova compreensão sobre a importância do contato do julgador com as provas no juízo oral. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, jan./mar. 2019, p. 188.

⁶⁹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Imediação e oralidade no processo penal: proposta de nova compreensão sobre a importância do contato do julgador com as provas no juízo oral. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, jan./mar. 2019, p. 189.

⁶⁹⁵ Nesse sentido, leciona Michele Taruffo: “Um outro aspecto sobre o qual essa garantia [o contraditório] atua como um importante momento de controle diz respeito à formação das provas. É intuitivo, de fato, que é possível evitar interferências indevidas e, em particular, aquelas que resultariam da influência arbitrária do juiz, quando as partes podem participar plenamente, desempenhando um papel ativo no processo de formação da prova. É nesse contexto que as partes podem colaborar na criação de provas confiáveis, usando seu conhecimento e seus poderes defensivos para evitar a formação de provas que não sejam adequadas para embasar uma correta decisão sobre os fatos. [...]. O contraditório na formação das provas não tem, de fato, apenas a função de garantir a defesa, assumindo também e acima de tudo o escopo de garantir que a atividade das partes sirva para verificar a qualidade da prova em andamento” (tradução livre: “Un ulteriore aspetto sotto il quale questa garanzia opera come importante momento di controllo riguarda la formazione delle prove. È intuitivo, infatti, che è possibile evitare indebite interferenze, ed in particolare quelle che deriverebbero dall’arbitraria influenza del giudice, quando le parti sono in grado di partecipare pienamente, svolgendo un ruolo attivo, al procedimento di formazione della prova. È in quest’ambito che le parti possano collaborare alla creazione di prove attendibili, impiegando le loro conoscenze e le loro facoltà difensive per evitare che si formino prove non idonee a fondare una corretta decisione in fatto. [...]. Il contraddittorio nella formazione della prova non ha, invero, solo la funzione della garanzia della difesa, ma anche e soprattutto quella di far sì che l’attività delle parti serve a verificare in itinere la qualità della prova che si pone in essere”).

Em nosso sentir, a primeira corrente é dogmaticamente incorreta. Sustentar a imediação como fator para a valoração da prova tende a legitimar o arbítrio, porquanto permite que o destino do imputado seja decidido com esteio em elementos não controláveis racionalmente. Subsistem, por conseguinte, as duas últimas posições e, para melhor embasar o acerto de uma em face outra, faz-se necessário esclarecer qual é o papel do julgador no processo de reconstrução da verdade no processo penal: é que firmada a premissa de que não se deve franquear qualquer iniciativa instrutória ao julgador, ter-se-á por insustentável, do ponto de vista dogmático, a ideia da imediação como fator para a produção da prova. Para melhor elucidar a linha de raciocínio que se adotará nesta dissertação, será necessário adentrar na controvérsia acerca da definição dos modelos processuais penais (sistema acusatório e sistema inquisitivo).

Nesse contexto, para uma parcela da doutrina, o critério distintivo entre os modelos acusatório e inquisitório é a separação de funções processuais penais, ao passo que outro setor doutrinário entende a gestão probatória como o critério decisivo para a distinção entre tais modelos.

Começamos pela corrente que visualiza a gestão probatória como critério decisivo na distinção entre os modelos. Para os adeptos dessa corrente de pensamento, a separação das funções de acusar, julgar e defender é necessária para a caracterização de um sistema como acusatório, mas não é suficiente. Nesse sentido, a gestão probatória é a essência de cada um desses sistemas, visto que o processo é destinado à reconstrução de um fato histórico. Assim, a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado, ainda que observada a lógica da separação de funções, fundaria um sistema inquisitório, ao passo que a concentração da atividade probatória nas mãos das partes embasaria o sistema acusatório⁶⁹⁶.

De acordo com essa visão, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz compromete sua imparcialidade, porquanto o torna o “protagonista do processo”, legitimando que desenvolva uma atividade de apuração dos fatos preponderante à atuação das partes,

⁶⁹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 109. Como observado pelo Min. Gilmar Mendes, em passagem de seu voto no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 144.615, “[...] o modelo acusatório determina, em sua essência, a separação das funções de acusar, julgar e defender, e, assim, tem como escopo fundamental a efetivação da imparcialidade do juiz. A CF consagra o sistema acusatório no processo penal brasileiro, o que impõe a separação das funções de acusar e julgar a atores distintos na justiça criminal. Contudo, a mera separação formal não é suficiente, devendo-se vedar a usurpação das funções acusatórias pelo juiz e, também, a sua união ilegítima em detrimento da paridade de armas” (STF, 2ª Turma, RHC n. 144.615 AgR/PR, Rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/8/2020, *grifos nossos*).

permitindo-lhe que, primeiro, formule sua decisão para, depois, buscar elementos que a confirmem. O conhecimento, portanto, surge condicionado e pré-definido, independentemente de qualquer contribuição dos atores processuais, eis que as hipóteses prevalecem sobre os fatos e, assim, a dialética processual é desestruturada⁶⁹⁷.

Fácil perceber, ainda, o motivo pelo qual a atribuição de poderes instrutórios ao julgador enfraquece a presunção de inocência. No processo penal orientado pela presunção de inocência incumbe à acusação o encargo de demonstrar a autenticidade de suas alegações fáticas. Por isso, subsistindo a dúvida, a única solução que se impõe ao julgador é a absolvição do acusado (CPP, art. 386, VII), sendo-lhe defeso invocar seus poderes para desenvolver atividades cujo escopo seja suprir uma atuação deficiente da parte acusatória que não se desincumbiu do ônus probatório que lhe incumbia. Por outro lado, se o julgador não se sente seguro em proferir uma condenação com base nos elementos de prova produzidos pela acusação, isso significa que a presunção de inocência, enquanto *standard* probatório, não foi superada e, por isso, os fatos imputados ao acusado não foram devidamente esclarecidos, já que a acusação não se desincumbiu do seu encargo probatório, de modo que se os elementos de prova disponíveis em juízo não são suficientes para a prolação de uma decisão de condenação, a única alternativa que lhe resta é a absolvição, sendo-lhe defeso invocar seus poderes instrutórios para complementar a atividade probatória da acusação. Vale dizer: se os elementos de prova não autorizam, desde logo, a condenação,

⁶⁹⁷ Nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a atribuição de poderes instrutórios ao julgador choca-se com o modelo acusatório determinado constitucionalmente, já que permite ao juiz ser “[...] *o senhor do processo, o senhor das provas* e, sobretudo [...] *pode decidir antes* (naturalmente, raciocinando por primário e em geral bem intencionado) *e depois sair à cata da prova que justifique a decisão antes tomada*”, ou seja, “[...] *tendem a prevalecer as hipóteses assumidas sobre os fatos e, com liberdade, o juiz orienta o êxito para onde quiser*” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 109 e 112, *grifos do autor*). Na mesma linha, Aury Lopes Jr. pondera que “Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzietà* = alheamento)” (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 178). Por sua vez, Geraldo Prado escreve que “A gestão das provas nas mãos do juiz também caracteriza a inquisitorialidade. E é assim porque deduzir provas e deduzir a acusação são comportamentos processuais das partes que se movem no processo motivadas por interesses distintos do juiz. Este é ditado pela imparcialidade e a presunção de inocência atua como princípio constitucional de controle dessa imparcialidade. Modificar o teor da acusação e produzir provas de ofício são atividades que, em suma, atentam contra a presunção de inocência” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 152). Finalmente, Guilherme Madeira Dezem aponta que “[...] o sistema acusatório implica essencialmente a separação das funções de acusar, defender e julgar. Não pode o juiz atuar em substituição às partes, devendo atuar como árbitro imparcial na disputa havida entre as partes” (DEZEM, Guilherme Madeira. Alterações no Código de Processo Penal (art. 3º), na Lei de Normas Procedimentais perante STF e STJ (art. 16) e no Código de Processo Penal Militar (art. 18). In: DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 78).

a utilização dos poderes instrutórios para complementar a atividade instrutória é uma forma de superar o estado de dúvida que, por imposição constitucional e convencional, já beneficiava o acusado. Ou seja: a lógica que informa *in dubio pro reo* é incompatível com o exercício de poderes instrutórios pelo juiz.

Em razão da adoção dessa linha de raciocínio, deve-se concluir pela inconstitucionalidade do disposto no art. 3º da Lei n. 9.296/96, ao permitir que o magistrado determine, de ofício, a interceptação das comunicações telefônicas. Por outro lado, seria constitucional a dinâmica procedimental instituída pelo art. 212 do Código de Processo Penal, ao estipular que “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida” e permitindo que “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”. Isso porque o dispositivo em tela determina que o julgador presida o ato, indeferindo perguntas impertinentes e, ao final da inquirição, podendo fazer perguntas para complementar pontos que restaram não esclarecidos, ou seja, “[...] poderá o juiz fazer perguntas para a testemunha, mas não como protagonista do processo”⁶⁹⁸.

Essa é a visão, aliás, que se instituiu com a edição da Lei n. 13.964/2019, que acrescentou ao Código de Processo Penal o art. 3º-A, assim redigido: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Nota-se que a estrutura acusatória foi delimitada pela ideia de gestão probatória, eis que ao julgador é defeso substituir o acusador na sua atividade probatória. Não por outro motivo, Guilherme Madeira Dezem sustenta que o referido dispositivo provocou a revogação tácita e parcial do art. 156 do Código de Processo Penal, na parte em que autoriza o julgador a exercer, de ofício, poderes instrutórios⁶⁹⁹.

Em síntese, de acordo com essa vertente de pensamento, o julgador não possui iniciativa instrutória, não podendo determinar a produção de provas *ex officio*, visto que o processo é destinado à reconstrução de um fato histórico e, portanto, a gestão das provas é atuação tipicamente das partes, isto é, atuação parcial, eis que destinada a fazer prevalecer

⁶⁹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 670.

⁶⁹⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. Alterações no Código de Processo Penal (art. 3º), na Lei de Normas Procedimentais perante STF e STJ (art. 16) e no Código de Processo Penal Militar (art. 18). In: DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 80.

as suas alegações fáticas; logo, a atribuição de poderes instrutórios ao julgador enfraquece sua imparcialidade, porque passa a se comportar como parte, como sujeito interessado na prevalência de uma determinada hipótese, por ele formulada, em detrimento dos fatos.

De outra banda, posicionam-se os autores que atribuem à separação das funções de acusar, defender e julgar a nota distintiva entre os sistemas processuais, de modo que a concessão de poderes instrutórios ao juiz não acarretaria qualquer desvirtuamento do sistema acusatório. Para justificar o reconhecimento de tais poderes ao julgador, os adeptos dessa linha de pensamento recorrem aos conceitos de *inquisitorial system* e *adversarial system* – inconfundíveis com a dicotomia sistema acusatório-sistema inquisitório – e, com isso, reputam que a denegação de poderes instrutórios ao juiz, no contexto de um modelo acusatório, pode ser atribuído a um equívoco na recepção de todos esses conceitos.

Endossando essa linha de raciocínio, Ada Pellegrini Grinover aduz que o sistema acusatório pressupõe a separação das funções de julgar, acusar e defender, ao passo que o sistema inquisitivo é caracterizado pela reunião dessas funções no mesmo sujeito, o inquisidor. Já o *adversarial system* caracteriza-se pela predominância das partes na determinação da marcha processual e na produção probatória, recaindo essas atividades preferencialmente sobre o juiz no *inquisitorial system*. Se é assim, “Um sistema acusatório poder adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*, expressão que se poderia traduzir por ‘processo de desenvolvimento oficial’”⁷⁰⁰. Portanto, a atribuição de poderes instrutórios ao julgador não descaracteriza o modelo acusatório, até porque, se a atividade primordial do julgador é a correta aplicação do direito objetivo, “[...] o apuramento fático

⁷⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem a Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 3. Endossam a corrente doutrinária ora analisada, entre outros: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108-109; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71; ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 5. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 29-30; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional: proceso penal*. 19. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, v. 3, p. 14-16; ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 71; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. 2. ed. rev., actual. e aum. Coimbra: Almedina, 2009, p. 39-54; SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1994, v. 1, p. 40-43.

insere-se no poder jurisdicional em uma evidente relação de continente e conteúdo”⁷⁰¹, sendo “[...] inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados”⁷⁰², motivo pelo qual “[...] deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário”⁷⁰³.

Afirma-se, seguindo essa linha de raciocínio, que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz decorre de uma *concepção publicista do processo*, em que cabe ao magistrado estimular o contraditório e suprir as deficiências dos atores processuais, de modo a assegurar um tratamento igualitário, não podendo “[...] satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova”⁷⁰⁴. Como esclarece Antonio Magalhães Gomes Filho, ao atribuir iniciativa instrutória ao magistrado, o legislador tem por escopo prestigiar “[...] de um lado, a *imparcialidade* dos julgamentos, e, de outro, a exigência de que a decisão adotada tenha como base uma reconstrução completa e verdadeira dos fatos”⁷⁰⁵. Por isso, segundo ele, não se pode admitir “[...] um juiz que seja espectador totalmente passivo diante da atividade das partes, principalmente na justiça criminal, em que as desigualdades sociais se refletem

⁷⁰¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 117. Ainda, em outro estudo, Marcos Zilli pondera que “A conhecida dicotomia acusatório/inquisitório é exemplo típico de sistematização que se diluiu em razão de várias imprecisões e reducionismos que se empregam. A referência à matriz acusatória é hoje tomada por valorações positivas que lhe emprestam um ar de certificação de qualidade. É, portanto, signo da persecução penal civilizada, orientada pelo valor fonte da dignidade humana. [...] A ele se contrapõe o processo penal inquisitório. Um modelo indesejado – e indesejável –, incapaz de assegurar o respeito às garantias básicas do justo processo [...]” (ZILLI, Marcos. O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo. Um olhar sobre o PL 8045/10 (Projeto do Novo Código de Processo Penal). In: LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 388). E, a seguir, arremata: “O olhar sob a perspectiva do justo processo e orientado pela consagração do direito internacional dos direitos humanos é fenômeno recente. Transportá-lo para aquela estruturação supõe uma modificação dos perfis que, em última análise, exigiria a edificação de estruturas processuais novas assentadas em outros critérios” (ZILLI, Marcos. O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo. Um olhar sobre o PL 8045/10 (Projeto do Novo Código de Processo Penal). In: LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 389).

⁷⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem a Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 5.

⁷⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem a Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 5.

⁷⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem a Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 5.

⁷⁰⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 258, *grifos do autor*.

dolorosamente no processo”⁷⁰⁶. Desse modo, o juiz que determina a produção de alguma prova *ex officio* não é, só por isso, parcial, visto que “[...] ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção”⁷⁰⁷, sendo necessário, para preservar a imparcialidade judicial, impor limites a tal atuação⁷⁰⁸. Dessa forma, a atribuição de poderes instrutórios ao julgador seria medida imprescindível para promover uma correta apuração dos fatos, já que não se poderia conceber como justa uma sentença que não tenha sido produzida a partir de tal preocupação⁷⁰⁹.

Ainda que se possam entrever abusos, “[...] a obediência rigorosa aos ditames estabelecidos por força do devido processo legal será suficiente para coibir eventuais excessos”⁷¹⁰, de sorte que “O problema não repousará no sistema, mas, sim, na formação do juiz, o qual deve estar sempre consciente da imperiosa necessidade de buscar a harmonia equilibrada de suas opções”⁷¹¹. Daí a importância (a) da *imparcialidade do julgador*, assegurada por meio do juiz natural⁷¹², que deve determinar a produção de provas de modo desinteressado; (b) da necessidade de *motivação da decisão*, justamente para que seja possível constatar a real intenção do julgador ao exercer seus poderes de instrução; (c) do *contraditório*, permitindo que as partes possam participar da produção do material

⁷⁰⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As Reformas no Processo Penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 259.

