



**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.**

**THE INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS JURISPRUDENCE ON THE  
RIGHT TO APPEAL AND TO THE DOUBLE DEGREE OF JURISDICTION: THE  
VIOLATION OF THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY BRAZIL.**

**Gonçalo Rezende de Melo Sant'Anna Xavier<sup>246</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo fazer um cotejo a respeito da interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição, e aquela conferida pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Nessa toada foram analisados alguns casos da Corte, assim como a posição da jurisprudência brasileira e a perspectiva da doutrina diante de três situações práticas envolvendo essa temática: o caso do foro por prerrogativa de função, a condenação em segundo grau após absolvição em primeiro grau, e o problema do recurso contra decisão condenatória no júri. A conclusão foi a de que há violação ao direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição nos casos apresentados, apontando-se, como solução, uma necessária releitura, pelo legislador e pela jurisprudência, sobre o conceito de direito a um recurso e sobre o duplo grau de jurisdição que devemos adotar internamente: ambos devem ser lidos pela ótica de direito fundamental do acusado e não como um “valor de justiça”.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Direito ao recurso. 2. Duplo Grau de Jurisdição. 3. Direitos Humanos. 4. Direitos fundamentais. 5. Tribunal do Júri.

**ABSTRACT:** The goal of this paper was to compare the interpretation on the right of appeal and the double degree of jurisdiction of Interamerican Court Of Human Rights with Brazilian doctrine

---

<sup>246</sup> Advogado e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.



and jurisprudence. Thus, Court cases and also Brazilian jurisprudence and doctrine were examined intensively. Three practical situations were considered: the legislative immunity, the acquittal in first degree and the conviction in second degree of jurisdiction, and the right to appeal against a conviction in the jury. It was demonstrated that there is a violation on the right to appeal and the double degree of jurisdiction. As a solution it is pointed out that is necessary to the legislature and the jurisprudence to re-read the concept of the right to appeal and the double degree of jurisdiction that must be adopted internally: both concepts must be read from the accused fundamental right and not as a “justice value” view.

**KEY-WORDS:** 1. Right of appeal. 2. Double Degree of Jurisdiction. 3. Human rights. 4. Fundamental rights. 5. Jury.

**SUMÁRIO:** 1. Do direito ao recurso e do duplo grau de jurisdição. 2. A interpretação da Corte Interamericana sobre os artigos 8.2, “h” e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. 3. O caso brasileiro: a) A posição do STF sobre o duplo grau de jurisdição e o foro por prerrogativa de função; b) Sobre a absolvição em primeiro grau e condenação em segundo grau; c) A problemática do júri. 4. Conclusões. 5. Bibliografia. Summary: 1. The right to appeal and the double degree of jurisdiction. 2. The Interamerican Court Of Human Rights interpretation of the article 8.2, “h” and 25 of the Convention on Human Rights. 3. The Brazilian case: a) The STF position about the double degree of jurisdiction and the legislative immunity; b) About the acquittal in first degree of jurisdiction and conviction in second degree of jurisdiction. c) the problem of jury. 4. Conclusions. 5. Bibliography

## 1. Do direito ao recurso e do duplo grau de jurisdição

O direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição são conceitos que guardam íntima relação, mas que não se confundem.

Conforme ensina Gustavo Badaró é possível estabelecer três fundamentos para a existência do direito de recorrer: o fundamento psicológico, o fundamento político e o fundamento jurídico.<sup>247</sup>

---

<sup>247</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2ª Ed., São Paulo, RT, 2017, pág. 39.



O primeiro é revelador de uma necessidade psicológica que, sugere o autor, é inata a todo o ser humano: “ninguém se contenta com um julgamento desfavorável”.<sup>248</sup> O segundo traz a exigência de controle dos atos estatais, a fim de evitar arbítrios e autoritarismo.<sup>249</sup> O terceiro tem como função assegurar o “direito ao reexame das decisões por um órgão jurisdicional diverso daquele que proferiu a decisão, em grau de hierarquia superior”.<sup>250</sup>

Percebe-se, pois, que para o autor, há uma íntima relação entre ambos, uma vez que o direito ao recurso consagra o duplo grau de jurisdição. Por outro lado, também há recursos que não permitem a incidência do duplo grau. Citam-se, como exemplo, os recursos aos Tribunais Superiores (recurso especial e recurso extraordinário), que não teriam essa incumbência ante as peculiaridades de seu cabimento, possuindo uma função nomofilática, “isto é, de controle da correta aplicação da Constituição e da lei federal”.<sup>251</sup> Em sentido similar conclui Rafael Fecury Nogueira.<sup>252</sup>

Sendo assim, 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.

No tocante à previsão constitucional, a doutrina é dividida. Conforme ensina Guilherme Madeira Dezem há três posições:<sup>253</sup> os que negam a existência do direito ao duplo grau; aqueles

<sup>248</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2ª Ed., São Paulo, RT, 2017, pág. 39.

<sup>249</sup> Ibidem, pág. 40.

<sup>250</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2ª Ed., São Paulo, RT, 2017, pág. 40.

<sup>251</sup> Ibidem, pág. 41.

<sup>252</sup> “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 jurisdicional 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).

Consoante ENRICO TULLIO LIEBMAN, “o que se objeta com o duplo grau de jurisdição é que todas as controvérsias possam, depois do primeiro juízo, passar ao exame de um outro órgão (normalmente superior), para serem julgadas uma segunda vez, em uma nova fase processual que é o prosseguimento do mesmo processo. Essa posição demonstra que o duplo grau de jurisdição se concretiza com ampla cognição fática e jurídica sobre o objeto da impugnação”. NOGUEIRA, Rafael Fecury. Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária de Tribunais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. 326 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, pág. 71.

<sup>253</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. São Paulo, RT, 2016, pág. 29.



que consideram o duplo grau princípio implícito; e aqueles que o consideram princípio explícito, em virtude da existência do bloco de constitucionalidade amplo e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.<sup>254</sup>

No plano interamericano, contudo, resta clara a previsão do duplo grau de jurisdição pelo disposto no art. 8.2., “h”, assim como o direito de todos a um recurso, contido no art. 25, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos. O texto da Convenção contém expressamente o direito de todo cidadão de recorrer de uma sentença para juiz ou tribunal superior, assim como garante o direito a um recurso simples, rápido e efetivo, devendo, pois, consagrar a proteção contra atos violadores de direitos humanos.

No próximo tópico será abordada a perspectiva interpretativa da Corte Interamericana a respeito desses dispositivos.

## **2. A interpretação da Corte Interamericana sobre os artigos 8.2, “h” e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos**

O objetivo do presente tópico é revelar a evolução da jurisprudência da Corte Interamericana no tocante ao direito do recurso e ao duplo grau de jurisdição, para então, nos tópicos seguintes, contrastá-la com a legislação e a jurisprudência brasileiras.