⁷⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem a Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 6.

⁷⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem a Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 6-7.

⁷⁰⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 54-55.

⁷¹⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 275.

⁷¹¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 275.

⁷¹² “A razão de ser da garantia do juiz natural é, exatamente, assegurar um julgador imparcial. Obviamente, não basta o juiz natural para que se tenha um juiz imparcial. Mas a garantia do juiz natural, enquanto juiz pré-constituído e definido segundo critérios legais de competência, é um mecanismo eficiente para permitir que o acusado não seja julgado por um juiz parcial, evitando a manipulação dos poderes do Estado para atribuir um caso a um tribunal específico, escolhendo seus julgadores” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 33-34).

probatório; e (d) da *legitimidade das provas*, sendo inadmissíveis provas produzidas com infringência a normas processuais⁷¹³.

Ademais, os adeptos dessa linha de raciocínio advertem ser necessário delimitar o âmbito de atuação do julgador. Com efeito, a categoria “poderes instrutórios do juiz” é heterogênea, devendo o intérprete delimitar o sentido em que a emprega, tendo em vista que abrange “[...] poderes que vão desde a busca da fonte de prova (atividade propriamente investigativa) até a introdução em juízo de provas de cuja existência já tenha conhecimento”⁷¹⁴. Considerando que uma autêntica decisão judicial reclama imparcialidade, objetividade e independência do magistrado, “[...] tal somente ocorrerá quando o órgão julgador não tiver o encargo de dirigir a investigação preliminar e deduzir a acusação [...]”⁷¹⁵, razão por que a utilização de seus poderes instrutórios deve estar reservada à segunda fase da persecução penal e, ainda assim, de modo supletivo à atuação das partes⁷¹⁶, sendo-lhe defeso atuar *ex officio* na fase de investigação, ou seja, é proibido ao juiz atuar como “buscador” de fontes de prova⁷¹⁷.

A questão acerca da atribuição de poderes instrutórios ao juiz, como se vê, é complexa. A título de comparação, também no âmbito do processo civil o assunto desperta

⁷¹³ Sobre tais limitações, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem a Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 6-7; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 259-260; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 274-275.

⁷¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 119.

⁷¹⁵ DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 117, jan./mar. 1993, p. 97.

⁷¹⁶ JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 13. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 218.

⁷¹⁷ É importante esclarecer: *fontes de prova* são pessoas ou coisas das quais se extraem os *elementos de prova*, isto é, dados objetivos que confirmam ou refutam a asserção acerca de um fato relevante. Já *meios de prova* são os mecanismos destinados à introdução dos elementos de prova no processo, ao passo que *meios de pesquisa* são procedimentos caracterizados pelo aspecto “surpresa” e, em geral, extraprocessuais, cujo escopo é identificar fontes de prova. Ao juiz, de acordo com a visão ora analisada, é defeso o exercício de poderes instrutórios para obtenção de fontes de prova. Acerca da terminologia probatória, cf.: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318. Apesar disso, o art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal atribui ao seu Presidente competência para a instauração de inquérito policial: “Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro”. Trata-se de dispositivo nitidamente inconstitucional e que é objeto da ADPF n. 572, Rel. Min. Edson Fachin.

indagações. Realmente, destaca Michele Taruffo que a exigência de atribuir exclusividade às partes na produção das provas está ligada a questões ideológicas difundidas na Europa do século XIX, inexistindo, porém, qualquer garantia ou princípio constitucional que imponha esse monopólio. O reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz corresponde a uma necessidade epistêmica, permitindo um melhor acerto dos fatos⁷¹⁸. No direito processual civil positivo, o art. 370 do Código de Processo Civil de 2015 recepciona tal raciocínio, ao deferir poderes de instrução ao juiz⁷¹⁹. De qualquer forma, como já advertido no início deste trabalho, as soluções para o processo penal não podem ser pensadas a partir da ótica do processo civil. É preciso, pois, estruturar o processo penal de acordo com suas particularidades.

Por isso, não nos filiamos à corrente que admite a atribuição de poderes instrutórios ao juiz sob o argumento de que se trataria de medida necessária para promover uma correta apuração dos fatos, porquanto não se poderia conceber como justa uma sentença que não tenha sido produzida a partir de tal preocupação. Isso porque, conforme já pontuamos anteriormente, a justiça é um conceito extremamente vago, de difícil concretização, inexistindo critério objetivo para sua definição, motivo pelo qual não pode servir de parâmetro para a delimitação do alcance de institutos jurídicos⁷²⁰.

⁷¹⁸ TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 178. Nessa linha de raciocínio, José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que a atribuição de poderes de instrução ao julgador possibilita “[...] que o instrumento estatal de solução de controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 175-176). Cf., ainda: MEJIAS, Lucas Britto. Relação entre busca pela verdade, deveres instrutórios do juiz e regras de atribuição de ônus probatório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 460: “Essa postura ativa do juiz na instrução probatória se justifica por tudo o que foi visto acerca dos escopos do processo e da busca pela verdade como meio para a consecução desses escopos. Na medida em que os resultados do processo interessam até mais ao Estado do que às partes, nada mais correto que o juiz assuma a efetiva direção da instrução probatória, determinando, a requerimento das partes, ou de ofício, a realização das provas necessárias para a melhor solução da controvérsia fática”.

⁷¹⁹ No Código de Processo Civil de 1973, a norma correspondia ao disposto no art. 130. O dispositivo do Código de 2015, todavia, deve ser lido à luz do garantismo processual, da valorização da autonomia processual e do processo de estrutura cooperativa, como advertem Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga. Daí por que, ainda que não repute a norma inconstitucional, esses autores entendem que a atividade probatória é, primordialmente, função das partes, cabendo ao magistrado uma atuação complementar, a ser exercida apenas nos casos em que, uma vez produzidas as provas requeridas pelos litigantes, restar dúvida quanto à determinada questão de fato relevante para o julgamento (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 87 e 90).

⁷²⁰ Cf. o Tópico 2.2.2 – “Os fundamentos do recurso contra a sentença penal condenatória no processo penal: a superação do duplo grau de jurisdição como um mecanismo de aprimoramento da justiça do caso concreto e a sua afirmação como uma garantia do imputado”.

Partindo dessa constatação, entendemos que a nota distintiva que separa o sistema acusatório do sistema inquisitório é a gestão probatória. A separação de funções é relevante para o sistema acusatório, porém não é o critério decisivo e que, por si só, justifica o enquadramento de um modelo como acusatório ou inquisitório. Dessa forma, não pode o magistrado exercer poderes instrutórios, substituindo a “[...] atuação probatória do órgão de acusação” (CPP, art. 3º-A), sob pena de comprometimento de sua imparcialidade. O julgador, em um modelo processual penal de estrutura acusatória, deve assumir a função de assegurar a eficácia das garantias individuais do acusado.

Sendo assim, em decorrência da premissa dogmática por nós adotada, entendemos que a imediação não pode se apresentar como um fator para a produção ou valoração da prova, manifestando-se, na realidade, como uma garantia do imputado. Trata-se, pois, da garantia que lhe assegura que o julgador formará seu convencimento mediante a apreciação dos elementos de prova que foram apresentados pelas partes em juízo e não por fatores externos e que não podem ser justificados racionalmente, a exemplo dos dados gestuais expressados durante o depoimento.

Percebe-se, com isso, que a imediação não pode ser entendida como um aspecto impeditivo de um amplo controle pela instância recursal, sendo, pois, plenamente compatível com o juízo recursal, ainda mais se considerarmos a possibilidade de utilização dos mecanismos de gravação audiovisual.

5.2.1.1.2 O uso dos sistemas de gravação audiovisual no juízo recursal

O século XX foi marcado por diversas inovações tecnológicas e o século XXI não tem se mostrado diferente, intensificando e tornando as alterações da vida cotidiana cada vez mais frequentes. Obviamente, o sistema jurídico não poderia se mostrar infenso ao avanço da tecnologia. No âmbito forense, paulatinamente, os “autos físicos” estão sendo substituídos pelos “autos digitais” e o “processo eletrônico” tornou-se uma realidade. No Brasil, para regulamentá-lo, foi editada a Lei n. 11.419/2006 e, no campo do processo penal, a Lei n. 11.719/2008 trouxe alterações nos procedimentos, incorporando ao âmbito penal tal sistemática. A tecnologia viabilizou, por exemplo, o peticionamento eletrônico, a realização de atos processuais por videoconferência e o registro das audiências por meios audiovisuais.

Com efeito, uma das principais inovações é a documentação das audiências por meio de registro audiovisual. Nos termos do art. 405 do Código de Processo Penal, a ata de

audiência conterá “[...] breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos” e “[...] Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações” (CPP, art. 405, § 1º), sendo desnecessária a transcrição (CPP, art. 405, § 2º).

A opção legislativa é digna de encômios. É que o registro dos atos praticados em audiência por meio da lavratura da ata, com a transcrição dos depoimentos, não poderia reproduzir, em todos os seus aspectos, o que efetivamente ocorreu, visto que as transcrições são inexatas e subjetivamente contaminadas, porquanto fornecem um conhecimento do ocorrido em audiência intermediado pela apreciação de quem as efetuou. Por isso, a doutrina contemporânea reconhece que com o advento dos mecanismos de gravação audiovisual, a possibilitar a integral reprodução dos depoimentos na segunda instância, a discussão acerca da compatibilização entre a imediação e o juízo recursal perde sentido, até porque a imediação, enquanto garantia do imputado, não exige uma observação direta do depoimento pelo julgador.

Nesse sentido, Rafael Fecury Nogueira pontua que “[...] a idéia de que há um conflito entre o duplo grau de jurisdição e o princípio da imediação e da oralidade no processo penal não possui mais razão de ser por se basear em uma premissa ultrapassada, em que o registro das provas se dava de forma escrita, levando o órgão *ad quem* a realizar o reexame com prejuízo da oralidade. Essa vinculação hoje não mais se sustenta, pois, as provas são produzidas e armazenadas de modo digital ou por meio audiovisual, garantindo ao órgão revisor a sua apreciação da mesma maneira como realizada pelo juízo *a quo*, conferindo mais fidelidade à prova e sua apreciação”⁷²¹. Na mesma linha de entendimento, após chamar atenção para a previsão do duplo grau de jurisdição nas convenções internacionais de proteção de direitos humanos, Jose M^a Asencio Mellado destaca a importância dos mecanismos de gravação audiovisual para possibilitar um integral reexame da condenação, salientando ser obrigatória “[...] a existência de um recurso que reúna essas características, que possibilite em todo caso um reexame profundo da sentença, visto que não existe outro modo de assegurar a análise de uma decisão condenatória senão mediante o controle da valoração probatória. Qualquer outra interpretação, além de pouco coerente com tais preceitos

⁷²¹ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 136-137.

[Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Europeia de Direitos Humanos], carece de sentido em um momento com o atual, em que a existência de modernos mecanismos de registro permitem a integral reprodução da instrução em primeira instância perante o órgão superior encarregado de reexaminar a sentença”⁷²².

Dessa forma, não há dúvidas de que na seara recursal o emprego dos sistemas de gravação audiovisual constitui sistemática que se mostra extremamente vantajosa, podendo ser utilizada para proporcionar um controle mais efetivo da valoração probatória efetuada pelo julgador *a quo*, conforme defendido em duas recentes teses de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo⁷²³.

A esse propósito, imperioso retomar a ideia de que a imediação, como visto acima, apresenta-se como uma garantia do imputado, assegurando a “[...] participação e influência da defesa (e do réu) na tomada da decisão”⁷²⁴. Não se trata, portanto, de um fator de valoração ou produção da prova. Por isso, a imediação, assim concebida, “[...] não requer a observação direta do testemunho para percepção de elementos gestuais e meta-jurídicos do depoente ou para a interferência do julgador sobre a produção da prova”⁷²⁵, sendo certo, ainda, que “[...] que a função revisora do Tribunal, entende-se, prescindiria desta necessidade de interação comunicacional com a prova registrada”⁷²⁶.

Dessa forma, ainda que por meio da análise das gravações audiovisuais o Tribunal não se coloque no mesmo plano do órgão *a quo*, esse mecanismo não pode ser descartado, tendo em vista que a análise das declarações prestadas na primeira instância mediante a

⁷²² ASENCIO MELLADO, José M^a. *Derecho procesal penal*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 283, tradução livre: “[...] la existencia de un recurso que reúna estas características, que posibilite en todo caso una revisión profunda del fallo, ya que no existe otro modo de garantizar el análisis de una decisión condenatoria que mediante el control de la valoración probatoria. Cualquier otra interpretación, además de poco coherente con tales preceptos, carece de sentido en un momento como el actual en el que la existencia de medios modernos de reproducción mecánica permiten la reproducción íntegra del juicio oral ante el órgano superior encargado de la revisión de la sentencia”.

⁷²³ GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

⁷²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 259.

⁷²⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 258.

⁷²⁶ GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 238.

reprodução dos registros audiovisuais, em comparação com a leitura das transcrições, fornece um conhecimento mais autêntico. O exame das atuações gravadas, portanto, “[...] importa em um simulacro de *transporte temporal ao passado*, onde o tribunal deixará de lado a atividade probatória nova (porém, repetida) e poderá se concentrar na sua função típica de instância de revisão”⁷²⁷.

Sendo assim, não se ignora que a reprodução dos registros audiovisuais em segunda instância seja insuficiente para colocar o órgão *ad quem* no mesmo plano do órgão *a quo*. Entretanto, trata-se de providência salutar para proporcionar um verdadeiro controle sobre a decisão recorrida, intensificando a função revisora da segunda instância e, por isso, mostrando-se compatível com a imediação⁷²⁸.

A sistemática ora proposta, portanto, mostra-se suficiente para abrandar os tensionamentos da imediação com o juízo recursal, mas não se mostra capaz de proporcionar o pleno contato do julgador com os elementos de prova. Justamente por isso, a possibilidade de reforma da sentença, a partir da utilização dos mecanismos de gravação audiovisual, deve ser aplicada apenas em relação às condenações, não havendo violação à paridade de armas. Isso porque o duplo grau de jurisdição, enquanto garantia do imputado, não só admite como exige a estruturação de uma sistemática recursal diversa para a acusação e para a defesa. Tanto é assim que, embora seja possível a reversão da decisão de absolvição pelo juízo *ad quem*, essa possibilidade, nos casos em que envolver a reavaliação do lastro probatório, exigirá a realização de uma audiência pública e oral com a participação do acusado, conforme tem reconhecido o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Sendo assim, conclui-se “[...] que a reprodução das gravações audiovisuais dos atos praticados em primeiro grau

⁷²⁷ GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 234, *grifos do autor*.

⁷²⁸ Nesse sentido: GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 237: “Não se pode afirmar que mediante a projeção do conteúdo da gravação da audiência, o órgão de segunda instância se coloca em idêntica posição ao julgador *a quo*. Não obstante, entende-se que a projeção do conteúdo da gravação confere ao tribunal diversas garantias de acerto consideráveis, sobretudo no referente à apreciação da prova de caráter pessoal”. No mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 261: “[...] a reprodução das gravações audiovisuais dos testemunhos em uma audiência pública, em relação às impugnações específicas apresentadas pelo recorrente e por sua iniciativa, para fundamentação de seus argumentos, caracteriza sistema que respeita a imediação no processo penal”.

somente pode suprir as tensões com a necessidade de respeito à imediação para verificação da dúvida razoável, mas não para a sua superação [...]”⁷²⁹.