Inicialmente, e antes de se adentrar no tema propriamente dito, cabe uma breve observação acerca da obrigatoriedade das decisões da Corte. Como se decidiu no Caso *Almonacid Arellano Vs Chile* (2006), os Tribunais nacionais devem seguir a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e não apenas realizar controle de convencionalidade das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos apenas sob o seu ponto de vista. Nesse sentido sustentou a Corte: “[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

---

<sup>254</sup> Contudo, é de destacar que, em diversas outras Constituições, como a de Portugal, Francesa e Argentina, não há, pelo menos desconsiderando a noção de bloco de constitucionalidade amplo, expressa menção ao duplo grau. CASARA, Rubens. *O Direito do 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, Editora Lumen Juris, 2009, pág. 499.



Americana, fez do mesmo.”.<sup>255</sup> E, isso decorre não apenas da obrigatoriedade da jurisdição da Corte, conforme o Decreto nº 4.463/2002, mas também para se evitar aquilo que André de Carvalho Ramos definiu como “truque do ilusionista” na aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.<sup>256</sup> Assim, devem os Estados não apenas observar o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também a interpretação dada pela Corte, última intérprete da Convenção.

Feitos esse breve esclarecimento, é possível então se adentrar no tema proposto no presente tópico. Conforme se verá a seguir, são quatro conceitos importantíssimos que podem ser extraídos da jurisprudência da Corte quanto à interpretação do art. 25: o conceito de recurso efetivo; o que seriam os chamados *recursos ilusórios*; a vinculação do direito ao recurso à noção de Estado Democrático de Direito; e a obrigação de respeitar direitos (art. 1.1. da Convenção).

Uma de suas primeiras e mais significativas manifestações sobre o direito a um recurso efetivo pela Corte foi feita na Opinião Consultiva nº 9/87, ao tratar sobre as garantias judiciais no estado de emergência. Ao rememorar o Caso Velásquez Rodríguez, afirmou-se que para a consagração do direito a um recurso efetivo não basta a sua mera previsão legal ou constitucional, mas sim que seja realmente idôneo para estabelecer se houve uma violação a um direito humano e prover as formas de remediá-la. Sustentou-se, ainda, que não podem ser considerados efetivos os chamados *recursos ilusórios*, a partir das condições gerais do país e das circunstâncias particulares de um caso concreto. Sobre o conceito de *recurso ilusório*, a Corte sustenta que ocorre quando “sua inutilidade tenha sido demonstrada na prática, porque o Poder Judiciário carece de independência necessária para decidir com imparcialidade ou porque faltam os meios para executar as suas decisões; por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação da justiça”, que a Corte define como nos casos de retardo injustificado na decisão ou por qualquer

---

<sup>255</sup> Conforme Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, parágrafo 124. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf> [acessado em 06.04.2018]

<sup>256</sup> “Temos mantido, então, uma interpretação nacional [dos textos internacionais], o que torna o regime jurídico dos direitos humanos manco e incoerente: universal no texto, nacional na aplicação e interpretação de suas normas na vida cotidiana. Essa dicotomia (universalismo na ratificação versus localismo na aplicação) representa o velho “truque do ilusionista” do plano internacional: os Estados ratificam tratados, os descumprem cabalmente, mas alegam que estão cumprindo.” RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de direitos humanos. 2ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2012, pág. 31.



outra causa que impeça a vítima de acesso ao recurso.<sup>257</sup> Nesse mesmo sentido já decidiu a Corte em diversos outros casos.<sup>258</sup>

Ainda nessa toada, no Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala (2003), a Corte foi além, ao afirmar que o direito a um recurso simples e rápido, além de um direito fundamental, constitui-se como “um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana de Direitos Humanos, como do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática”.<sup>259</sup> Associa-se, assim, o direito ao recurso à própria existência do Estado Democrático de Direito.

Outra importante posição tomada pela Corte diz respeito à proteção conferida pelo direito ao recurso. No Caso Cantos Vs. Argentina (2001) previu o Tribunal que a garantia consagrada no art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos não deve proteger apenas os direitos contidos no próprio Pacto, mas também os protegidos pela legislação interna do país.<sup>260</sup> Afirmou, na mesma oportunidade, que qualquer norma ou medida que impeça ou dificulte o exercício desse direito constitui uma violação ao acesso à justiça.

Reafirmando-se a garantia prevista no art. 25, no tocante à efetividade do recurso, a Corte trouxe, na OC nº 11/90, mais um importantíssimo aspecto nessa temática: a tolerância, pelo Estado, quanto a circunstâncias ou condições que impeçam os indivíduos de fazer uso do direito ao recurso constitui uma violação ao art. 1.1. da Convenção Americana de Direitos Humanos (Obrigação de respeitar direitos).<sup>261</sup> Essa é uma importante observação, uma vez que o Estado não pode valer-se

<sup>257</sup> Conforme Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, parágrafo 24.

<sup>258</sup> Conforme Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú - Sentencia de 28 de febrero de 2003; Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá - Sentencia de 28 de noviembre de 2003; Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú - Sentencia de 28 de febrero de 2003; Caso Las Palmeras Vs. Colombia - Sentencia de 4 de febrero de 2000 - (Excepciones Preliminares); Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas); Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala - Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo); Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012.

<sup>259</sup> Conforme Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103., parágrafo 117.

<sup>260</sup> Conforme Caso Cantos Vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85., parágrafo 52.

<sup>261</sup> Conforme Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11., parágrafo 34.



de meras formalidades fúteis para negar o exame de um recurso, assim como não pode cancelar práticas cujos efeitos é impedir certos litigantes de utilizar o direito a um recurso.

Com relação à interpretação do art. 8.2. “h”, a Corte vem, ao longo dos últimos anos, vinculando sua análise com a do art. 25, e trazendo importantes paradigmas para a compreensão do conteúdo e alcance do duplo grau de jurisdição. É possível inferir, da análise dos casos, a existência de três importantes aspectos quanto à interpretação do art. 8.2. “h”: primeiro a importância do duplo grau de jurisdição; segundo o que se entende por “juiz ou tribunal superior”; e terceiro as características mínimas que o recurso deve ter.

Sobre a importância do duplo grau de jurisdição, a Corte vem reiteradamente afirmando que é expressada pela revisão integral da sentença condenatória, confirmando o fundamento e outorgando maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado, além de conferir maior segurança e tutela dos direitos do acusado (cf. Caso Barreto Leiva Vs Venezuela – 2009).<sup>262</sup> Além disso, é concretizada mediante um recurso que outorgue a possibilidade de revisão integral da sentença condenatória, como decidido no Caso Mohamed Vs. Argentina (2012).<sup>263</sup>

Quanto ao segundo aspecto mencionado, a Corte analisou a hipótese de julgamento de crime militar praticado por civil, em segundo grau, por órgão vinculado à Justiça Militar, quando no primeiro grau o julgamento não se deu pela justiça especializada. Naquela oportunidade frisou-se que o direito de recorrer da sentença não se satisfaz com a mera existência de um órgão de grau superior, devendo o Tribunal revestir-se de características jurisdicionais que o legitimam a conhecer do caso. Assim, o julgador de segundo grau deve ser o juiz natural, do contrário não será legítima e válida essa etapa processual.<sup>264</sup>

Já no Caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica (2004), sobre o direito de recorrer da sentença, sustentou-se ser essa uma garantia primordial que se deve respeitar dentro do marco de um devido processo legal, permitindo-se que a sentença seja revista por um “juiz ou tribunal distinto e de

<sup>262</sup> Conforme Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, parágrafo, 89.