Finalmente, ainda com o escopo de aprimorar a função de controle exercida pelo Tribunal, caberia ao imputado delimitar em seu recurso os pontos frágeis da condenação e o que deveria ser alterado, apontando, a título de exemplo, os trechos das declarações testemunhais que afastam a sua credibilidade, fazendo remissão às gravações audiovisuais. Com isso, o órgão *ad quem* deverá se manifestar especificamente sobre as alegações lançadas pelo recorrente, somente podendo confirmar a sentença se afastar racionalmente cada uma das impugnações apontadas⁷³⁰, sendo certo que não se considera fundamentada a decisão judicial que “[...] não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (CPP, art. 316, § 2º, IV, c. c/ CPC, art. 489, § 1º, IV).

5.3 Omissões legislativas na disciplina da garantia do duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro

Conforme delineado oportunamente, o processo penal brasileiro convive com três hipóteses em que a garantia do duplo grau de jurisdição não é devidamente assegurada ao imputado, a saber: a) quando o acórdão reverte a sentença absolutória; b) quando a condenação é emitida em ação de competência originária pelos tribunais; e c) quando a condenação é proferida pelo tribunal do júri. Ademais, como visto, nas duas primeiras situações inexistem, de fato, um recurso capaz de ensejar o revolvimento fático-probatório, pois os recursos especial e extraordinário, apesar de permitirem um reexame da condenação, não se mostram capazes de proporcionar um controle integral da decisão, porquanto proporcionam apenas o reexame de questões de direito, não autorizando o revolvimento fático-probatório. Na terceira hipótese, a omissão dá-se porque a disciplina legislativa do recurso somente permite o seu manejo quando a decisão seja manifestamente

⁷²⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 280.

⁷³⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 280-283.

contrária à prova dos autos e não autoriza a reforma da decisão questionada, mas apenas a sua cassação, tornando o reexame restrito e, ainda, é ineficiente.

Identificadas as omissões, impõe-se a apresentação de propostas de solução apelando à autoaplicabilidade imediata da garantia do duplo grau de jurisdição.

5.3.1 O papel do Judiciário

Considerando que o duplo grau de jurisdição possui existência autônoma, dispensando regulamentação legislativa, ainda que a legislação seja omissa, deverá ser assegurada a possibilidade de impugnação das decisões condenatórias, tendo em vista que se trata de garantia dotada da característica da autoaplicabilidade imediata. Diante da omissão legislativa, assumirá o Poder Judiciário a incumbência de adotar medidas que tornem efetivo o duplo grau de jurisdição, sanando a omissão do legislador⁷³¹.

Com isso, cumpre analisar os modos pelos quais poderão ser sanadas as omissões legislativas acima apontadas. Para demonstrar a possibilidade de atuação do Judiciário na suplementação da lacuna legislativa, recorreremos à experiência argentina na consagração da garantia do duplo grau de jurisdição pela jurisprudência e, ao final, analisaremos a posição dos tribunais superiores brasileiros sobre o ponto.

5.3.1.1 A experiência argentina

5.3.1.1.1 Breve esclarecimento metodológico

O escopo deste trabalho é delimitar a garantia do duplo grau de jurisdição a partir do direito internacional dos direitos humanos. Para tanto, é evidente que nosso exame deve estar concentrado na análise dos textos normativos internacionais que consagram a garantia e na sua interpretação pelos respectivos organismos internacionais⁷³². Sem embargo, para aprimorar a investigação, é evidente que podemos apelar ao método comparativo, de forma

⁷³¹ Nesse sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 57; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 52.

⁷³² Cf., a propósito, o Capítulo 3 – “A garantia do duplo grau de jurisdição no direito internacional dos direitos humanos”.

a compreender como os Estados signatários recebem a normativa internacional e identificar eventuais práticas e técnicas que podem ser replicadas em nosso sistema jurídico.

Nesse contexto, é fato que a interação entre os sistemas jurídicos “[...] se intensificou no final do século passado e início deste como decorrência, sobretudo, da globalização e da universalização virtual do compartilhamento de dados”⁷³³. Entretanto, para não nos distanciarmos do objetivo desta monografia, optamos pela análise de um único sistema jurídico: o direito argentino. A limitação da investigação a somente um sistema jurídico se justifica não apenas para que não nos afastemos da proposta da monografia, mas, ainda, por uma questão de necessidade de delimitação do objeto da análise⁷³⁴.

Por outro lado, a escolha pelo direito argentino, por óbvio, não se mostra arbitrária, podendo ser justificada pelo fato de que a Argentina, assim como o Brasil, adota um ordenamento jurídico codificado e a forma federativa de Estado (Constituição da Argentina, art. 1º). Ademais, a garantia do duplo grau de jurisdição também não goza de previsão expressa no direito positivo nacional desse Estado. Finalmente, a escolha justifica-se, ainda, pelo fato de que a Argentina é signatária da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, atribuindo *status* constitucional a esse tratado (Constituição da Argentina, art. 75, inc. 22), já tendo sido condenada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por inobservância do disposto no art. 8.2.h do Pacto. A Argentina, assim, encontra-se em situação similar ao Brasil no que se refere à previsão da garantia do duplo grau de jurisdição e, por isso, o apelo à sua experiência poderá auxiliar na consagração dessa garantia em território nacional.

Isso porque “O direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito e para seu aperfeiçoamento”⁷³⁵. Com efeito, “O aproveitamento da experiência alheia contribui para o desenvolvimento do direito nacional através de uma boa crítica, que saberá

⁷³³ ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: “to bargain or not to bargain? Eis a questão”. In: MALAN, Diogo Rudge; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 144.

⁷³⁴ Como pondera Caio Mário da Silva Pereira, para uma autêntica análise comparatista, “[...] será de mister que se erijam em objeto do estudo dois ou mais sistemas jurídicos, com todos os seus elementos componentes, a fim de que o confronto entre uns e outros possa fornecer ao estudioso as conclusões decorrentes da extração dos pontos em que eles se diferenciam e dos em que apresentam marcada analogia. É por isso que a invocação do direito estrangeiro, como subsídio para o exame de uma tese de direito nacional, freqüentemente se faz através de viagem por numerosos corpos de direito positivo, ao passo que os trabalhos de finalidade comparatista quase sempre limitam seu campo de operações a dois sistemas, eis que a necessidade prática da divisão do trabalho, como acentua Del Vecchio, impõe esta restrição” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito comparado, ciência autônoma*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, a. 4, 1952, p. 35-36).

⁷³⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. Trad.: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 5.

escoimar o produto importado daquilo que não é adaptável às condições estranhas ao meio próprio e originário”⁷³⁶. Desse modo, eventual recepção de institutos e experiências alheias deve ser feita com cautela e senso crítico. Nesse contexto, de acordo com Marcos Zilli, a influência do direito comparado pode dar-se por meio de (a) *transplantes e importações*, que carregam o defeito de uma mera replicação ou (b) *adaptações e traduções*, a indicar a noção da inspiração de um sistema em outro e a realização das necessárias remodelagens. A introdução de mecanismos e técnicas que escapam da tradição e da cultura do sistema receptor poderia dar origem a um “Cavalo de Tróia”, expressão que denota o potencial desestabilizador do fenômeno. Todavia, também as adaptações/traduções não estão imunes a problemas. De um lado, o apego à cultura processual do órgão receptor pode motivar resistências na sua aplicação e, de outro, o intuito de promover uma aproximação ao modelo inspirador pode revelar uma tendência de indevida expansão do instituto⁷³⁷.

Dessa forma, o apelo à experiência argentina na disciplina da garantia do duplo grau de jurisdição, a partir do método comparativo (ou funcionalista) e sem deixar de lado uma

⁷³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, a. 4, 1952, p. 39.

⁷³⁷ ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 300, nov. 2017. Acerca de noção de *transplante*, o autor esclarece: “A ideia funda-se na concepção de que as diferentes formas de intercâmbio, entre distintos grupos com realidades jurídicas próprias, sugerem o fenômeno do transplante de institutos jurídicos ou até mesmo de todo o ordenamento jurídico. A noção de transplante carrega, portanto, a ideia de importação. A regra ou o instituto é transportado para o organismo receptor e ali introduzido, passando, então, a operar no modo de reprodução do sistema de origem” (ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: “to bargain or not to bargain? Eis a questão”. In: MALAN, Diogo Rudge; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 144-145). Por outro lado, sobre a noção de *tradução*, Marcos Zilli elucida: “Em estudo desenvolvido no campo do processo penal comparado, e mais especificamente dos mecanismos de solução negociada do conflito penal, Langer posiciona-se entre os críticos ao uso do termo transplante como ferramental apto a captar os diferentes resultados provenientes das interações entre os sistemas jurídicos. Propõe, assim, o uso da expressão ‘tradução’. Entende ser esta a mais adequada para distinguir as fontes linguísticas entre os sistemas de origem e o receptor, permitindo, assim, identificar as diferenças de sentido ocorridas no processo de aproveitamento de institutos estrangeiros” (ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: “to bargain or not to bargain? Eis a questão”. In: MALAN, Diogo Rudge; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 145). Cf., ainda, a crítica de VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 224: “A imposição de modelos legislativos e, principalmente, de política criminal, a culturas para as quais esses modelos não foram pensados tornam frágil a norma legal, sem legitimidade na origem, além de ser medida que sempre deixará escapar várias facetas do que se pretendia regular desde o início”.

análise crítica, é mecanismo que se mostra capaz de aperfeiçoar a compreensão dessa garantia no ordenamento nacional⁷³⁸.

5.3.1.1.2 A paulatina afirmação da garantia do duplo grau de jurisdição no ordenamento argentino

A garantia do duplo grau de jurisdição foi paulatinamente afirmada no ordenamento processual penal da Argentina por meio de precedentes de sua Corte Suprema de Justiça que interpretaram e moldaram a legislação processual à luz do direito internacional dos direitos humanos⁷³⁹.

Anteriormente à ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos pela Argentina, a Corte Suprema de Justiça era enfática em afirmar que “A garantia da defesa em juízo não exige o duplo grau de jurisdição”. Dessa forma, o duplo grau de jurisdição não era compreendido como uma garantia que integrava o devido processo legal e, por isso, o estabelecimento de um recurso contra a sentença condenatória estava sujeito à discricionariedade legislativa⁷⁴⁰.

⁷³⁸ Sobre os métodos no direito comparado, cf.: DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 189-212. Como esclarece o autor, o método funcionalista/comparativo, ora empegado, é “[...] aquele que pretende identificar respostas jurídicas similares ou distintas, em conflitos sociais que se assemelham mesmo ocorrendo em lugares distintos. A solução legal para problemas correlatos em diversas partes do mundo pode ser aparentemente distinta, mas possui uma ‘equivalência funcional, já que esses mesmos problemas – como, por exemplo, acidentes, contratos, mortes – são praticamente idênticos em todo o mundo” (DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 198). Registre-se, ademais, que o método comparativo se vale da noção de microcomparação: “A microcomparação centra seus esforços numa atividade que deve ser executada num nível mais profundo, em que as diferenças mais fundamentais entre os sistemas jurídicos e regulações são levadas em consideração [...]. Trata-se, sobretudo, de um trabalho em uma escala reduzida, centrando atenções em leis específicas, em termos selecionados ou em problemas determinados [...]” (DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 201). No mais, frise-se que a escolha de um método em detrimento do outro no âmbito do direito comparado não representa uma opção arbitrária, estando justificada pelo escopo perseguido pelo estudioso: “Ao trilhar um caminho metodológico específico, o que o comparatista procura é, fundamentalmente, obter o mais sucesso possível em sua empreitada acadêmica. As escolhas entre os métodos disponíveis significam essencialmente a busca pela potencialização da comparação” (DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 204).

⁷³⁹ Para uma abordagem em perspectiva histórica dos precedentes da Corte Suprema de Justiça da Nação, cf.: SOLIMINE, Marcelo A.; PIROZZO, Jorge A. *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 142-178.

⁷⁴⁰ Cf., a título exemplificativo: *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 1940, v. 187, p. 79-80; *Fallos de la Corte Suprema de Justicia la Nación*. Buenos Aires, 1977, v. 298, p. 252.

Com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pela Argentina, em 1984, a Corte Suprema de Justiça, sem afirmar a natureza constitucional da garantia do duplo grau de jurisdição, passou a afirmar que o recurso integrava a ampla defesa somente quando previsto em lei e, por isso, nesse caso deveria ser assegurado ao imputado, ou seja, “O duplo grau de jurisdição não possui hierarquia constitucional, exceto quando a legislação especificamente o assegure”⁷⁴¹ e, em mais um passo na afirmação da garantia, fixou-se que o recurso extraordinário atende ao disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*precedente Jáuregui*)⁷⁴². No entanto, Carlos Parma pontua que a posição da Corte Suprema de Justiça, à época, era insuficiente, tendo em vista que, por seu alcance e extensão, o recurso extraordinário é incapaz de proporcionar um reexame efetivo e amplo da condenação⁷⁴³, aspecto que também se repete no ordenamento nacional relativamente aos nossos recursos especial e extraordinário.

Com a reforma de 1994, o art. 75, inc. 22, da Constituição Argentina, atribuiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entre outros tratados de proteção aos direitos fundamentais, a hierarquia constitucional, passando a estipular que essas convenções “[...] não derrogam qualquer artigo da primeira parte desta Constituição e devem ser entendidos como complementares dos direitos e garantias por ela reconhecidos”. A reforma constitucional refletiu no entendimento da Corte Suprema de Justiça da Nação acerca da interpretação da garantia do duplo grau de jurisdição. Com isso, fazendo referência à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Supremo da Argentina declarou a inconstitucionalidade do art. 459, inc. 2, do Código de Processo Penal da Nação, que condicionava o cabimento do recurso de cassação da defesa ao montante da pena aplicada pela sentença (*precedente Giroldi*)⁷⁴⁴.

Ademais, em decisão de 1997, a Corte Suprema de Justiça da Nação, ressaltando que os direitos e garantias fundamentais devem ser interpretados conforme o critério *pro homine*, frisou que o duplo grau de jurisdição, enquanto garantia processual, é exclusivo do imputado, não se beneficiando o Ministério Público do disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Dessa forma, o legislador pode entender, restringindo o *jus*

⁷⁴¹ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 1987, v. 310, p. 1425.

⁷⁴² *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 1988, v. 311, t. I, p. 274-284.

⁷⁴³ PARMA, Carlos. *Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 245.

⁷⁴⁴ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 1995, v. 318, t. I, p. 514-531.

persequendi, pela abolição ou restrição do recurso acusatório, *in casu*, inexistindo violação à paridade de armas. Por esse motivo, o preceito normativo contido no art. 458 do Código de Processo Penal da Nação, que condiciona a admissibilidade do recurso de cassação acusatório ao montante de pena aplicado concretamente, na hipótese de impugnação da condenação, ou ao montante de pena que foi requerido mas não aplicado, em caso de impugnação da absolvição, não padece de inconstitucionalidade (*precedente Arce*)⁷⁴⁵.

A Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina, a partir de 2005, ampliou o âmbito de cognição do recurso de cassação (*precedente Casal*)⁷⁴⁶. No caso em tela, o juízo *a quo* condenou o imputado pela prática do delito de roubo qualificado pelo emprego de arma, tendo ele interposto o recurso de cassação. Todavia, o recurso foi denegado e, contra essa decisão, foi interposto recurso de queixa, igualmente denegado pela Câmara Nacional de Cassação. Em seguida, interposto o recurso extraordinário, foi da mesma forma denegado, ensejando a interposição de outro recurso de queixa para a Corte Suprema. A denegação dos recursos baseou-se no argumento de que a pretensão recursal exposta pelo imputado demandaria o reexame fático-probatório da condenação, extrapolando, pois, o âmbito de cognição permitido pelo recurso utilizado inicialmente.