<sup>263</sup> Conforme Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255., parágrafo 97.

<sup>264</sup> Conforme Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52., parágrafo 161.



superior hierarquia orgânica”.<sup>265</sup> Repare-se que, nesse caso, a expressão acrescenta duas exigências à interpretação do art. 8.2., “h”: primeiro que o juiz ou tribunal devem ser *distintos*; e segundo de superior hierarquia *orgânica*.

Ao se pronunciar no conhecido Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela (2009), em que se discutiu se o foro por prerrogativa de função, na mais alta Corte do país, em tese violaria ou não o direito ao duplo grau de jurisdição, a Corte foi enfática ao afirmar negativamente, mas teceu importantes conclusões sobre a polêmica. Independentemente dessa previsão legítima dos Estados, deve-se permitir a possibilidade de se recorrer da decisão condenatória, o que não ocorreu no caso concreto. Mencionou-se, a título de exemplo, a possibilidade de o julgamento de primeira instância ficar a cargo do Presidente ou de uma sala de um órgão colegiado superior e o conhecimento do recurso ficando a cargo do Tribunal Pleno, com exclusão daqueles que já haviam se pronunciado.<sup>266</sup> Nesse mesmo sentido, a Corte reafirmou sua posição no Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname (2014).<sup>267</sup> Percebe-se, pois, que a Corte mitigou a exigência de um órgão hierarquicamente superior nesses casos, já que afirmou expressamente pela convencionalidade do foro por prerrogativa de função na mais alta Corte de um país, desde que preenchidas as condições expostas.<sup>268</sup>

No tocante ao terceiro aspecto, há importantes considerações a serem trazidas. Primeiramente, a Corte em seus julgados remete à necessidade de o recurso poder ser interposto antes que a sentença adquira a qualidade de coisa julgada (cf. Caso Herrera Ulloa Vs Costa

<sup>265</sup> “158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.”. Conforme Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

<sup>266</sup> Conforme Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, parágrafo 90.

<sup>267</sup> Conforme Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, parágrafo 105.

<sup>268</sup> Quanto à posição doutrinária, conforme ensina RAFAEL FECURY NOGUEIRA, majoritariamente não se exige que o órgão julgador seja necessariamente hierarquicamente superior. Para o autor, “a expressão tribunal superior extraída dos Diplomas Internacionais deve ser concebida apenas no sentido processual, como um órgão diverso daquele que proferiu a decisão com competência para o reexame, permitindo-se o estabelecimento de uma organização jurisdicional horizontal (mesma hierarquia orgânica) com competência revisional entre si”. NOGUEIRA, Rafael Fecury. Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária de Tribunais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. 326 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, pág. 143.





Rica).<sup>269</sup> Além disso, uma das mais importantes considerações da Corte e que impactará enormemente na compreensão trazida nesse artigo diz respeito à obrigatoriedade de o recurso possibilitar o exame integral da decisão recorrida, com ampla análise de fatos e provas. No conhecido Caso Mohamed Vs. Argentina (2012), o Sr. Carlos Alberto Mohamed foi absolvido em primeira instância por homicídio culposo, tendo sido condenado em segunda instância após recurso do Ministério Público. A Corte reiterou sua jurisprudência, no sentido de consagrar o direito ao duplo grau de jurisdição como um direito do acusado.<sup>270</sup> Ainda, reconheceu que o recurso à disposição do acusado não cumpria com essa missão, por ter um alcance limitado.<sup>271</sup> Conclui a Corte que o Estado violou o art. 8.2, “h”, por não prever o sistema processual argentino um “recurso ordinário acessível e eficaz, que permitisse um exame da sentença condenatória contra o senhor Mohamed (...)”, tendo também constatado que “o recurso extraordinário federal e o recurso de reclamação, como salvaguarda de acesso ao primeiro, não constituíram, no caso concreto, recursos eficazes para garantir esse direito”.<sup>272</sup>

Por fim, a Corte, recentemente, condensou e resumiu, didaticamente, sua jurisprudência nessa temática no Caso Norín Catrimán e Outros Vs Chile (2014). Na ocasião estabeleceram-se as seguintes garantias mínimas que todo recurso deve ter, reafirmando-se sua jurisprudência sobre o tema:<sup>273</sup> a) *Recurso ordinário*: deve ser garantido antes da formação da coisa julgada, como expressão do direito de defesa do acusado; b) *Recurso acessível*: as formalidades devem ser mínimas, evitando-se os chamados recursos ilusórios; c) *Recurso eficaz*: deve permitir a obtenção de resultados ou respostas segundo o fim pelo qual foi concebido; d) *Recurso que permita um exame ou revisão integral da sentença recorrida*: deve-se permitir a análise de matéria fático-probatória e jurídica, pois há uma interdependência entre as questões fáticas e a aplicação do direito, “de forma que uma errônea aplicação dos fatos implica uma equivocada ou indevida

<sup>269</sup> Conforme Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, parágrafo 158.

<sup>270</sup> Conforme Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, parágrafo 97.

<sup>271</sup> Conforme Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, parágrafo 110.

<sup>272</sup> Conforme Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, parágrafo 112.

<sup>273</sup> Conforme Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, parágrafo 270.



aplicação do direito”, obtendo-se, assim, o duplo grau de jurisdição; e) *Recurso ao alcance de toda pessoa condenada*: aqui o direito deve ser reconhecido inclusive diante de uma sentença que revoga uma decisão absolutória; f) *Recurso que respeite as garantias processuais mínimas*: deve-se observar as regras do art. 8 da Convenção.

Existe, contudo, uma única exceção do duplo grau de jurisdição na jurisprudência da Corte. Trata-se da hipótese da interposição de recurso judicial contra decisões tomadas no marco de um juízo político, levado a cabo pelo Poder Legislativo, ocasião em que o recurso contra essas decisões políticas, dirigido ao Poder Judiciário, restringir-se-á à análise de violação ao devido processo legal. Assim decidiu a Corte em duas oportunidades: Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru (2001) e Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) Vs. Equador (2013).<sup>274</sup>

### 3. O caso brasileiro

#### a) A posição do STF sobre o duplo grau de jurisdição e o foro por prerrogativa de função

O Supremo Tribunal Federal, ao longo da vigência da Constituição de 1988, foi provocado em diversas ocasiões para responder se o duplo grau de jurisdição está, ou não, contemplado em nossa legislação nacional, nos casos de foro por prerrogativa de função. Percebe-se, ao longo dos anos, uma mudança de postura da jurisprudência do Tribunal. Constata-se a existência, até então, de quatro fases na jurisprudência do Supremo: a primeira de total indiferença ao duplo grau; a segunda de reconhecimento de que o duplo grau integra o ordenamento em virtude do que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas sem amparo constitucional; a terceira que afirma ter o duplo grau *status* constitucional, mas sem garantia àqueles que respondem a processos originários de Tribunais; e a quarta em que, se por um lado se reconhece o duplo grau como garantia do acusado, inclusive em julgamentos ocorridos nas hipóteses de foro por prerrogativa de função, sinaliza a insuficiência da legislação atual na matéria.<sup>275</sup>

Quando à primeira fase, como decisão paradigmática, cita-se o RHC 79785-RJ, julgado em 29.03.2000, em que o Supremo sustentou que “não é possível, sob as sucessivas Constituições da

<sup>274</sup> Conforme Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, parágrafo 236.

<sup>275</sup> Nesse tópico foi de grande valia a pesquisa feita por Rafael Fecury Nogueira em sua tese de doutorado, o que facilitou, e muito, a esquematização feita.



República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal.”. Além disso, sobre a temática envolvendo os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, disse o Tribunal a prevalência da Constituição Brasileira frente a “quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José”. E, por fim, quanto ao direito ao recurso nos casos de condenações relacionadas ao foro por prerrogativa de função, afirmou peremptoriamente inexistir qualquer direito nesse sentido: “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 o proibiu. 2. 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, seja lei ordinária seja convenção internacional”.<sup>276</sup>

A segunda fase inicia-se com o julgamento do HC 88.420-PR, julgado em 17.04.2007. Na ocasião, decidiu-se que o duplo grau de jurisdição tem aplicabilidade no processo penal, sobrepondo-se à já revogada regra do art. 594 do Código de Processo Penal, que impunha ao réu a obrigatoriedade de se recolher à prisão para recorrer, uma vez ter o Brasil aderido à Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual prevê o direito ao duplo grau.<sup>277</sup>

Na terceira fase o STF conferiu *status* constitucional ao duplo grau, mas sem dar-lhe eficácia aos condenados originariamente nos Tribunais.<sup>278</sup>

<sup>276</sup> Conforme STF, RHC 79785, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010.

<sup>277</sup> Nesse sentido: “(...) O decreto de prisão preventiva, porém, pode subsistir enquanto perdurarem os motivos que justificaram a sua decretação. III - A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP. IV - O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. V - Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação do Código de Processo Penal. VI - A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior. VII - Ordem concedida.”

STF, HC 88420, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 17/04/2007, DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00037 EMENT VOL-02279-03 PP-00429 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 466-474.

<sup>278</sup> Nesse sentido a decisão no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 601832-SP, julgado em 17.03.2009: “não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos



Por fim, pode-se cogitar de uma quarta fase, ainda incipiente, inaugurada com o julgamento da Ação Penal 470, em seu 26º Agravo Regimental. Na ocasião discutiu-se o cabimento dos embargos infringentes em julgamento de ação penal originária do próprio Tribunal, em nome da consagração do duplo grau de jurisdição. Prevaleceu o cabimento quando houvesse 4 votos favoráveis à defesa apenas. No entanto, admitiu o próprio Tribunal que a solução encontrada ainda era insuficiente para fazer valer o duplo grau, ainda mais em face da jurisprudência da Corte Interamericana.<sup>279</sup> Como já exposto, a solução encontrada pelo STF na AP470 de fato não está de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana, já que o direito ao recurso e ao duplo grau devem conferir ao acusado um *recurso acessível*, ou seja, sem grandes formalidades quanto ao seu cabimento e que não seja um *recurso ilusório*, o que não ocorre diante da necessidade de 4 votos favoráveis à defesa, além, é claro, de necessariamente ser julgado por juízes diversos daqueles que julgaram em primeira instância, o que também não ocorre com a solução encontrada, conforme decidido no Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela (2009).

Sobre o tema, interessante e perspicaz a crítica de Gustavo Badaró, com a qual se concorda integralmente:

“Há necessidade inegável de um recurso ordinário, com feições de apelação, para o STJ, das decisões condenatórias proferidas pelos TJs e TRFs, em caso de suas competências originárias. Aqui, portanto, o problema seria apenas a criação de mais um recurso para o STJ. No mesmo sentido, deveria ser criado um recurso ordinário para o STF, para as condenações decorrentes de competência originária do STJ.

Mais complexa é a questão das ações de competência originária do STF (...). A solução mais radical, e que reforçaria sua natureza de corte constitucional, seria eliminar totalmente a sua competência para ações penais originárias (...).”<sup>280</sup>

---

Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta.”. Indo além, afirmou o STF que há exceções ao duplo grau no texto constitucional: “A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso nominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição.” Conforme STF, AI 601832 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-06 PP-01129 RSJADV jun., 2009, p. 34-38 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 518-524.

<sup>279</sup> Nesse sentido o voto do Min. Celso de Mello: “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”.”.

<sup>280</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2ª Ed, São Paulo, RT, 2017, pp. 77-78.



Consta-se, assim, que há franca violação ao duplo grau de jurisdição nos processos de competência originária de Tribunais, pela ausência de um recurso ordinário contra decisão condenatória, sob a perspectiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### **b) Sobre a absolvição em primeiro grau e condenação em segundo grau**

A hipótese de absolvição em primeiro grau, com condenação em segundo grau, após recurso do Ministério Público, foi bem delineada pela Corte Interamericana no Caso Mohamed Vs. Argentina (2012). E, no caso brasileiro, para hipóteses como essas, não há um recurso na legislação que contemple o direito do acusado ao duplo grau de jurisdição, já que tanto o recurso especial, quanto o recurso extraordinário, têm fundamentação vinculada, e impedem a ampla rediscussão de fatos e provas. Inclusive, a matéria está pacificada na jurisprudência, como se constata, por exemplo, pela Súmula 7 do STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”).

No fundo, o que fez a Corte foi reafirmar a verdadeira natureza jurídica do duplo grau de jurisdição segundo a concepção da Convenção. Sobre o tema, Gustavo Badaró faz uma importante diferenciação, revelando que são duas as perspectivas do duplo grau: como um mecanismo que busca alcançar um “valor de justiça” (ou aprimoramento da justiça) ou como uma garantia do acusado.<sup>281</sup> Pela primeira perspectiva compreende-se o duplo grau como direito conferido a ambas as partes, ou seja, acusador e acusado. Pelo segundo viés, o duplo grau restringir-se-ia como direito fundamental conferido ao acusado em face do Estado. A opção adotada na CADH, sem dúvida, considera o duplo grau como direito do acusado, e não como “valor de justiça”, em franca oposição ao que prevê a normativa interna brasileira. A opção do Código de Processo Penal foi pela primeira perspectiva, possibilitando ao Ministério Público a interposição de recurso com amplo efeito devolutivo contra a sentença que absolve o acusado.<sup>282</sup>

---

<sup>281</sup> Nesse sentido: “Do que foi exposto, é de se concluir que o duplo grau de jurisdição pode ser visto sob duas perspectivas, que levarão a resultados distintos: (i) como um mecanismo que busca dar prevalência ao “valor justiça”, permitindo a correção do erro judiciário, tanto sobre as questões de direito, quanto sobre as questões de fato; e (ii) como “garantia do acusado”, fortalecendo a sua presunção de inocência, em caso de condenação em primeiro grau ou segundo grau.”. BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2ª Ed, São Paulo, RT, 2017, pág. 72.