A Corte Suprema de Justiça da Nação partiu do pressuposto que o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, diplomas de natureza constitucional, tendo em vista o disposto no já mencionado art. 75, inc. 22, da Constituição Nacional, exigiriam uma nova conformação do recurso de cassação⁷⁴⁷. Assim, partindo desse substrato normativo, o art. 456 do Código de Processo Penal argentino deveria ser alvo de uma nova exegese, de modo a permitir que, por meio da cassação, o juízo *ad quem* possa reexaminar também as questões de fato. A

⁷⁴⁵ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 1997, v. 320, t. I, p. 2145-2157.

⁷⁴⁶ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3399-3467.

⁷⁴⁷ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3435: “É claro que um recurso que somente tornasse possível o reexame das questões de direito com o objetivo político único ou preponderante de unificar a interpretação da lei, violaria o disposto nestes instrumentos internacionais com vigência interna, ou seja, tal situação atentaria contra a própria Constituição Nacional” (tradução livre: “Es claro que un recurso que sólo habilitase la revisión de las cuestiones de derecho con el objetivo político único o preponderante de unificar la interpretación de la ley, violaría lo dispuesto en estos instrumentos internacionales con vigencia interna, o sea, que sería violatorio de la Constitución Nacional”).

Corte Suprema, então, salientou que a cissão entre questões de fato e de direito não é precisa, podendo a sua adoção resultar em injustiças⁷⁴⁸.

Por isso, a Corte Suprema concluiu que se, de acordo com o Código de Processo Penal da Argentina, art. 456, inc. 2, pode ser interposto o recurso de cassação diante da “Inobservância das normas que este Código estabelece, sob pena de inadmissibilidade, caducidade ou nulidade [...],” essa hipótese de cabimento “[...] abrange a inobservância das normas que disciplinam as sentenças. O art. 404 estabelece ser nula a sentença que for contraditória ou que carecer de motivação. O art. 398 dispõe que as provas devem ser valoradas conforme as regras da *sana critica*. Uma sentença que não valorasse as provas conforme essas regras ou que as aplicasse erroneamente careceria de fundamentação. Portanto, não existe embasamento legal nem qualquer obstáculo no próprio texto da lei processual para excluir da matéria cassacional a análise da aplicação das regras da *sana critica* na valoração das provas, ou seja, para que o tribunal de cassação revise a sentença

⁷⁴⁸ Nas palavras da Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina, “A propósito, cabe também delimitar que a distinção entre questões de fato e de direito sempre foi problemática e, em definitivo, ainda que, em princípio, pareça clara, trazida aos casos reais é um pouco menos que inoperante, como se demonstrou largamente na velha classificação do erro no campo do direito substantivo. Isso obedece, no âmbito processual, não somente a que uma falsa valoração dos fatos leva a uma incorreta aplicação do direito, senão que a mesma valoração errônea dos fatos exige que não se tenham aplicado ou que se tenham aplicado incorretamente as regras jurídicas que se impõem aos juízes para formular essa valoração. Ou seja, em qualquer caso, uma questão de fato pode converter-se em uma questão de direito e, vice-versa, a inobservância de uma regra processual – como é o benefício da dúvida – pode ser considerada uma questão de fato. Por conseguinte, esta indefinição traduz-se, na prática, em que ao tribunal de cassação, socorrendo-se da velha regra de que não conhece questões fáticas, estaria permitido conhecer o que considere questão de direito ou deixar de conhecer o que considere questão de fato. Semelhante arbitrariedade contraria abertamente o bloco de constitucionalidade, pois não responde ao princípio republicano de governo, tampouco satisfaz o requisito da possibilidade de dupla defesa ou revisibilidade da sentença, previsto nos arts. 8.2.h da Convenção Americana e 14.5 do Pacto Internacional [de Direitos Civis e Políticos]” (*Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3438, tradução livre: “Al respecto cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal – como puede ser el beneficio de la duda – puede considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisibilidad de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional”).

para verificar se foram aplicadas essas regras e se tal se deu de modo correto”⁷⁴⁹. Endossando o entendimento da Corte Suprema de Justiça, a doutrina processual argentina frisa que restringir o controle cassacional às questões de direito significa assegurar ao imputado um recurso incapaz de proporcionar um reexame pleno, efetivo e suficiente⁷⁵⁰.

Apesar disso, a Corte Suprema de Justiça não fixou o entendimento de que o reexame efetuado pelo juízo *ad quem* seja irrestrito. Para delimitar sua tese, apelou à *doutrina da Leistungsfähigkeit*, do direito alemão, que demanda o “[...] esgotamento da capacidade de reexame. *Leistung* é o resultado de um esforço e *Fähigkeit* é a capacidade – expressão que também pode ser traduzida como capacidade de rendimento –, o que significa dizer que, por meio dessa doutrina, cabe ao tribunal cassacional *esgotar o seu esforço em reexaminar tudo o que possa revisar*, ou seja, *esgotar o reexame do que seja reexaminável*”⁷⁵¹.

Cabe ao tribunal de cassação, com isso, esgotar a capacidade de reexame, vale dizer, reexaminar tudo o que seja passível de reexame, o que torna necessário saber o que não é passível de reexame. Assim, não pode ser objeto de reexame “[...] aquilo que surja direta e unicamente da imediação. Isso porque se impõem limites ao conhecimento no plano das possibilidades reais [...]. Isso é o único que os juízes da cassação não podem valorar, não

⁷⁴⁹ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3435, tradução livre: “[...] abarca la inobservancia de las normas que rigen respecto de las sentencias. El art. 404 establece que se nula la sentencia a la que faltare o fuere contradictoria su fundamentación. El art. 398 establece que las pruebas deben ser valoradas conforme a las reglas de la *sana crítica*. Una sentencia que no valorase las pruebas conforme a estas reglas o que las aplicase erróneamente carecería de fundamentación. Por ende, no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta”. De acordo com a Corte Suprema de Justiça, a *sana crítica* é “[...] a aplicação de um método racional na reconstrução de um fato histórico” (*Fallos de la Corte Suprema de Justicia la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3441, tradução livre, “[...] la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado”). Descrevendo a *sana crítica*, a Corte Suprema aponta que ela se divide em quatro etapas, a saber: a) *heurística*, isto é, conhecimento dos elementos de prova que são admissíveis para a demonstração do fato; b) *crítica externa*, ou seja, análise da autenticidade dos elementos de prova; c) *crítica interna*, vale dizer, ponderação acerca da credibilidade do conhecimento oferecido pela análise dos elementos de prova; e d) *síntese*, ou seja, a conclusão acerca das hipóteses, devendo prevalecer a solução mais favorável ao imputado em caso de dúvida (*Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3441). Segundo a Corte Suprema, a decisão carece de fundamentação não só quando deixa de aplicar o referido método, mas quando o aplica erroneamente (*Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3441-3442).

⁷⁵⁰ PARMA, Carlos. *Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 218.

⁷⁵¹ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3436, tradução livre, *grifos do original*: “[...] el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung es el resultado de un esfuerzo y Fähigkeit es capacidad* – la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento –, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por *revisar todo lo que pueda revisar*, o sea, por *agotar la revisión de lo revisable*”.

apenas porque cancelaria o princípio da publicidade, mas também porque se trata de elementos que não conhecem diretamente, ou seja, são circunstâncias sobre as quais rege um limite real de conhecimento. Trata-se de uma limitação fática imposta pela natureza das coisas e que deve ser avaliada em cada caso”⁷⁵². Em resumo, de acordo com a *doutrina da Leistungsfähigkeit*, “Não se exige dos juízes da cassação que reexaminem o que não podem conhecer, mas que reexaminem tudo o que podem conhecer, ou seja, que *seu esforço de reexame esgote sua capacidade revisional em cada caso concreto*”⁷⁵³.

Na visão da Corte Suprema de Justiça, embora o reexame da decisão proporcionado pela cassação não seja irrestrito, ele é extremamente amplo, tendo em vista que a única restrição se dá com relação à prova testemunhal, visto que os demais elementos de prova se encontram documentados nos autos. Por isso, conforme esclarecem Marcelo A. Solimine e Jorge D. Pirozzo, “[...] o reexame não pode ser ilimitado, vindo a oralidade – em razão da imediação – a lhe impor certos limites”⁷⁵⁴.

Ainda assim, o exclusivo âmbito de atuação do juízo *a quo* é bastante restrito, eis que o juízo *ad quem* somente estará impedido “[...] de controlar a impressão pessoal que as testemunhas tenham causado no órgão julgador originário, mas se este pretender que tal circunstância seja considerada como um elemento válido da sua convicção, deverá descrevê-la fundamentadamente; seria inadmissível, a título de exemplo, que o órgão originário

⁷⁵² *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3436, tradução livre: “[...]. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la intermediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales [...]. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no solo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fática, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso”.

⁷⁵³ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3437-3438, tradução livre, *grifos do original*: “No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que *su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto*”.

⁷⁵⁴ SOLIMINE, Marcelo A.; PIROZZO, Jorge A. *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 182, tradução livre: “[...] la revisión integral, habilitada en la medida del agravio no puede ser ilimitada, viniendo la oralidad – en razón de la intermediación – a imponer ciertos límites”.

justificasse a maior ou menor qualidade das declarações do depoente em aspectos discriminatórios decorrentes de sua condição social, vestimenta etc”⁷⁵⁵.

Adicionalmente, a Corte Suprema de Justiça criticou distinção entre questões de fato e de direito, taxando-a de inoperante e arbitrária. Isso porque uma equivocada apreciação dos fatos necessariamente acarreta uma incorreta aplicação do direito. Ademais, apelando à tradicional regra de que lhe é vedado conhecer as questões de fato, o Tribunal, de maneira arbitrária e infundamentada, poderá, manipulando a imprecisa distinção entre questões de fato e de direito, converter uma questão de direito em questão de fato, para abster-se de apreciá-la, em manifesta violação à garantia do duplo grau de jurisdição⁷⁵⁶.

Percebe-se, com isso, que a Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina atribuiu ao art. 456 do Código de Processo Penal uma *interpretação conforme* o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ampliando o alcance da cassação para assegurar ao imputado a garantia de um recurso ordinário e eficiente contra a sentença de condenação, tal como previsto pelos pactos internacionais em questão e à luz da exegese que lhes foi fixada pelos respectivos órgãos de monitoramento. A esse propósito, registre-se que a Corte Suprema de Justiça fez referência aos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e às resoluções do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre o tema, utilizando-os como precedentes para embasar sua exegese⁷⁵⁷.

Em síntese, como resume Carlos Parra, com o *precedente Casal*, o recurso de cassação deve se mostrar capaz de proporcionar o reexame de tudo que tenha sido objeto da instrução, inclusive as questões de fato ou que dependam do reexame fático-probatório, não estando sujeito ao reexame pela instância superior, porém, o conhecimento que tenha sido alcançado como resultado direto da imediação⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3437, tradução livre: “Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc”.

⁷⁵⁶ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3438.

⁷⁵⁷ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2005, v. 328, t. 3, p. 3443-3444.

⁷⁵⁸ PARRA, Carlos. *Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 253.

Em julgado mais recente, a Corte Suprema de Justiça da Nação encampou a exegese fixada no precedente *Mohamed vs. Argetina*. Com efeito, a Corte Suprema da Argentina entendeu que quando é proferida uma sentença no âmbito da cassação que revoga a absolvição e, ao mesmo tempo, condena o imputado, a garantia do duplo grau de jurisdição deve lhe ser assegurada de maneira imediata, mediante a interposição de um recurso de cassação que deverá ser apreciado por outros julgadores do mesmo tribunal, sendo desnecessário que o imputado recorra à Corte Suprema da Nação para obter uma decisão que determine tal reexame. Porém, tratando-se do primeiro precedente sobre o tema, fixou-se que o seu alcance estaria restrito aos casos futuros, não alcançando condenações proferidas anteriormente.

Na ocasião, a Quarta Câmara Federal de Cassação Penal acolheu o recurso interposto pelo Ministério Público e reformou a sentença de absolvição, condenando o imputado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de seis anos. Interposto recurso de cassação, pleiteando que a condenação fosse reexaminada por outra Câmara do Tribunal, ele não foi admitido, tendo em vista a ausência de ato normativo que consagrasse tal via recursal. Contra a decisão de inadmissão, o imputado interpôs o recurso extraordinário federal, apontando a violação ao disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos. Finalmente, diante da denegação de seu recurso extraordinário, foi interposto o recurso de queixa.

Com isso, a Corte Suprema enfatizou que “[...] a omissão do Poder Legislativo na adoção de medidas legislativas necessárias para operacionalizar as normas de hierarquia constitucional não pode ocasionar a inobservância dos direitos ou prerrogativas assegurados pela Norma Fundamental”⁷⁵⁹, competindo ao Judiciário “[...] adotar as medidas necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades consagrados no bloco de constitucionalidade argentino, diante da omissão das normas legislativas necessárias para torná-las operacionais”⁷⁶⁰. Tal atuação do Judiciário “[...] não representa qualquer tipo de ingerência na esfera do Legislativo nem violação do princípio da separação dos Poderes ou de outro princípio de nível constitucional. Trata-se do exercício do controle de constitucionalidade

⁷⁵⁹ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2019, v. 342, t. 2, p. 2394, tradução livre: “[...] la omisión del Poder Legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para operativizar mandatos concretos de jerarquía constitucional no puede conllevar la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por la Norma Fundamental”.

⁷⁶⁰ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2019, v. 342, t. 2, p. 2396, tradução livre: “[...] adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en el bloque de constitucionalidad argentino, aun ante omisiones de las normas legislativas necesarias para su operatividad”.

das normas e dos atos executivos que a Constituição Nacional, enquanto norma jurídica, impõe ao Judiciário”⁷⁶¹.

Se é certo que o papel da Corte Suprema de Justiça da Nação é digno de encômios no que se refere à afirmação do duplo grau de jurisdição no âmbito dos processos que se iniciam na primeira instância, não apenas em virtude da ampliação do âmbito de cognição do recurso de cassação, mas também em virtude da implementação de um recurso ordinário e amplo que possa ser manejado contra o acórdão que reverte uma absolvição, o mesmo não pode ser dito em relação às ações de competência originária dos tribunais. Nesse sentido, no precedente *Feliceti*, o Tribunal Argentino argumentou que o disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não é incompatível com o julgamento em ações de competência originária, frisando que não se deve “[...] desqualificar genericamente a instância única, mas garantir que a sentença final não venha de um tribunal inferior na escala hierárquica, mas da instância mais alta, motivo pelo qual o julgamento efetuado por esta [...] de forma alguma afeta as garantias dos direitos dos acusados”⁷⁶².

5.3.1.1.3 Síntese conclusiva

De qualquer modo, o exame dos precedentes acima colacionados revela que a jurisprudência pode e deve assumir papel decisivo na recepção dos *standards* do direito internacional dos direitos humanos, suplantando a omissão legislativa em regulamentar direitos e garantias previstos nos pactos internacionais.

Por isso, ao comentar os precedentes supracitados, Marcelo A. Solimine e Jorge D. Pirozzo pontuam que “[...] não se necessitava de uma reforma legislativa para adequar a cassação às exigências dos pactos. Era suficiente um simples ‘ativismo judicial’ [...]”⁷⁶³

⁷⁶¹ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2019, v. 342, t. 2, p. 2396, tradução livre “[...] no entraña injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes, u otro principio de raigambre constitucional. Se trata del debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que les impone la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica con voluntad de eficacia”.