<sup>282</sup> A doutrina processual vem acompanhando, há tempos, essa mesma perspectiva adotada pela Corte Interamericana. FAUZI HASSAN CHOUKR sustenta, sobre a polêmica, que a Convenção “se funda numa revisão de natureza da relação jurídica recursal e apresenta como consequência que o exercício do recurso pelo acusador público ou privado contra a sentença absolutória configuraria, na verdade, um novo julgamento, violando a impossibilidade de que alguém



Nesse mesmo sentido as lições de Rubens Casara, que vai além, ao sustentar inexistir, verdadeiramente, no processo penal, um direito de ação para o Ministério Público. Para o autor, o que existe, de fato, é apenas o dever estatal de dar início à persecução penal em juízo sem, contudo, existir o dever equivalente de provocar o segundo grau de jurisdição. Conclui o autor dizendo que “no processo penal, diante de suas particularidades, que acabam por defini-lo como um instrumento estatal de contenção do poder penal em garantia do indivíduo, o direito ao recurso é o meio de exteriorização ou, melhor, a manifestação do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, que é titularizado apenas pelo acusado, em garantia da ampla defesa e da liberdade”.<sup>283</sup>

O autor parece comungar, assim, da visão pela qual, para se conferir eficácia verdadeira ao duplo grau<sup>284</sup> como um direito do acusado, não cabe ao Ministério Público recorrer da sentença absolutória. É fato incontroverso, pois, que não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, um recurso que cumpra a finalidade de conferir ao acusado o duplo grau, quando absolvido em primeiro grau e condenado em segundo. Dessa forma, uma primeira proposta seria, então, eliminar a possibilidade de o Ministério Público recorrer da sentença absolutória.

Se aprofundando verdadeiramente nessa tese, Geraldo Prado traz algumas justificativas pertinentes:

---

se submeta a uma nova persecução com base na mesma situação fática já decidida”. CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal: Comentários Consolidados & Crítica Jurisprudencial – Vol. 2. Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2017, pág. 341.

<sup>283</sup> CASARA, Rubens. O Direito do 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, Editora Lumen Juris, 2009, pág. 508.

<sup>284</sup> Relevante, também, as críticas ao próprio modelo de duplo grau existente na prática, que também são feitas pelo autor. Nesse sentido “Pode-se afirmar que o direito ao recurso e o duplo grau de jurisdição são mitos na justiça criminal pátria (Casara, 2015), tendo em vista o esvaziamento de seu (já majoritariamente impreciso) conteúdo na dinâmica procedimental dos tribunais. (...) Na sessão de julgamento, apesar de determinada pela colegialidade (em que três desembargadores devem decidir o pedido de impugnação), em regra os demais julgadores acompanham sem maiores crítica o voto do relator, o que é descrito como uma “síndrome da unanimidade nas câmaras criminais (Valença, 2014). Afirma-se que “nos tribunais colegiados, a prática forense desnaturalizou a ideia do debate, em razão da sobrecarga de trabalho, o que ocasionou a mudança da deliberação, que é eminentemente um processo de construção conjunta, para a aprovação escrita de projetos de decisões (González Postigo, 2014, pág. 373).” GALÍCIA, Caíque Ribeiro, VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. O esvaziamento do direito ao recurso na prática brasileira: devido processo penal na América Latina e respeito à oralidade e à publicidade no juízo recursal. In: BALLESTEROS, Paula R. (coord.). Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiano, CEJA, 2017, pp. 173-174.



i) Não há como se supor que o Tribunal, que não tem contato com as mesmas provas e argumentos, fará justiça e modificará a sentença absolutória;<sup>285</sup>

ii) Valendo-se do direito comparado, mencionando as disposições quanto ao tema no Direito anglo-saxão, afirma que no Direito Inglês o recurso é exclusivo da Defesa, só havendo recurso para a acusação nas decisões interlocutórias. O mesmo ocorre no Direito norte-americano. Afirma que em ambos os regramentos “a idéia do prolongamento do direito de ação e do prolongamento do direito de defesa no plano dos recursos implica em violação ao princípio do Juiz Natural, nesta dimensão substancial, porque se o tribunal não teve contato com as provas e não teve contato com os argumentos das partes não terá, a rigor, como julgar melhor”.<sup>286</sup>

iii) Com base em julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos, no sentido de que a admissão do recuso do Ministério Público significa submeter o réu a um segundo julgamento pelo mesmo fato.<sup>287</sup>

iv) Como melhor interpretação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Trata-se de proposta interessante, principalmente sob a perspectiva de que os institutos do direito processual penal e os direitos fundamentais do acusado devem ser lidos a partir da ótica de uma necessária contenção do poder de polícia estatal, consagradora de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Peter Häberle “democracia é o “domínio do cidadão” (Herrschaft des Bürgers), não do Povo, no sentido de Rousseau (...). A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir

---

<sup>285</sup> Nesse sentido: “(...) se o acusador não convence o juiz, não há porque supor que o tribunal 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.” 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 (org.). Direito Penal e Processual Penal: Uma Visão Garantista. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2001, pág. 115.

<sup>286</sup> 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 (org.). Direito Penal e Processual Penal: Uma Visão Garantista. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2001, pág. 115.

<sup>287</sup> 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 (org.). Direito Penal e Processual Penal: Uma Visão Garantista. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2001, pág. 115.



da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do Monarca”.<sup>288</sup> E, na esteira desse raciocínio, afirmam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar que “o poder punitivo é um fato político dotado de força irracional, e a contenção e filtragem do direito penal deve ser racional para compensar, até onde puder, sua violência seletiva.”<sup>289</sup> Sendo assim, firmada a premissa da sempre necessária contenção do poder punitivo e (também) persecutório do Estado, assim como de que a democracia nada mais é do que o domínio do cidadão ancorada nos direitos fundamentais, sendo o duplo grau um direito fundamental do acusado, nada mais natural do que admitir que não cabe ao órgão acusador recorrer contra uma sentença que reconheceu, após a produção de todas as provas produzidas pela acusação, que o acusado é inocente.

Importante lembrar que esse modelo não é novo, sendo existente, por exemplo, no sistema processual norte-americano: trata-se do chamado *only one shot*.<sup>290</sup> A acusação tem apenas uma chance para obter o veredicto condenatório. Isso porque, a 5ª emenda<sup>291</sup> proíbe (pelo menos em tese)<sup>292</sup> a chamado *double jeopardy clause* (duplo risco de condenação).

Reconhece-se, contudo, as dificuldades políticas que essa proposta acarretaria, que certamente sofreria ataques, no sentido de compactuar com a “impunidade”, etc.<sup>293</sup> Além disso,

<sup>288</sup> HÄBERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pág. 38.

<sup>289</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, segundo volume. Rio de Janeiro, Revan, 2010, pág. 25.

<sup>290</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de Processo Penal norte-americano. São Paulo, RT, 2006, pág. 194.

<sup>291</sup> Segundo a emenda V, “*nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*”. RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de Processo Penal norte-americano. São Paulo, RT, 2006, pp. 265-266.