⁷⁶² *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, 2000, v. 323, t. 3, p. 4150, tradução livre: “[...] descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento por ésta [...] modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados”.

⁷⁶³ SOLIMINE, Marcelo A.; PIROZZO, Jorge A. *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 172, tradução livre: “[...] no se necesitaba una reforma legislativa para adecuar el recurso de casación a las exigencias de los pactos. Bastaba con simple ‘activismo judicial’ [...]”.

Assim, a despeito das omissões legislativas, cabe aos tribunais a utilização dos *standards* internacionais para a formatação das garantias processuais, recepcionando em âmbito nacional a jurisprudência internacional de proteção aos direitos humanos.

A análise da experiência argentina revela, portanto, que o Judiciário pode assumir papel de destaque na consagração da garantia do duplo grau de jurisdição, ampliando o âmbito de cognição de recursos já previstos pelo ordenamento, assim como determinando a utilização de recursos já existentes para assegurar a impugnação da condenação em hipóteses nas quais o ordenamento tenha sido omissivo em consagrar uma modalidade recursal específica para o caso.

5.3.1.2 A visão dos Tribunais Superiores brasileiros: inaplicabilidade imediata da garantia

Diversamente da jurisprudência argentina, nossos Tribunais Superiores são contrários à aplicabilidade imediata da garantia do duplo grau de jurisdição.

Nesse contexto, na visão do Superior Tribunal de Justiça, o duplo grau de jurisdição é garantia que não é dotada da aplicabilidade imediata. Com efeito, no *Habeas Corpus* n. 480.623-TO, a impetração deu-se com o escopo de restabelecer a sentença absolutória reformada diante do acolhimento do apelo ministerial. Não fazendo qualquer menção à normatividade fixada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou mesmo para o art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a exegese que foi fixada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, o Ministro Relator limitou-se a denegar a ordem sob o argumento de que o tribunal *ad quem* não está adstrito à conclusão do julgador de primeira instância tendo em vista os princípios do livre convencimento motivado e do duplo grau de jurisdição⁷⁶⁴. Ao que parece, para o Superior Tribunal de Justiça, seria desnecessário submeter a condenação à nova apreciação, visto que a sentença de absolvição, agora reformada, já foi examinada em sede recursal, argumento que não se sustenta, eis que, como observado por Vinicius Gomes de Vasconcellos, “*O direito ao recurso do imputado diz respeito à possibilidade de*

⁷⁶⁴ STJ, HC n. 480.623-TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 4/2/2019.

impugnação da condenação [...]”⁷⁶⁵, e é certo que, na hipótese em tela, o imputado sucumbiu apenas perante a segunda instância.

Com o mesmo escopo, foi interposto o Recurso Especial n. 1.761.648/SP. Na ocasião, a Ministra Relatora pontuou que “O cabimento do recurso especial é limitado às hipóteses constitucionalmente previstas, sendo via destinada estritamente à interpretação da lei federal. Assim, norma infraconstitucional, mesmo com caráter supralegal, não tem o condão de ampliar ou modificar a destinação constitucional do recurso especial, para que se transforme em meio para reexame do conjunto fático-probatório, providência que, caso realizada, também acarretaria a extrapolação, pelo Superior Tribunal de Justiça, da competência que lhe foi conferida no texto constitucional”⁷⁶⁶. Por isso, mostra-se “[...] inviável a pretensão defensiva, no sentido de que, pela incidência do art. 8º, item 2, alínea h, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), seja afastada a incidência da Súmula n.º 7 do STJ e reexaminado o conjunto fático-probatório [...]”⁷⁶⁷.

Os fundamentos empregados pelo Superior Tribunal de Justiça para denegar a observância do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos mostram-se totalmente equivocados. Embora a instância superior não esteja obrigada a seguir o entendimento do magistrado *a quo*, é certo que a liberdade de proferir decisão de conteúdo diverso não isenta o Estado do dever de assegurar à parte prejudicada o direito de impugná-la. Ou seja, livre convencimento motivado – sistema de apreciação dos elementos de prova – e duplo grau de jurisdição – garantia do imputado a ter sua condenação revista por uma instância superior – são temas que não se influenciam, um não afastando a incidência do outro. Assim, embora o órgão julgador superior possua liberdade e independência para proferir uma decisão de conteúdo diverso da anterior, deve fazê-lo de forma fundamentada, expondo as razões de sua divergência, até para que sua decisão possa ser impugnada, eis que, conforme exposto e defendido neste trabalho, toda decisão que acolha a pretensão punitiva deve ser passível de impugnação perante a instância superior.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão ora debatida não é distinto. Com efeito, o Supremo já teve a oportunidade de conferir aplicabilidade imediata à

⁷⁶⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 98, *grifos nossos*.

⁷⁶⁶ STJ, Sexta Turma, REsp 1.761.648/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 26/02/2019, p. 5.

⁷⁶⁷ STJ, Sexta Turma, REsp 1.761.648/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 26/02/2019, p. 6.

garantia do duplo grau de jurisdição em mais de uma ocasião. Inicialmente, a questão foi levada ao seu conhecimento por meio do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 79.785-RJ⁷⁶⁸. De acordo com a posição fixada pelo Supremo, a positivação do duplo grau de jurisdição pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos não lhe confere eficácia imediata no direito nacional, de modo que se a Constituição Federal, em casos envolvendo competência originária, não o assegura expressamente, a obrigatoriedade de resguardar ao condenado o direito de impugnar a decisão estaria afastada⁷⁶⁹.

Ademais, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 248.761-RJ, o agravante, condenado originariamente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, interpôs recurso extraordinário pretendendo o reexame da matéria fático-probatória, apelando ao disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos para tanto. Sua pretensão, no entanto, foi denegada ao argumento de “[...] possuindo natureza de lei ordinária a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não está a Carta Magna obrigada a observar as suas disposições, não sendo o duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional”⁷⁷⁰. Em julgado mais recente, o Supremo Tribunal Federal reafirmou essa orientação, sustentando que, nos casos de condenação proferida por tribunal no exercício de sua competência originária, não haveria incidência da garantia em tela, de sorte que seria

⁷⁶⁸ STF, Tribunal Pleno, RHC n. 79.785-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 29/3/2000.

⁷⁶⁹ Nas palavras do relator: “É que, em relação ao ordenamento pátrio, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei: seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogatória de normas da Constituição mesma, quando dinamitadoras do seu sistema. [...]. “Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, *a*; 105, II, *a e b*; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que proibiu. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, da lei ordinária à convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho – que não estão em causa – e da Justiça Militar – na qual o STM não se superpõe a outros tribunais –, assim como a do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores – o STJ e o TSE – estão enumeradas taxativamente na Constituição, que só ela mesma poderia ampliar. À falta de órgãos jurisdicionais *ad qua*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada” (p. 19-21 do voto do Relator).

⁷⁷⁰ STF, Primeira Turma, AI 248.761 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 11/04/2000, p. 244. No mesmo sentido: STF, Segunda Turma, AI 513.044 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 22/02/2005.

inviável a interposição de um recurso inominado para conferir eficácia ao disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷⁷¹.

Por outro lado, no *Habeas Corpus* n. 88.420-PR, impetrado à época em que o art. 594 do Código de Processo Penal ainda era vigente, debateu-se a legitimidade da exigência de recolhimento ao cárcere para interposição do recurso de apelação. Na ocasião, foi reconhecida a natureza constitucional do duplo grau de jurisdição, tendo em vista que, nas palavras do Min. Ricardo Lewandowski, o “[...] *due process of law*, abrigado no art. 5º, LIV, da Lei Maior, contempla a possibilidade de revisão, por tribunal superior, de sentença proferida por juízo monocrático”. De qualquer forma, “Mesmo que se lhe negue envergadura constitucional, o direito ao duplo grau de jurisdição, estabelecido pelo Pacto de San José da Costa Rica, a meu ver, deve prevalecer sobre o art. 594 do CPP”. Assim, considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada após o Código de Processo Penal, “[...] segue-se que eventual disposição em contrário da lei processual encontra-se senão revogada, ao menos substancialmente mitigada”.⁷⁷²

Extrai-se de tais precedentes do Supremo Tribunal Federal o seguinte raciocínio: embora prevista no ordenamento nacional, a garantia do duplo grau de jurisdição não é absoluta, devendo ser interpretada sistematicamente, de modo que, nas hipóteses em que a Constituição Federal defina determinado órgão como competente, mas silencie acerca da competência recursal, deve-se entender que seu silêncio foi eloquente, não se podendo suplantam essa lacuna com o apelo aos tratados de direitos humanos, sob pena de serem sobrepostos à Constituição, atribuindo-lhes maior hierarquia. Vale dizer: tem-se uma antinomia entre tais atos normativos, devendo prevalecer a Constituição, haja vista sua superioridade normativa – *lex superior derogat inferiori*.

Novamente, o raciocínio não se sustenta. Como dito anteriormente, não há antinomia entre a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, ainda que assim fosse, deveria ser aplicado, como critério de solução do conflito normativo, a

⁷⁷¹ STF, Segunda Turma, AI 601.832 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 17/3/2009. Nas palavras do relator: “Se é bem verdade que hoje existe uma garantia ao duplo grau de jurisdição, por força do Pacto de São José, também é fato que tal garantia não é absoluta e encontra exceções na própria Carta. [...]. As garantias inseridas na Carta Constitucional sofrem, pois, as limitações impostas pelo próprio texto, exatamente porque não podem ser consideradas de maneira absoluta. [...]. A ausência de previsão expressa de recurso ordinário das decisões proferidas no exercício de jurisdição penal originária dos Tribunais deve ser entendida, assim, como um silêncio eloquente do legislador constituinte e não como algo a ser complementado por via da interpretação jurisprudencial” (p. 12-15 do voto do Relator).

⁷⁷² STF, Primeira Turma, HC 88.420, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 17/04/2007, p. 238-240.

prevalência da norma mais favorável ao indivíduo, assegurando, assim, o acesso à instância superior⁷⁷³.

Percebe-se, em resumo, que a posição dos Tribunais Superiores é pela impossibilidade de superação da omissão legislativa na disciplina da garantia do duplo grau de jurisdição, não havendo que se falar, pois, em aplicabilidade imediata. Logo, não obstante a consagração da garantia em tela no ordenamento nacional, a ausência de previsão de um recurso para questionar determinadas decisões condenatórias inviabiliza o seu exercício, não podendo a omissão ser suplantada por meio de atuação do Judiciário.

5.3.1.2.1 O caso das audiências de custódia: aplicabilidade imediata das garantias processuais na leitura do Supremo Tribunal Federal e a incoerência jurisprudencial

Essa posição, entretanto, mostra-se injustificável se comparada com o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca das audiências de custódia e da dispensa de regulamentação legislativa para sua realização. Isso porque o Supremo aponta para um tratamento discrepante entre garantias processuais extraídas do mesmo tratado – a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – e redigidas em termos igualmente autossuficientes.

Como sabido, a audiência de custódia é importante garantia assegurada pelo art. 7.5 da Convenção Americana. Apesar de prevista no ordenamento desde 1992, data em que o Brasil ratificou o referido pacto internacional, as audiências de custódia somente passaram a ser regulamentadas recentemente⁷⁷⁴.

Inicialmente, a regulamentação foi efetuada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução n. 213/2017, preceituando o art. 1º que “[...] toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão”. Atualmente,

⁷⁷³ Cf. o Tópico 2.3 – Os fundamentos legislativos e a primazia da norma mais favorável.

⁷⁷⁴ Sobre a audiência de custódia, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podem ser citadas duas decisões. No caso *Tibi vs. Equador* (sentença de 7/9/2004), a Corte apontou que a apresentação deve ser feita pessoalmente e a autoridade a que se refere o art. 7.5 da Convenção Americana é uma autoridade cuja atuação respeite as garantias do art. 8.1 da Convenção Americana, ou seja, trata-se de uma autoridade judiciária. Ademais, no caso *Calderón Acosta vs. Equador* (sentença de 24/6/2005), a Corte enfatizou que o objetivo do mencionado art. 7.5 é assegurar um controle judicial imediato sobre as prisões, corrigindo e sanando ilegalidades e arbitrariedades.

o art. 310 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 13.964/2019, estabelece que “Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público [...]”.

Sem embargo, antes do advento da Lei n. 13.964/2019, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, foi obrigado a se manifestar sobre a necessidade de legislação federal para a implementação de tal garantia.

Com efeito, ao julgar a ADI n. 5.240, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a disciplina das audiências de custódia pode ser feita independentemente da edição de legislação federal; assim, ao negar o pedido formulado na ação, julgando válida a regulamentação infralegal efetuada por meio de provimento conjunto Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e de sua Corregedoria-Geral, *o Supremo frisou que o ato em tela apenas disciplinou normas já vigentes, não tendo ocorrido qualquer inovação no ordenamento jurídico, uma vez que o direito fundamental do preso de ser levado sem demora à presença do juiz está previsto na Convenção Americana*⁷⁷⁵. Ademais, na Medida Cautelar da ADPF n. 347, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a obrigatoriedade de observância do art. 7.5 do Pacto de San José da Costa Rica, determinando que os Tribunais passassem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão⁷⁷⁶.

Dessa forma, a partir da leitura desses julgados, percebe-se que a posição do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as garantias processuais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos são autoaplicáveis, na forma do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Tanto que julgou válida a disciplina do art. 7.5 do Pacto efetuada por um ato normativo infralegal, frisando a desnecessidade de regramento do tema por meio de legislação federal, porquanto a garantia já se encontrava prevista no ordenamento em virtude da simples ratificação do tratado pelo Estado brasileiro. Por via de consequência, não há sentido em defender um tratamento distinto no que tange à autoaplicabilidade do duplo grau de jurisdição. Espera-se, então, que, caso o Supremo Tribunal Federal seja instado a se

⁷⁷⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 5.240, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/8/2015.

⁷⁷⁶ STF, Tribunal Pleno, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015.

manifestar novamente, aplique à garantia em tela a mesma lógica que conferiu às audiências de custódia.

Apesar da crítica ora apontada, à guisa de conclusão, impõe-se reconhecer que a posição dos Tribunais Superiores é pela não aplicabilidade imediata do duplo grau de jurisdição, entendendo pela superioridade da (ausência de) normativa da Constituição da República em seu detrimento e, assim, assumindo a premissa de que o recurso é ato que depende de previsão legal.

5.3.1.3 Propostas de implementação da garantia do duplo grau de jurisdição nas hipóteses de omissão legislativa

Embora os Tribunais Superiores brasileiros sejam contrários à imediata aplicação do duplo grau de jurisdição, em manifesta incoerência com a sua própria jurisprudência acerca da autoaplicabilidade das garantias processuais, a experiência argentina, acima abordada, revela que uma postura ativa do Judiciário não só é possível como suficiente para suplantar as omissões legislativas na disciplina dessa garantia. Partindo dessa lógica, podem ser apresentadas algumas propostas de superação das omissões legislativas na disciplina do duplo grau de jurisdição.

As soluções propostas abaixo, assim, partem da premissa de que não se faz necessária qualquer alteração legislativa para a integral concretização da garantia do duplo grau de jurisdição. Com efeito, tais propostas assumem a premissa que os direitos e garantias fundamentais são dotados da autoaplicabilidade (CF, art. 5º, § 1º), de forma que a ausência de disposições legislativas não pode servir de escusa para a sua não implementação. Logo, apontada a omissão do Legislativo na disciplina de determinado direito ou garantia, caberá ao Poder Judiciário assegurar o seu exercício, adotando as medidas necessárias para tanto, sob pena, aliás, de responsabilização internacional (CADH, art. 2; PIDCP, art. 2.2). Assim, se o duplo grau de jurisdição está incorporado no ordenamento nacional, cabe ao Judiciário concretizá-lo, assegurando o seu exercício nos casos em que o sistema não tenha previsto um recurso para questionar uma determinada decisão.

Considerando que no processo penal brasileiro a implementação plena da garantia de recurso contra a sentença penal condenatória é obstada nos casos de (a) acórdão que reverte a sentença absolutória, (b) condenação emitida em ação de competência originária pelos

tribunais e (c) condenação proferida pelo tribunal do júri, as soluções serão apresentadas especificamente para cada uma dessas omissões.

5.3.1.3.1 Implementação nos processos penais de competência originária dos tribunais

Relativamente às ações de competência originária dos tribunais, rememore-se que, conforme visto oportunamente, a jurisprudência interamericana é pacífica sobre a necessária incidência da garantia do duplo grau de jurisdição, sendo que a atribuição de competência ao órgão jurisdicional supremo de um Estado signatário da Convenção Americana não poderá servir como fundamento para dispensá-la. Nesse caso, propõe-se o fracionamento do tribunal, de modo que o julgamento originário seja feito por uma de suas turmas ou câmaras, cabendo a apreciação do recurso interposto contra a condenação a outro dos órgãos fracionários do tribunal ou mesmo ao Plenário, mas com exclusão dos membros que proferiram a condenação, solução que também é defendida por uma parcela da doutrina⁷⁷⁷.

A proposta, embora capaz de assegurar ao imputado o questionamento recursal de sua condenação, não representa a solução mais adequada para a concretização da garantia do duplo grau de jurisdição no âmbito das ações penais de competência originária dos tribunais. Isso porque a sua implementação demanda a alteração do regimento interno de cada um dos tribunais nacionais, de modo que a implementação do duplo grau de jurisdição poderia restar obstada caso a modificação não seja efetuada. Por isso, Rafael Fecury Nogueira defende que a proposta de fracionamento do tribunal para julgar processos criminais seja “[...] encarada como uma solução subsidiária, incidindo apenas em face da inexistência de Tribunal com hierarquia superior orgânica na estrutura judiciária”⁷⁷⁸. Ou seja,

⁷⁷⁷ Nesse sentido, cf., entre outros: MALAN, Diogo. Competência penal *ratione functionae* do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, jan./fev. 2014, p. 126; LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004, p. 145; PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 185; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 845.

⁷⁷⁸ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 294. No mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 119: “[...] como regra, deve-se respeitar a necessidade de hierarquia organizacional superior do tribunal revisor, visto que há um maior afastamento em relação ao juízo inicial e a independência do julgador recursal. Nesse diapasão, as hipóteses de juízo sobre a condenação realizada por órgão diverso do mesmo tribunal devem ser aceitas somente em situações de inviabilidade de superioridade hierárquica, como nos casos de competência originária do Tribunal máximo do ordenamento”.

no caso do ordenamento brasileiro, o seu uso deveria ser reservado somente às ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Com isso, uma outra possibilidade de superar a omissão normativa seria a *utilização das espécies recursais ordinárias já previstas por analogia*, a exemplo do recurso ordinário contra a decisão denegatória de *habeas corpus* apreciado em única ou última instância pelos tribunais (CF, arts. 102, II, *a* e, 105, II, *a*). A solução em tela mostra-se capaz de sanar a omissão legislativa também nas hipóteses de reversão da sentença absolutória. Aqui, é preciso reiterar que “[...] a inexistência de previsão legal de recurso cabível ao caso não pode impedir o exercício efetivo do direito ao recurso no processo penal”⁷⁷⁹, e, assim, “[...] mesmo a partir do ordenamento atual, deve-se permitir a utilização dos meios legalmente regulados, por analogia, aos casos em que inexistir recurso específico”⁷⁸⁰.

Nessa linha de raciocínio, em monografia dedicada especificamente à análise do duplo grau de jurisdição nos processos de competência originária dos tribunais, Rafael Fecury Nogueira sustenta que, a partir da teoria dos poderes implícitos, seria possível adaptar e conformar os recursos já previstos para resguardar a garantia do duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, o autor parte do pressuposto, também adotado por esta dissertação, que o duplo grau de jurisdição está assegurado pelo ordenamento brasileiro. A ausência legislativa na disciplina de um recurso, meio e instrumento de ativação do duplo grau de jurisdição, não revela omissão do ordenamento na consagração dessa garantia, mas uma falha do sistema em regulamentá-la adequadamente. “Nesse sentido, se o ordenamento previu o duplo grau de jurisdição, não faria sentido excluí-lo pela ausência de um recurso para que o concretize”⁷⁸¹. Por outro lado, se a garantia do duplo grau de jurisdição mantém uma relação instrumental com a ampla defesa, já que pretende assegurar ao imputado uma reação contra a injusta condenação, “[...] estando o duplo grau de jurisdição implicado no exercício da ampla defesa, esta estende os seus efeitos para alcançar as situações em que aquele não foi

⁷⁷⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 96.

⁷⁸⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 96.

⁷⁸¹ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 287-288.

previsto expressamente”⁷⁸². Com isso, apelando à teoria dos poderes implícitos e propondo sua utilização para sanar a omissão legislativa na consagração de um recurso ordinário contra condenações proferidas por tribunais em processos de sua competência originária, ele pontua que sua aplicação se dá “[...] a partir de competência expressas, no caso, segundo recursos já existentes a partir da extensão de suas hipóteses de cabimento”⁷⁸³.

Nesse contexto, tratando-se de condenações proferidas em feitos penais de competência originária dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, Rafael Fecury Nogueira defende uma interpretação extensiva do recurso ordinário em *habeas corpus* para a concretização da garantia do duplo grau de jurisdição em favor do imputado, cabendo sua apreciação ao Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, II, *a*; Lei n. 8.038/1990, arts. 30 a 32). Assim, o recurso deverá ser interposto acompanhado das razões no prazo de 5 dias (Lei n. 8.038/1990, art. 30). Uma vez “Distribuído o recurso, a Secretaria, imediatamente, fará os autos com vista ao Ministério Público, pelo prazo de dois dias” e, após, com a conclusão dos “[...] autos ao relator, este submeterá o feito a julgamento independentemente de pauta” (Lei n. 8.038/1990, art. 31).

Por outro lado, no caso de condenações proferidas originariamente pelo Superior Tribunal de Justiça, a solução seria a utilização do recurso criminal (CF, art. 102, I, *c*), a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, deverão ser aplicadas as disposições do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Com isso, de acordo com o art. 307 do Regimento Interno, o recurso deverá ser interposto no prazo de 3 dias. Em seguida, “Distribuído o recurso, a Secretaria, imediatamente, fará os autos com vista ao Procurador-Geral. Devolvidos e conclusos ao Relator, este pedirá dia para julgamento, no Plenário ou na Turma, conforme o caso” (RISTF, art. 309). A atribuição para o julgamento do recurso ordinário é do Plenário (RISTF, art. 6º, III). Por outro lado, tratando-se de uma condenação proferida originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, deveria ser utilizado o referido recurso criminal, além de se exigir o fracionamento do tribunal.

Para reforçar a viabilidade da proposta ora apresentada, registre-se que similar prática já foi adotada no sistema processual brasileiro em relação à reclamação, que também teve

⁷⁸² NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 286.

⁷⁸³ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 288.

seu campo de incidência ampliado. A reclamação, concretização do *direito de petição* (CF, art. XXXIV, *a*), é um instrumento que visa a preservar a competência de um tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões⁷⁸⁴. Por isso, a competência para sua apreciação deve ser atribuída “[...] ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir” (CPC, art. 988, § 1º). Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Resolução n. 3/2016, ampliou a aplicação do instituto, atribuindo aos Tribunais de Justiça, por meio de suas Câmaras Reunidas ou Seções Especializadas, a competência para processar e julgar reclamações ajuizadas para dirimir divergência entre, de um lado, acórdão prolatado por Turma Recursal de Juizado Especial e, de outro lado, (b) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidada em (b.1) incidente de assunção de competência, (b.2) de resolução de demandas repetitivas, (b.3) em julgamento de recurso especial repetitivo, (b.4) em enunciados de suas súmulas e (b.5) em precedentes.

Finalmente, saliente-se que a implementação das propostas em questão não demanda qualquer alteração legislativa e não exige a criação de um novo recurso, mas a conformação de recursos ordinários já existentes e sem que lhes seja atribuída uma amplitude que não possuem⁷⁸⁵.

5.3.1.3.2 Implementação no caso de reversão da absolvição

De outra banda, para evitar o risco de que o imputado seja condenado pelo tribunal em virtude do acolhimento do recurso acusatório, além da utilização das propostas acima mencionadas, é possível sustentar a revogação ou a limitação da legitimidade recursal ativa da acusação. Como já se viu oportunamente, o recurso acusatório, diversamente do recurso defensivo, não é uma garantia, estando submetido à discricionariedade legislativa. Diante da

⁷⁸⁴ A natureza jurídica do instituto é discutida na doutrina. Cf., por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 337-338 : “Trata-se, antes de tudo, de uma *garantia especial* que pode ser subsumida na cláusula constitucional que assegura ‘o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5º, XXXIV, *a*). [...] [...] não se trata de *ação*, uma vez que não se vai rediscutir a causa com um terceiro; não se trata de *recurso*, pois a relação processual já está encerrada, nem se pretende reformar a decisão, mas antes garanti-la. Cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento”. É no mesmo sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno, ADI 2.480, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 2/4/2007.

⁷⁸⁵ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 292-304.

revogação da legitimidade recursal do Ministério Público, seria eliminado o risco de que o imputado fosse condenado em virtude da reforma da sentença que o absolveu.

Sobre o ponto, reitere-se que o recurso de acusação, por si só, não viola a garantia do duplo grau de jurisdição, desde que também seja assegurado ao acusado um recurso ordinário para questionar eventual alteração do julgamento que antes lhe era favorável⁷⁸⁶. Assim, ausente um recurso ordinário contra o acórdão que reforma a sentença de absolvição, haverá violação ao art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, eis que, na hipótese em tela, ao imputado não será assegurado a garantia do duplo grau de jurisdição. Portanto, parece impositivo concluir que, com o advento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a legitimidade recursal ativa do órgão de acusação tornou-se inoperante (natureza supralegal dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos e eficácia paralisante da legislação ordinária).

Ainda assim, é certo que as soluções propostas acima podem ser aproveitadas para o caso ora analisado. Desse modo, caso a reforma da sentença de absolvição seja decorrente de um acórdão proferido pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais, poderá ser utilizado o recurso ordinário em *habeas corpus* para a concretização da garantia do duplo grau de jurisdição em favor do imputado, cabendo sua apreciação ao Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, II, *a*; Lei n. 8.038/1990, arts. 30 a 32). De outra banda, na hipótese de condenações proferidas em sede recursal pelo Superior Tribunal de Justiça, a solução seria a utilização do recurso criminal (CF, art. 102, I, *c*), a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal. Finalmente, tratando-se de uma condenação proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em decorrência do acolhimento do recurso acusatório, a solução será a utilização do referido recurso criminal, além de se exigir o fracionamento do tribunal.

5.3.1.3.3 Implementação nos processos de competência do júri

Finalmente, no que se refere ao rito do júri, conforme salientamos, deve-se redesenhar o recurso defensivo, não se podendo olvidar, para tanto, que a soberania dos veredictos (CF, art. 5º, XXXVIII, *c*) é uma garantia e, portanto, impõe-se interpretá-la em

⁷⁸⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 69.

favor do imputado. O primeiro problema, então, se refere ao risco de que ao imputado não seja assegurado o duplo grau de jurisdição, tendo em vista que poderá ser condenado após já ter sido absolvido, caso o recurso de apelação interposto pela acusação por ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos seja provido, sendo que nessa situação não poderá o imputado manejar a apelação, tendo em vista o disposto no art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal. Nesse caso, é impositivo que lhe seja assegurado o direito a interpor o recurso de apelação, afastando-se o óbice do art. 593, § 3º, *in fine*, do Código de Processo Penal⁷⁸⁷.

O segundo problema é relativo ao fato de que, uma vez constatado pelo Tribunal de Justiça que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, somente lhe será possível o exercício do juízo rescindente, devendo determinar que o imputado seja submetido a novo julgamento pelo júri. Aqui, é preciso ampliar a competência do Tribunal de Justiça, de modo que, em se tratando de um recurso interposto pela defesa, lhe seja possível exercer não apenas o juízo rescindente como também o juízo rescisório, porquanto a solução estabelecida pelo Código de Processo Penal impede o juízo *ad quem* de sanar a decisão arbitrária e não elimina o risco de que a segunda decisão padeça do mesmo defeito. É inaceitável que uma decisão carente de fundamentação somente possa ser questionada quando seja demonstrada a sua total dissonância com o conjunto probatório e, ainda, que o recurso se mostre incapaz de corrigir o arbítrio, apenas ensejando um novo julgamento⁷⁸⁸.

Sendo assim, defende-se que a soberania dos veredictos deve vincular apenas o juiz-presidente do tribunal do júri, não tornando os jurados “[...] soberanos diante de um tribunal hierarquicamente superior que, por exigência democrática, possui competência para reformar decisão prejudicial ao imputado proferida por juízes hierarquicamente inferiores no plano sistêmico jurisdicional”⁷⁸⁹. Logo, de forma a resguardar a soberania dos veredictos e, ao mesmo tempo, assegurar ao imputado a garantia do duplo grau de jurisdição, Tiago

⁷⁸⁷ Nesse sentido: LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004, p. 151; PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190.

⁷⁸⁸ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 207.

⁷⁸⁹ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 207.

Bunning Mendes sustenta que a condenação deve ser passível não só de cassação mas também de reforma pelo Tribunal de Justiça⁷⁹⁰.

Nesse ponto, aliás, parece ser possível defender que o art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, na parte em que veda a reforma da decisão para que o Tribunal de Justiça absolva o imputado, foi revogado tacitamente pela Lei n. 13.694/2019. Isso porque a referida legislação, como já pontuado anteriormente, estabeleceu que o recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória carecerá de efeito suspensivo no caso de imposição de uma pena de reclusão igual ou superior a 15 anos (CPP, art. 492, § 4º)⁷⁹¹. Trata-se de inquestionável inconstitucionalidade, por afrontar a garantia da presunção de inocência. Sem embargo, é certo que se definiu que o efeito suspensivo poderá ser fixado excepcionalmente, quando, cumulativamente, o recurso (a) não apresente caráter meramente protelatório e (b) levantar “[...] questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão” (CPP, art. 492, § 5º). O dispositivo em questão, portanto, reconheceu, ainda que implicitamente, competência ao Tribunal de Justiça para, ao prover o recurso defensivo, absolver o imputado, instaurando uma disciplina incompatível com o mencionado art. 593, § 3º⁷⁹².

Isso posto, a sistemática do recurso de apelação no rito do júri, em relação à impugnação da condenação pela defesa, não teria sido recepcionada pela atual ordem constitucional-convencional e, dessa forma, para adaptar o disposto no art. 593, III, *d* e § 3º, do Código de Processo Penal, ao disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, referido dispositivo processual deve alcançar apenas o recurso de acusação. Tal proposta, assim, faz com que o art. 593, III, *d* e § 3º, do Código de Processo Penal, seja objeto de *declaração de inconvencionalidade parcial sem redução de texto*. Como explica Gilmar Mendes, ao adotar a técnica da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, o intérprete considera “[...]”

⁷⁹⁰ MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 208.