<sup>292</sup> Destaca-se, contudo, que a doutrina do duplo risco enfrenta grandes entraves, o que se deu a partir do conhecido “Caso Rodney King”. Nesse sentido: “um júri do condado de Los Angeles absolveu quatro policiais acusados de agredir o cidadão negro Rodney King durante diligência em sua prisão [em 1992]. Ocorre que, durante o julgamento, foi exibido um vídeo onde claramente aparecem quatro policiais agredindo violentamente o preso, já dominado. O júri de maioria branca absolveu os acusados. (...) A solução [em face dessa absolvição] foi encontrada por meio da utilização da “doutrina da soberania dupla” (dual sovereignty doctrine), tradicional na Suprema Corte desde *Barron v. The Mayor and City of Baltimore*, 32 US (7 Pet.) 243 (1833) (...). Segundo essa doutrina – virtualmente superada pela revolução constitucional da “Corte de Warren” –, as diversas esferas estaduais e a federal são como soberanias no âmbito da administração da Justiça, nem as constituições nem as cartas de direitos obrigam-nas reciprocamente. Assim, o fato de a esfera estadual ter absolvido os acusados não impediria a esfera federal de processá-los pelos mesmo fato, com base em leis federais; da mesma maneira, se absolvido em um Estado, poderia ser condenado em outro pelo mesmo fato.” RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de Processo Penal norte-americano. São Paulo, RT, 2006, pp. 134-135.

<sup>293</sup> 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 (org.). Direito Penal e Processual Penal: Uma Visão Garantista. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2001, pág. 117.





também seria compreensível eventual crítica no sentido de conferir apenas a um juiz tamanha responsabilidade, já que seu veredicto não poderia mais ser discutido. A fim de amenizar essa enorme responsabilidade, uma possível solução seria a adoção de julgamento colegiado já em primeiro grau, como no modelo chileno (seguindo também os mesmos passos quanto ao modelo acusatório).<sup>294</sup> Trata-se, enfim, de proposta que guarda coerência e merece ser considerada, pelos motivos já expostos.

Ao tratar dessa problemática, Gustavo Badaró, por sua vez, traz uma proposta intermediária que, se por um lado objetiva consagrar o duplo grau nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana, compreendendo-o como direito do acusado e não mais somente como um “valor de justiça”, por outro não impede, em todos os casos, o Ministério Público de interpor recurso contra eventual sentença absolutória.

Propõe o autor a criação de uma “apelação limitada”, direcionada ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, restrita às *questões de direito* (i) e, no que tange à *matéria de prova* (ii), com o objetivo apenas de controlar a legalidade do que foi produzido, a “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, de controle da motivação realizada pelo julgador.”<sup>295</sup> Acrescenta-se, ainda, outra limitação ao caso de sentença condenatória: só poderia o *Parquet* recorrer, (iii) visando à majoração da pena, quanto aos aspectos de controle de legalidade.<sup>296</sup>

Com essa solução, segundo o autor, não seria necessário estabelecer-se um “terceiro grau”, uma vez que o reexame de uma condenação em segundo grau poderia ser feito pelos Tribunais

---

<sup>294</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães, MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A Atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: BALLESTEROS, Paula R. (coord.). Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, CEJA, 2017, pág. 352.

<sup>295</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2ª Ed, São Paulo, RT, 2017, pág..75.

<sup>296</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2ª Ed, São Paulo, RT, 2017, pág..75.



Superiores, já que o recurso do Tribunal *a quo* já teria se dado sob o enfoque de questões de direito.<sup>297</sup>

Cabe destacar, na esteira dessa posição adotada, que o Tribunal Constitucional Espanhol não apenas consagra o duplo grau como direito do acusado, mas caminha no sentido de vedar a amplitude do recurso do Ministério Público ao segundo grau de jurisdição, em sentido próximo ao anteriormente trazido. Nesse sentido Rafael Fecury Nogueira, ao comentar a sentença STC/2002 daquele Tribunal: “(...) em caso de apelação de sentenças absolutórias fundadas na apreciação da prova sem a produção de novas provas na fase recursal, não pode o Tribunal *ad quem* revisar a valoração das provas produzidas na primeira instância, quando por sua natureza se exige imediação e contraditoriedade (STC 167/2002). Essa nova apreciação da prova, portanto, apenas seria permitida em caso de sentença condenatória.”.<sup>298</sup> Sobre essa temática, a partir dessa decisão do Tribunal Constitucional Espanhol, inaugurou-se na Espanha intenso debate sobre o alcance desse modelo de apelação limitada nos casos de condenação em segundo grau. Conforme ensina o juiz espanhol Cándido Conde-Pumpido Tourón, existem dois modelos de apelação atualmente vigentes a partir de uma perspectiva de direito comparado: o modelo de apelação plena (“volle Berufung”) e de apelação limitada (“beschränkte Berufung”).<sup>299</sup> E em especial sobre a mencionada decisão, trouxe o autor quatro importantes conclusões: (i) Não pode o Tribunal *ad quem* proceder a nova valoração das provas produzidas em primeiro grau, quando se exigir a imediação e o contraditório; (ii) devem os Tribunais aceitar que a revisão fática contra os réus são limitadas; (iii) os Tribunais de segundo grau não estão autorizados a estabelecer um procedimento oral para reiteração de

<sup>297</sup> “Mesmo uma apelação limitada do Ministério Público não impediria o problema de o Tribunal poder condenar quem foi absolvido em primeiro grau. Nesse caso, contudo, como o recurso de apelação somente foi cabível por questões de direito, não seria necessário que se estabelecesse um “terceiro grau”. Isso porque o reexame da condenação proferida pelos TJs ou TRFs, sobre o enfoque das “questões de direito”, poderia ser feito por meio de recurso especial e extraordinário.”. BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2ª Ed, São Paulo, RT, 2017, pág. 76.

<sup>298</sup> NOGUEIRA, Rafael Fecury. Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária de Tribunais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. 326 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, pp. 115-116.

<sup>299</sup> TOURÓN, Cándido Conde-Pumpido. El derecho a la doble instancia penal presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fática em las sentencias de apelación penal. In: Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, XV, 2003, pág. 23.



provas já produzidas; (iv) não há impedimento, puro e simples, da apelação contra sentença absolutória, inclusive sobre matéria fática, desde que não afetem a imediação e o contraditório.<sup>300</sup>

Essa perspectiva, contudo, não foi a adotada pela Corte Constitucional Italiana. Instada a se manifestar sobre a chamada “Lei Pecorella”, que exclui do Ministério Público a possibilidade de recorrer de sentença absolutória (com exceção de produção de prova nova), a Corte “declarou a [sua] ilegitimidade constitucional”, e “considerou que a restrição do poder do Ministério Público, em relação aos poderes de impugnação do acusado caracterizava uma radical assimetria, porque enquanto este poderia recorrer de uma sentença condenatória, aquele não podia apelar de uma sentença de absolvição (...)”.<sup>301</sup>

Há alguns questionamentos que se colocam, quando se analisam os critérios trazidos pela Corte e a proposta de uma “apelação limitada”: o Tribunal poderá, em julgamento de “apelação limitada”, condenar o réu absolvido em primeiro grau, com base apenas na apreciação de matéria de direito, ou deverá determinar o retorno dos autos ao primeiro grau, após eventual provimento de recurso ministerial, para que então se proceda a um novo julgamento? Se se admitir a condenação, haverá violação ao duplo grau pela inexistência de recurso com ampla discussão sobre matéria fática ao STJ e STF? A resposta para ambas as perguntas pode estar (e aqui é apenas uma hipótese) no que foi decidido pela Corte no Caso Norín Catrín Vs. Chile (2014). Na ocasião sustentou-se que o direito ao recurso deve permitir um *exame ou revisão integral da sentença recorrida*, com ampla análise de matéria fático-probatória e jurídica, já que “uma errônea aplicação dos fatos implica uma equivocada ou indevida aplicação do direito”. Há, nessa conclusão, a constatação de que matéria de fato e de direito são, no fundo, incindíveis, ou seja, não há como, num recurso que propicie o duplo grau de jurisdição, separar matéria de fato e matéria de direito.

<sup>300</sup> TOURÓN, Cándido Conde-Pumpido. 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: Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, XV, 2003, pp. 56-57. Ainda, a respeito dessa perspectiva trazida pela jurisprudência e doutrina espanhola, especificamente sobre o princípio da imediação, GUSTAVO BADARÓ, mencionando IACOVIELLO, traz importante crítica, no sentido de que a imediação não é um método de convencimento do juiz, mas sim uma técnica de formação de prova, e conclui que “num modelo cognitivo de processo penal, que deve produzir resultados racionalmente controláveis, é inaceitável que tais fatores [como, por exemplo, “sinais paralingüísticos dos depoimentos”] possam determinar a absolvição ou condenação de alguém.”. BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2ª Ed, São Paulo, RT, 2017, pág. 65.

<sup>301</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2ª Ed, São Paulo, RT, 2017, pág. 68.



A partir desse raciocínio, não resta outra alternativa senão a de concluir pela total impossibilidade de, em um recurso de “apelação limitada”, o Tribunal vier a condenar o acusado em virtude do provimento de recurso ministerial. Só haveria, então, uma única solução possível ao julgamento desse recurso, se provido: o retorno dos autos ao primeiro grau, para que o juiz possa, então, analisar a matéria por completo e realizar o juízo absolutório ou condenatório a partir da exata compreensão do direito realizada pelo Tribunal *ad quem*. Se se admitisse a hipótese de que o segundo grau poderia, apreciando o ponto específico de violação ao direito trazido pelo MP, proceder à análise de toda a controvérsia de fato, certamente estaríamos diante de um recurso que na sua essência permitiria a ampla análise de fatos e provas, desvirtuando por completo a própria noção de “apelação limitada” que, reitera-se, não teria o condão de reconhecer ao Ministério Público o direito ao duplo grau. As hipóteses recursais de uma “apelação limitada” seriam pontuais, e não permitiram a ampla análise de fatos e provas pelo Tribunal *ad quem*. Nessa linha, admitindo-se a hipótese não defendida aqui (de que poderia o Tribunal condenar o acusado após recurso do Ministério Público em uma “apelação limitada”), e apenas para efeito argumentativo, uma vez provido o recurso ministerial, condenando-se o acusado diretamente em segundo grau, somente com a existência de um recurso ao terceiro grau, que propiciasse ao acusado ampla discussão sobre matéria fática, consagrar-se-ia o duplo grau de jurisdição, na forma proposta pela Corte Interamericana, o que, salvo melhor juízo, não é o intuito da corrente proposta.

Reafirma-se ainda a mesma observação feita anteriormente, sobre o juízo colegiado em primeiro grau: trata-se de proposta pertinente e que, nesse caso, também amenizaria a inexistência de possibilidade, ao *Parquet*, de discutir fatos e provas em segundo grau, conferindo maior garantia ao pronunciamento judicial de primeiro grau.

Há, contudo, uma única ressalva a ser feita, que não afeta em nada o raciocínio proposto, mas cuja análise é eminentemente pragmática. É de se questionar se, de fato, o duplo grau seria satisfeito com o modelo de “apelação limitada”, ou se não teríamos recursos ministeriais disfarçados, cujo objetivo velado seria a rediscussão de prova e fatos, com impedimento de acesso aos Tribunais Superiores pelos mais variados motivos contra decisões emanadas do segundo grau de jurisdição. A jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores, no Brasil, é uma realidade. Será que tanto o STJ, quanto o STF, seriam capazes de corrigir eventuais incursões em matéria



fático-probatória, realizadas indevidamente pelos Tribunais de segundo grau, em recursos interpostos pelo Ministério Público? Não é demais lembrar que, acertadamente, nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana, o direito ao recurso não admite o chamado *recurso ilusório*, ou seja, aquele cuja sua inutilidade tenha sido demonstrada na prática, por qualquer situação que configure um quadro de denegação da justiça, como incansavelmente se vê pela adoção de uma jurisprudência defensiva pelos Tribunais Superiores. Essas são dúvidas que não invalidam a proposta trazida, mas que suscitam legítimos questionamentos de ordem prática, tendo em vista a realidade atual vivenciada no Brasil, no tocante a como o Poder Judiciário lida com o direito penal e processual penal.

Por fim, também é possível sustentar que a criação de um recurso de natureza ordinária, ou mesmo uma segunda apelação, com endereçamento ao STJ, poderia ser uma outra forma de contemplar o direito ao duplo grau em casos de condenação nesses casos, funcionando o Tribunal como um “terceiro grau”. Entretanto, essa sem dúvida é a proposta que traz maiores dificuldades, tanto de ordem teórica, quanto prática. Isso porque a função do STJ é, precipuamente, nomofilática, e não a análise exaustiva de fatos e provas em processos que não são de sua competência originária. E mais, produziria uma situação incompreensível, em que alguns acusados teriam o direito de ver seu caso sendo julgado, com profundidade, pelo STJ, ao passo que outros não, questionando-se se essa opção não violaria a igualdade de tratamento, ou se apenas não produziria um fator de incompreensão do sistema recursal. Não se trata, inadvertidamente, de comparar essa hipótese aos que detém foro por prerrogativa de função, caso em que o trato diferencial é justificado em razão do cargo ocupado, ao passo que, num recurso ordinário como um “terceiro grau”, não haveria qualquer distinção com os demais acusados. No mínimo traria uma incompreensão lógica ao sistema recursal. Por fim, produziria indevida distorção de ordem prática, ao obrigar que o acusado se dirigisse à Capital do país para ver seu primeiro recurso contra a condenação julgado.

Assim, três são as possibilidades para se consagrar o duplo grau aos condenados em segundo grau e absolvidos em primeiro: ou se extingue a possibilidade de o Ministério Público recorrer de sentenças absolutórias; ou se cria uma “apelação limitada” para o *Parquet*; ou se inaugura um “terceiro grau” no STJ. Sem dúvida, as duas primeiras propostas são mais



interessantes do que a terceira; a primeira interessante sob o ponto de vista de contenção do poder persecutório do Estado, mas certamente com grandes dificuldades de ser aprovada, em termos políticos; e a segunda como uma interessante saída em termos teóricos, mas com um grande desafio de ordem prática, em vista da famigerada jurisprudência defensiva.