⁷⁹¹ Sobre essa modificação legislativa, cf. o Tópico 2.2.4.2 – “Efeito suspensivo: a inexistência de relação entre o direito à liberdade e o direito de recorrer”.

⁷⁹² Em sentido oposto, sustentando a inconstitucionalidade da alteração legislativa por violação à soberania dos vereditos, cf.: DEZEM, Guilherme Madeira. Alterações no Código de Processo Penal (art. 3º), na Lei de Normas Procedimentais perante STF e STJ (art. 16) e no Código de Processo Penal Militar (art. 18). In: DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 141.

considera inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração de seu *programa normativo*”⁷⁹³. Com efeito, “[...] não há dúvida sobre a interpretação do dispositivo. Só se fiscalizam as hipóteses de sua *aplicação*, isto é, situações que podem compor a *premissa menor* do silogismo jurídico. Na medida em que o dispositivo se aplica em algumas hipóteses, temos inconstitucionalidade. Nas demais hipóteses não há problema”⁷⁹⁴.

A inconveniência se verifica, pois, quando o disposto no art. 593, III, *d* e § 3º, do Código de Processo Penal, seja aplicado indiscriminadamente, tanto à acusação quanto à defesa. O alcance do dispositivo, assim, deve ser restringido, de modo que a sistemática por ele disciplinada se aplique apenas ao recurso acusatório.

⁷⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1288, *grifos do autor*.

⁷⁹⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 60, *grifos do autor*.

6 CONCLUSÃO

Perante o exposto, podemos assumir as seguintes conclusões:

a) O duplo grau de jurisdição é norma que não se encontra prevista expressamente pela Constituição Federal de 1988. O seu art. 5º, LV, se ocupa do direito ao recurso como um elemento inerente à ampla defesa, mencionando-o de forma genérica. Por outro lado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.2.h, e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil, asseguram, de forma expressa e inequívoca, o duplo grau de jurisdição como uma garantia do imputado. É por esse motivo que a disciplina dos recursos da acusação e da defesa se submete a lógicas distintas, podendo haver restrições e abolições àquele, sem que se possa falar em violação à paridade de armas.

b) Enquanto garantia, o duplo grau de jurisdição é prerrogativa processual que se destina apenas ao imputado. Trata-se de uma garantia processual que decorre da ampla defesa e da presunção de inocência, assegurando ao imputado o reexame de uma condenação, em todos os seus aspectos, por órgão distinto daquele que a prolatou, não necessariamente superior na escala hierárquica de organização do Poder Judiciário. Desse modo, o momento de ativação do duplo grau de jurisdição é a prolação de uma condenação, independentemente da etapa procedimental em que ela seja proferida pela primeira vez. Ademais, o seu instrumento de ativação é um recurso que deve assumir a feição de uma modalidade de impugnação ampla, permitindo o questionamento de todos os aspectos fáticos e jurídicos em que se assenta a condenação. Tradicionalmente, esse questionamento é feito pelo recurso de apelação.

c) Tratando-se de uma norma que assume a feição de uma garantia, ao duplo grau de jurisdição deve ser aplicado o regramento inerente à teoria dos direitos fundamentais, sobretudo, a característica da aplicabilidade imediata. Sendo assim, a omissão legislativa na consagração de mecanismos impugnativos não exime o Estado da obrigação de assegurar ao imputado o direito ao reexame de sua condenação.

d) O duplo grau de jurisdição é previsto nos sistemas africano, europeu, onusiano e americano de proteção dos direitos humanos. A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos não mencionou expressamente o duplo grau de jurisdição, o exame da jurisprudência do Tribunal Africano demonstra se trata de uma garantia íntinseca ao devido processo legal (Carta Africana, art. 7.1.a). Por sua vez, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em sua redação originária, não previa o duplo grau de jurisdição, omissão que foi superada por meio do Protocolo n. 7, de 1984. Apesar disso, trata-se de uma norma que prevê, desde logo, algumas restrições à garantia, sendo certo que a adoção da teoria da margem de apreciação pelo Tribunal Europeu impede a regulamentação de maneira ampla e uniforme no continente. Finalmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos consagram a garantia do duplo grau de jurisdição em redações muito similares, mas o Pacto de San José da Costa Rica assume maior alcance normativo em razão do papel da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos na fixação de sua exegese.

e) O controle de convencionalidade é importante mecanismo de filtragem da legislação interna, operando de maneira similar ao tradicional controle de constitucionalidade. Embora o Judiciário assuma protagonismo no seu exercício, o controle da convencionalidade dos atos normativos internos deve ser feito por todos os órgãos do Estado. Os órgãos internos exercem o controle de convencionalidade matriz nacional ou provisório, cabendo aos órgãos internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o exercício do controle de convencionalidade de matriz internacional ou definitivo, cabendo a eles a palavra final acerca da interpretação de determinada norma sediada em tratados e convenções internacionais.

f) A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem força obrigatória, sendo argumentos que autorizam esse entendimento: f.1) a rejeição da teoria da margem de apreciação; f.2) a teoria do duplo crivo; e f.3) a lógica operacional da teoria dos precedentes. Sendo assim, a Corte Interamericana é encarregada de uniformizar, no continente americano e para os Estados que reconheceram a sua jurisdição contenciosa, a exegese da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e dos demais tratados que compõem o sistema interamericano de proteção dos direitos fundamentais.

g) Um cuidadoso exame da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da exegese do art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos revela que a garantia do duplo grau de jurisdição, em sua essência, demanda que o Estado assegure ao imputado um remédio jurídico que lhe seja disponibilizado para questionar a sentença que lhe imponha uma sanção penal antes que essa se torne imunizada pelo advento da coisa julgada, devendo o instrumento em questão habilitar a instância superior à reapreciação de todas as *questões de fato e de direito* em que se assentou a decisão. O duplo grau de jurisdição, portanto, exige que: g.1) o controle da condenação seja o mais amplo possível, rejeitando a distinção entre questões de fato e de direito; g.2) o controle seja efetuado antes do advento da coisa julgada; g.3) o órgão encarregado de efetuar o controle deve ser distinto do órgão que proferiu a condenação, sendo desnecessário que lhe seja hierarquicamente superior; e g.4) o controle deve ser eficiente.

h) A delimitação das decisões passíveis de questionamento por meio do exercício da garantia do duplo grau de jurisdição deve levar em consideração o interesse do imputado, assim como uma concepção agnóstica de pena, evitando que escapem de controle pela superior instância decisões que possam gerar consequências aflitivas ao imputado, ainda que não necessariamente o responsabilizem pela prática de um injusto penal.

i) Após o exame das decisões passíveis de questionamento recursal e, tomando como referência os *standards* mínimos de conformação da garantia do duplo grau de jurisdição expostos nesta dissertação, identificou-se que o processo penal brasileiro apresenta três hipóteses em que ela não é assegurada ao imputado em sua inteireza: i.1) no acórdão que reverte a sentença absolutória; i.2) na condenação emitida em ação de competência originária pelos tribunais; e i.3) na condenação proferida pelo tribunal do júri. Nas duas primeiras hipóteses, o ordenamento processual brasileiro carece da previsão de um recurso capaz de ensejar o revolvimento fático-probatório, visto que o controle proporcionado pelos recursos disponibilizados ao imputado em tal situação, o recurso especial e o recurso extraordinário, restringe-se ao exame de questões de direito. Na terceira situação, a despeito da existência do recurso de apelação, a sua disciplina não autoriza a reforma da decisão questionada, motivo pelo qual o reexame proporcionado é ineficaz.

j) A apelação é o recurso que, em sua essência, concretiza o duplo grau de jurisdição. O seu procedimento, todavia, acarreta um esvaziamento da eficiência do recurso enquanto mecanismo de controle da condenação. Com efeito, a ausência de um contato imediato dos julgadores com as fontes de prova oral e o baixo grau de influência da defesa na formação

da convicção do órgão julgador colegiado, o que é decorrente do atual regramento procedimental do juízo recursal, são fatores que provocam um esvaziamento do controle sobre a sentença condenatória, tornando o duplo grau de jurisdição, exercido por meio da apelação, uma garantia inefetiva. Assim, faz-se necessário repensar o procedimento da apelação defensiva, aumentando a participação da defesa e intensificando a função de controle do Tribunal. Para tanto, assume especial relevo o emprego dos mecanismos de gravação audiovisual.

k) Atualmente, há uma falsa ideia de tensionamento entre o juízo recursal e a imediação. Isso porque a imediação não deve ser compreendida como um fator para a produção ou valoração da prova, manifestando-se, na realidade, como uma garantia do imputado. Assim compreendida, a imediação é a garantia responsável por assegurar ao imputado que o julgador formará seu convencimento mediante a apreciação dos elementos de prova que foram apresentados pelas partes em juízo e não por fatores externos e que não podem ser justificados racionalmente, a exemplo dos dados gestuais expressados durante o depoimento. Justamente por isso, a doutrina contemporânea reconhece que com o advento dos mecanismos de gravação audiovisual, a permitir a integral reprodução dos depoimentos na segunda instância, a discussão acerca da compatibilização entre a imediação e o juízo recursal perde sentido, até porque a imediação, enquanto garantia do imputado, não exige uma observação direta do depoimento pelo julgador. Logo, não há dúvidas de que na seara recursal o emprego dos sistemas de gravação audiovisual constitui sistemática que se mostra extremamente vantajosa, podendo ser utilizada para proporcionar um controle mais efetivo da valoração probatória efetuada pelo julgador *a quo*.

l) A sistemática em questão, todavia, mostra-se suficiente para abrandar os tensionamentos da imediação com o juízo recursal, mas não se mostra capaz de proporcionar o pleno contato do julgador com os elementos de prova. Dessa forma, a possibilidade de reforma da sentença, a partir da utilização dos mecanismos de gravação audiovisual, deve ser aplicada apenas em relação às condenações, não havendo violação à paridade de armas. Além disso com o escopo de aprimorar a função de controle exercida pelo Tribunal, caberia ao imputado delimitar em seu recurso os pontos frágeis da condenação e o que deveria ser alterado, devendo apontar, por exemplo, os trechos das declarações testemunhais que afastam a sua credibilidade, fazendo remissão às gravações audiovisuais. Com isso, o órgão *ad*

quem deverá se manifestar especificamente sobre as alegações lançados pelo recorrente, somente podendo confirmar a sentença se afastar racionalmente cada uma das impugnações apontadas, sob pena de nulidade da decisão por deficiência de fundamentação.

m) A jurisprudência não só pode como deve assumir papel decisivo na recepção dos *standards* do direito internacional dos direitos humanos, suplantando a omissão legislativa em regulamentar direitos e garantias previstos nos pactos internacionais. No que se refere ao duplo grau de jurisdição, o exame de precedentes da Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina revelou que o Judiciário é capaz de ampliar o âmbito de cognição de recursos já previstos pelo ordenamento, assim como de determinar a utilização de recursos já existentes para assegurar a impugnação da condenação em hipóteses nas quais o ordenamento tenha sido omisso em consagrar uma modalidade recursal específica para o caso. Apesar disso, os Tribunais Superiores do Brasil são contrários à autoaplicabilidade do duplo grau de jurisdição, contrariando a sua própria jurisprudência acerca da aplicabilidade imediata das garantias processuais.

n) Apesar da relutância da jurisprudência nacional, não há dúvidas de que o duplo grau de jurisdição é dotado da característica da aplicabilidade imediata. Desse modo, a ausência legislativa na disciplina de um recurso, meio e instrumento de ativação do duplo grau de jurisdição, não revela omissão do ordenamento na consagração dessa garantia, mas uma falha do sistema em regulamentá-la adequadamente, cabendo ao Judiciário assegurar o seu exercício, o que pode ser feito mediante a utilização, por analogia, de recursos já previstos.

o) Partindo desse pressuposto, caso a condenação seja proferida em sede de ação de competência originária dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, poderá ser utilizado o recurso ordinário em *habeas corpus* para a concretização da garantia do duplo grau de jurisdição em favor do imputado, cabendo sua apreciação ao Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, II, *a*; Lei n. 8.038/1990, arts. 30 a 32). Por outro lado, se a condenação for proferida em virtude do exercício de competência originária pelo Superior Tribunal de Justiça, a solução é a utilização do recurso criminal (CF, art. 102, I, *c*), a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal. Finalmente, tratando-se de uma condenação proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em decorrência do exercício de sua competência originária, a solução será a utilização do referido recurso criminal, além de se exigir o fracionamento do tribunal.

p) No que se refere à reversão da absolvição pelo Tribunal de Justiça em virtude do provimento do recurso acusatório, tem-se que a previsão de um recurso que possa ser manejado pela acusação contra a absolvição, por si só, não representa uma violação à garantia do duplo grau de jurisdição, desde que também seja assegurado ao acusado um recurso ordinário para questionar eventual alteração do julgamento que antes lhe era favorável. Logo, se o ordenamento não estabelece a possibilidade de utilização, pelo acusado, de um recurso ordinário para impugnar o acórdão que reforma a sentença de absolvição, haverá violação ao art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Isso porque, na hipótese em questão, ao imputado não será assegurada a garantia do duplo grau de jurisdição. Sendo assim, com o advento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tem-se que a legitimidade recursal ativa do órgão de acusação tornou-se inoperante (natureza supralegal dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos e eficácia paralisante da legislação ordinária). Apesar disso, podem ser utilizadas as soluções acima propostas, *mutatis mutandis*.

q) Finalmente, relativamente ao rito do júri, a solução proposta neste trabalho parte do pressuposto que a soberania dos veredictos (CF, art. 5º, XXXVIII, c) é uma garantia e, portanto, deve ser interpretada em favor do imputado. Ademais, para adaptar o art. 593, III, d e § 3º, do Código de Processo Penal, ao disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, referido dispositivo processual deve alcançar apenas o recurso de acusação (declaração de inconveniência parcial sem redução de texto). Dessa forma, para assegurar ao imputado a garantia do duplo grau de jurisdição, caso o recurso acusatório interposto por ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, deve ser afastado o óbice do art. 593, § 3º, *in fine*, do Código de Processo Penal. Ademais, para garantir que o recurso defensivo seja eficiente, a soberania dos veredictos deve ser entendida como limitação que alcança apenas o juiz-presidente do tribunal e, assim, deve ser permitido ao Tribunal de Justiça exercer não apenas o juízo de cassação como também o juízo de reforma, podendo o imputado manejar o recurso ainda que a decisão dos jurados não seja manifestamente contrária à prova dos autos.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ALAGIA, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Direitos humanos: da utopia à realidade. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 25-39.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 13. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ANTUNES, Eduardo Muylaert. Natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p; 607-624.

ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 5. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

AQUINO, José Carlos G. Xavier. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

ASENCIO MELLADO, José M^a. *Derecho procesal penal*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 219-260.

_____. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- _____. *Processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- BAIGÚN, David (coord.). *Estudios sobre justicia penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- BANDEIRA, Marcos Thompson. *O duplo grau de jurisdição e o bloco de constitucionalidade: a Constituição pode suprimir essa garantia?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa: trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1893, v. 20, t. V.
- _____. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BARONA VILAR, Silvia; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTERO AROCA, Juan; MONTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho jurisdiccional: proceso penal*. 19. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, v. 3.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho procesal penal*. 3. ed. México, D. F.: McGraw-Hill, 2009.
- BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 147-180.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASTOS, Cleunice A. Valentim; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, out./dez. 1993.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- _____. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza (org.). *Defesa criminal efetiva na América Latina*. ADC: São Paulo, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. Trad.: Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2014.
- BONATO, Gilson (coord.). *Direito penal e direito processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 185-200.
- _____; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BOTTINO, Thiago. *Habeas Corpus* nos Tribunais Superiores: pontos para reflexão e debate. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 22, n. 262, p. 2-4.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.
- BUERGENTHAL, Thomas. The Inter-American Court of Human Rights. *The American Journal of International Law*, v. 76, 1982, p. 231-245.
- CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e modelo garantista*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAPE, Ed; BINDER, Alberto; NAMORADZE, Zaza (org.). *Defesa criminal efetiva na América Latina*. ADC: São Paulo, 2016.
- CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 201-236.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1960.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28. ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 68/2011. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. *Introdução aos direitos humanos*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
- CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de; CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Introdução aos direitos humanos*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
- CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 122-130, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 495-510.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 25-36, jan./mar. 1994.

_____. Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 21, n. 2, p. 467-500, abr./jun. 1978.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação história dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. El derecho a la doble instancia penal presente y futuro: consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal. In: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. *Constitución y garantías penales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004. p. 13-58.

CONTESSÉ, Jorge. Contestation and deference in the Inter-American Human Rights System. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 79, n. 2, 2016, p. 123-145.

CONTRERAS, Pablo. Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, ano 22, n. 2, 2014, p. 235-273.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 103-115.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 3.

CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

D'ALBORA, Nicolas F. Casación positiva, doble instancia y la necesidad de una reforma: comentario al informe 173/2010 de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos. *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, n. 12, p. 2105-2108., dez. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. até a Súmula Vinculante n. 25 do STF, de acordo com as Lei n os 11.689/08, 11.690/08, 11.705/08, 11.900/09 e 12.037/09. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DEZEM, Guilherme Madeira; VAZ, Denise Provasi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). *Eficiência e garantido no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017.

_____; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 11-30., mar./abr. 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao estudo do direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

_____; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed. rev. E atual. segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- DOMINGOS, Carlos Eduardo de Moraes. Caso K. S. and M. S. v. Germany: utilização da prova ilícita no processo penal e jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 231-245, jan./jun. 2017.
- DOMÍNGUEZ CORTÉS, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 117, p. 89-114, jan./mar. 1993.
- DUCLERC, Elmir. *Por uma teoria do processo penal*. Empório do Direito: Florianópolis, 2015.
- DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court - the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Texas, v. 50, p. 45-93, 2015.
- DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 189-212.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- EID, Elie Pierre; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- E. CÓRDOBA, Gabriela. Nemo tenetur se ipse accusare: ¿principio de pasividad?. In: BAIGÚN, David (coord.). *Estudios sobre justicia penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 279-301.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.
- _____; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antonio Magalhães. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 9-28.
- _____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERNANDES, Guilherme Antonio de Almeida Lopes. *O controle de convencionalidade no sistema interamericano para proteção dos direitos humanos*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad.: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia: teoria della democrazia*. Roma: Laterza, 2007, v. 2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juz mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 549-656.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Até a Emenda Constitucional n. 52/2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e modelo garantista*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FÔNSECA, Vitor Moreira. *Processo civil e direitos humanos: o controle de convencionalidade no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (org.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1.

GALATI, A; TRANCHINA, G; ZAPPALÀ, E; SIRACUSANO, D. *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1994, v. 1.

GARAY BOZA, Norberto E. Governar desde bajo: del control de convencionalidad a la instrumentalización de la inversión estructural de la Pirámide Kelseniana, 5 *Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J.* 124, p. 124-147.

GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.

_____; PIOVESAN, Flávia; (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: instrumentos e garantias de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (national systems): some pertinent questions. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Notre Dame, v. 5, n. 1, 2015, p. 115-152.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

GIACOMOLLI, Nereu José. A garantia do devido processo legal e a criminalidade organizada. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 113-121.

_____. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GILARDONE; Lucas; NARVAJA, Sebastián. Estratégias nacionais efetivas para a defesa criminal: análise por país – Argentina. In: BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza (org.). *Defesa criminal efetiva na América Latina*. ADC: São Paulo, 2016, p. 99-180.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral de impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, p. 183-203.

GÓIS, Veruska Sayonara. O recurso como garantia fundamental: possibilidades de restrição pelo legislador infraconstitucional. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 29, jul.-dez. 2009, p. 163-185.

SOUZA, Alexander Araujo de; GOMES, Décio Alonso (coord.). *Contributos em homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Notas sobre a terminologia das provas (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318.

_____. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 248-297.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTERO AROCA, Juan; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional: proceso penal*. 19. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, v. 3.

GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón; URBANO CASTRILLO, Eduardo de; MAZA MARTÍN, José Manuel. *Casación penal práctica: quebrantamientos de forma, infracción de Ley o de preceptos constitucionales y vulneración de derechos fundamentales*. Barcelona: Bosch, 2013.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal: anotado e legislação complementar*. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. Execução provisória da pena: os caminhos do STF. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). *Eficiência e garantido no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017.

_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *O processo: III série: estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. O princípio da ampla defesa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 19, dez. 1981/dez. 1982.

_____. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, ano 4, n. 2, jul./dez. 2011, p. 143-165.

_____. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____; GOMES FILHO; Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamações aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem a Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-13.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 55-69, jan./mar. 199.

HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: CEI, 2020.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 13. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

JOSÉ, Caio Jesus Granduque. *A construção existencial dos direitos humanos*. Curitiba: CRV, 2012.

- KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad.: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KRATOCHVÍL, Jan. The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3, 2011, p. 324-357.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1995,
- LATOUR BROTONS, Juan. Consideraciones en torno al principio de oralidad. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 1, 1/26, p. 1169-1172, semanal, 1987.
- LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- LENZA, Pedro. As garantias processuais dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais. In: PIOVESAN, Flavia; GARCIA, Maria (orgs.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 429-452.
- LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção internacional dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. Barueri: Manole, 2004.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.
- _____. *Manual de processo penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.
- LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: instrumentos e garantias de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5, p. 71-96.
- LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- LOPES, Mariangela Tomé; DEZEM, Guilherme Madeira; VAZ, Denise Provasi; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (org.). *Eficiência e garantido no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.
- MACHADO, Antonio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, v. 1.

MALAN, Diogo. Competência penal *ratione functionae* do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 113-136, jan./fev. 2014.

_____; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. até a Súmula Vinculante n. 25 do STF, de acordo com as Lei n os 11.689/08, 11.690/08, 11.705/08, 11.900/09 e 12.037/09. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 57-85.

_____; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013,

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. atual. por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millenium, 2001.

MARTÍNEZ PARDO, Vicente José. El derecho al recurso en el proceso penal: la doble instancia penal - estudio doctrinal y jurisprudencial. *Revista Arazandi de Derecho y Proceso Penal*.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MAZA MARTÍN, José Manuel; GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón; URBANO CASTRILLO, Eduardo de. *Casación penal práctica: quebrantamientos de forma, infracción de Ley o de preceptos constitucionales y vulneración de derechos fundamentales*. Barcelona: Bosch, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Soberania e proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. In: *Doutrinas essenciais: direitos humanos: proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 481-494.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: _____. MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama*

latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 3-56.

MEIRA, Silvio. *Processo civil romano*. 2. ed. Belém: Falangola, 196-?.

MEJIAS, Lucas Britto. Relação entre busca pela verdade, deveres instrutórios do juiz e regras de atribuição de ônus probatório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 445-470.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Juiz secretário de segurança pública. Breve ensaio sobre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial em matéria criminal na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 313-341, mai./jun. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO JÚNIOR, José Ricardo Custódio de. O conflito entre o universalismo dos direitos humanos e o multiculturalismo: reflexos na aplicação da doutrina da margem de apreciação. *Publicações da Escola da AGU, Belo Horizonte*, ano 2015, n. 2, Out/Dez 2015, p. 7-21.

MENA PARRAS, Francisco Javier. Democracy, diversity and the margin of appreciation: a theoretical analysis from the perspective of the international and constitutional functions of the European Court of Human Rights. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 29, jun. 2015, p. 347-364.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal: duplo grau de jurisdição como uma garantia exclusiva do imputado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. Até 31 de dezembro de 2005 por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006, v. 2, p. 299-320.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional: proceso penal*. 19. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, v. 3.

_____. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

MONTÓN REDONDO, Alberto; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional: proceso penal*. 19. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, v. 3.

MORAES, Fernando Arruda de; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Acesso ao sistema interamericano de direitos humanos e o esgotamento dos recursos internos. Caso Brewer Carías vs. Venezuela. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./dez. 2014, p. 211-213.

MORAES, Maurício Zanoide de; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Princípio do duplo grau de jurisdição e direito ao recurso. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (org.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p 927-948.

_____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: vol. V, arts. 476 a 565*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORENO, Rafael Alvarez. Por uma interpretação *pro homine* da garantia da legalidade: fundamentos para a desconstrução da Súmula 231 do STJ. *Boletim do IBCCrim*, ano 24, n. 282, maio/2016, p. 9-10.

MORENO CATENA, Víctor; DOMÍNGUEZ CORTÉS, Valentín. *Derecho procesal penal*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, out./dez. 1993.

_____; BOTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *As Reformas no Processo Penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NAMORADZE, Zaza; BINDER, Alberto; CAPE, Ed (org.). *Defesa criminal efetiva na América Latina*. ADC: São Paulo, 2016.

NARVAJA, Sebastián; GILARDONE, Lucas. Estratégias nacionais efetivas para a defesa criminal: análise por país – Argentina. In: BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza (org.). *Defesa criminal efetiva na América Latina*. ADC: São Paulo, 2016, p. 99-180.

NASH ROJAS, Claudio. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuário Colombiano de Derecho Internacional*, n. 11, jan. 2018, 71-100.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e

vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

NIÑO ESTÉBANEZ, Roberto. *La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Fe d'Erratas, 2014.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. In: SOUZA, Alexander Araujo de; GOMES, Décio Alonso (coord.). *Contributos em homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 223-235.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária dos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 2.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

PARMA, Carlos. *Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PASQUALUCCI, Jo M. The inter-american human rights system: establishing precedents and procedure in human rights law. *University of Miami Inter-American Law Review*, Miami, v. 26, n. 2, dez.-mar. 1994-1995, p. 297-361.

PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

PEDRO SAGUÉS, Néstor. El control de convencionalidad em Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade*:

um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 343-358.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. O Poder Judiciário no Estado de Direitos. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, jan.-fev.-mar. 2013, p. 189-207.

PELELLA, Eduardo; FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e modelo garantista*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 4, out. 1952, p. 33-47.

_____. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 23. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.

PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem a Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, vol. 3.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; GARCIA, Maria (orgs.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.

_____; GARCIA, Maria (Org.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: instrumentos e garantias de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5.

_____. *Temas de direitos humanos*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIROZZO, Jorge A.; SOLIMINE, Marcelo A. *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

PIZZOLO, Calogero. Control de convencionalidad y su recepción por la Corte Suprema de Justicia en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 427-449.

_____. *Sistema interamericano*. Buenos Aires: Ediar, 2017.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às idéias de Julio B. J. Maier. In: BONATO, Gilson (coord.). *Direito penal e direito processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 105-119.

_____; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

_____. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal: parte geral*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 1.

RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, set./dez. 2015, p. 137-168.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Processo internacional de direito humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Vânia Costa; DIAS, Augusto Silva. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra, 2009.

RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito processual penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

RASCOVSKI, Luiz (coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REDIN, Giuliana. Crítica ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. In: PIOVESAN; GARCIA (org.). In: PIOVESAN, Flavia; GARCIA, Maria (orgs.). *Doutrinas essenciais: direitos humanos: proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 227-241.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

REZENDE, Guilherme Madi. Júri: decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – descabimento. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 207, fev. 2010, p. 14.

RICCI, Edoardo F. Doppio grado di giurisdizione: principio del. *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto dele Enciclopedia Italiana, 1989, p. 1-10.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord.). *Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira

(coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 87-113.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009.

SHAKESPEARE, William. *Romeu e Julieta*. 2. ed. Trad.: F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros e Oscar Mendes. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SIQUEIRA, Adriana Souza de. *As medidas reparatorias na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Lisboa: AAFDL, 2019.

SHANY, Yuval. Taking universality seriously: a functional approach to extraterritoriality in international human rights law. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 7, n. 1, 2013, p. 47-71.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28/11/2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1994, v. 1.

SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1.

SOLIMINE, Marcelo A.; PIROZZO, Jorge A. *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

SOUZA, Alexander Araujo de. A supressão do recurso criminal do Ministério Público em caso de absolvição do acusado: quando Ferrajoli si è sbagliato. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e modelo garantista*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; GOMES, Décio Alonso (coord.). *Contributos em homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, Luciano Anderson de; DEZEM, Guilherme Madeira. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (org.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1.

STRANO, Rafael Folador. Defesa criminal e direitos humanos: uma necessária releitura do direito ao duplo grau de jurisdição. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, n. 67, jan.-fev. 2015, p. 276-290.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril (coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1.
- TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 30, ano 8, jan.-mar./2000, p. 171-186.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Análise fragmentada do duplo grau enquanto regra de direito. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, v. 396, ano 104, p. 159-182, mar.-abr./2008.
- TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TRANCHINA, G; ZAPPALÀ, E; SIRACUSANO, D.; GALATI, A. *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1994, v. 1.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.
- _____. *Os tribunais internacionais e a realização da justiça*. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, vol. 3, p. 86-127.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- URBANO CASTRILLO, Eduardo de; MAZA MARTÍN, José Manuel; GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón. *Casación penal práctica: quebrantamientos de forma, infracción de Ley o de preceptos constitucionales y vulneración de derechos fundamentales*. Barcelona: Bosch, 2013.
- VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e o terrorismo: o "progresso ao retrocesso"*. Coimbra: Almedina, 2010.

- _____. *Processo penal*. 2. ed. rev., actual. e aum. Coimbra: Almedina, 2009.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- _____. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.
- _____. Imediação e oralidade no processo penal: proposta de nova compreensão sobre a importância do contato do julgador com as provas no juízo oral. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 171-194., jan./mar. 2019.
- VAZ, Denise Provasi; LOPES, Mariangela Tomé; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (org.). *Eficiência e garantido no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017.
- VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- VILALONGA, José Manuel. Direito de recurso em processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 367-392.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1.
- WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.
- XAVIER, Gonçalo Rezende de Melo Sant'Anna. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição: o descumprimento pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos. *Revista Internacional da Academia Paulista de Direito*, São Paulo, n. 1, 2018, p. 180-212.
- YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- YOKAICHIYA, Cristina Emy. A vedação legal e o duplo grau de jurisdição no procedimento do júri. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 280, mar. 2016, p. 16-17.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1.
- ZAPPALÀ, E; SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G. *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1994, v. 1.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____; MORAES, Fernando Arruda de. Acesso ao sistema interamericano de direitos humanos e o esgotamento dos recursos internos. Caso Brewer Carías vs. Venezuela. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./dez. 2014, p. 211-213.

_____. Ainda sobre as condições da ação penal. In: _____; VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; LOPES, Mariângela, Tomé (org.). *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 231-254.

_____. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord.). *Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 89-135.

_____; VAZ, Denise Provasi; LOPES, Mariângela Tomé; DEZEM, Guilherme Madeira (org.). *Eficiência e garantido no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017.

_____. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 300, nov. 2017, p. 3-6.

_____. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149-171.

_____. O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo. Um olhar sobre o PL 8045/10 (Projeto do Novo Código de Processo Penal). In: LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 387-414.

_____. ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: “to bargain or not to bargain? Eis a questão”. In: MALAN, Diogo Rudge; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 143-180.