### c) A problemática do júri

Entre as hipóteses previstas no art. 593, III, do Código de Processo Penal, não consta a possibilidade de revisão integral da condenação, por meio de um recurso ordinário, que permita a rediscussão de toda a matéria debatida em Plenário. Por outro lado, conforme já narrado, no Caso *Norín Catríman Vs. Chile* (2014), a Corte Interamericana reafirmou sua posição no sentido de que o direito ao recurso deve permitir um *exame ou revisão integral da sentença recorrida*, com ampla análise de matéria fático-probatória e jurídica, já que “uma errônea aplicação dos fatos implica uma equivocada ou indevida aplicação do direito”. Sendo assim, a polêmica envolvendo o júri é responder se a restrição imposta ao recurso de apelação contra a decisão condenatória do Tribunal do Júri viola o duplo grau de jurisdição e como lidar com a soberania dos veredictos se afirmativa a resposta.

Para responder à questão trazida a debate, é preciso, compreender a natureza do Júri enquanto instituição, se integra ou não o Poder Judiciário, assim como entender o alcance da interpretação conferida ao duplo grau, enquanto direito do acusado, e se tem o condão de permitir valer-se o acusado de um recurso com amplo efeito devolutivo, capaz de rediscutir o que já foi decidido no primeiro julgamento.

No tocante a se o júri integra, ou não, o Poder Judiciário, há posições diversas na doutrina. Por um lado há quem defenda que o Tribunal do Júri pertence ao Poder Judiciário. Nesse sentido, por exemplo, afirma Guilherme de Souza Nucci: “É praticamente pacífico na doutrina ser o júri um órgão do Poder Judiciário, embora lhe seja reconhecida a sua especialidade (...). No mesmo sentido, encontra-se a posição de Angelo Ansanelli (...)”.<sup>302</sup> Em sentido contrário, Lênio Luiz

---

<sup>302</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo, RT, 2008, pág. 45.



Streck: “(...) pela razão de não ser o júri, simplesmente, um órgão do Poder Judiciário, tanto assim que não se submete ao princípio da fundamentação das decisões.”<sup>303</sup>

Se adotada a compreensão de que o júri não faz parte do Poder Judiciário, sendo expressão de um poder político soberano do povo, talvez até fizesse algum sentido afirmar que o duplo grau de jurisdição poderia ceder à soberania dos veredictos, pela ausência de um recurso com amplo efeito devolutivo. Além disso, há uma exceção ao duplo grau de jurisdição na jurisprudência da Corte: nos casos de julgamentos de natureza política, admite-se que o recurso contra essa decisão pode restringir-se à análise de violação ao devido processo legal, ou seja, sem a ampla análise de fatos e provas, conforme decidido no Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru (2001) e Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) Vs. Equador (2013). Não se trata exatamente da mesma discussão, mas sendo o júri uma expressão do poder soberano do povo, que não fundamenta suas decisões explicitamente, segundo essa concepção, não haveria sentido em admitir um recurso contra essa decisão, pelo menos no tocante ao mérito, se adotada a perspectiva do júri como instituição não integrante do Poder Judiciário.

Por outro lado, a compreensão do enquadramento do júri como órgão do Poder Judiciário tem grande valia porque se o júri faz parte do Poder Judiciário, suas decisões, em última análise, são o produto final de um processo judicial, que imporá uma pena ao acusado, ainda que explicitamente não fundamentada quanto ao mérito. Não que assim não o seja, na prática, se considerado o júri fora do Poder Judiciário, mas a exata compreensão do júri como parte integrante do processo conduz à conclusão de que a inexistência de possibilidade de ampla revisão do que foi julgado pelos jurados poderia, sem dúvida, violar o duplo grau de jurisdição, não estando os jurados, seres humanos que são, imunes ao erro. E mais ainda compreendendo o júri como inserido dentro do Poder Judiciário. Tratando dessa mesma polêmica, dessa vez travada na doutrina espanhola, sobre o recurso de apelação no direito processual penal espanhol e o duplo grau, afirmam José María Rifá Soler e José Francisco Valls Gombau: “No es certa la afirmación de que

---

<sup>303</sup> STRECK, Lenio Luiz. Tribunal do júri: símbolos e rituais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1993, pág. 138.



el recurso de apelación contra la sentencia definitiva del Tribunal del Jurado satisfaga completamente el derecho a la doble instancia”.<sup>304</sup>

A problemática ganha uma maior complexidade quando se analisa o raciocínio feito no Caso Castillo Petruzzi e Outros Vs. Peru (1999), em que a Corte afirmou que o direito de recorrer da sentença não se satisfaz com a mera existência de um órgão de grau superior, devendo o Tribunal revestir-se de características jurisdicionais que o legitimam a conhecer do caso. Assim, o julgador de segundo grau deve ser o juiz natural, do contrário não será legítima e válida essa etapa processual. Para efeitos de satisfação do duplo grau, na visão da Corte, não haveria como o Tribunal cumprir esse papel, a uma porque o recurso de apelação tem fundamentação restrita, e a duas por não seria o juiz natural da causa.<sup>305</sup> Logo, só caberia ao próprio júri, nesse raciocínio, reformar a primeira decisão. A não ser que se alterasse a compreensão de que o júri é sempre o juiz natural, ou se relativizasse essa compreensão, enxergando dessa forma apenas para a hipótese em que se recorre contra uma absolvição. Atualmente, por exemplo, é possível a desconstituição do julgado do júri por meio de revisão criminal, o que faz questionar até que ponto prevalece a regra da soberania dos veredictos segundo concepção que condicione a reversão de uma condenação apenas ao júri.

A despeito dessa discussão, adota-se, aqui, a compreensão de que o júri faz parte do Poder Judiciário, na exata compreensão trazida, no sentido de que se insere dentro de um processo judicial, cuja finalidade é impor a mais grave das sanções, que é a perda da liberdade, com todas as consequências que acarreta essa conclusão, e particularmente, cujo processo se submete às mesmas regras dos demais processos de natureza penal.

Como argumentos que sustentam a existência de violação ao duplo grau, citam-se seis. *Primeiro* porque, como já mencionado, a verdadeira democracia é palco do chamado “domínio do cidadão”, e não do Povo, concebida a partir dos direitos fundamentais e não “segundo a qual o

<sup>304</sup> SOLER, José María Rifá, GOMBAU, José Francisco Valls. Derecho Procesal Penal. Madrid, Iurgium editores, 2000, pág. 413.

<sup>305</sup> Isso porque, a legislação processual brasileira adotou, nas palavras de GUSTAVO BADARÓ, uma “linha intermediária” entre a irrecorribilidade das decisões do Júri e o poder de reforma de suas decisões. BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2ª Ed, São Paulo, RT, 2017, pág. 241.





Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do Monarca”, como afirma Peter Häberle.<sup>306</sup> O poder soberano do povo cede, necessariamente, aos direitos fundamentais, incluindo o direito ao duplo grau de jurisdição, mesmo quando o povo for chamado a decidir num processo de natureza judicial, como no caso do júri. Essa natureza judicial do processo, cujo resultado é a imposição de uma pena privativa de liberdade, atrai para si as normas de direitos fundamentais, incluindo o direito a um recurso com amplo efeito devolutivo, já que não se está realizando um julgamento de natureza política pura e simplesmente, além, é claro, de o júri poder cometer erros. O jurado, quando condena, reconhece a existência de um fato típico.<sup>307</sup> Está, portanto, proferindo um julgamento jurídico. *Segundo* porque sob a ótica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os Tratados e Convenções devem ser interpretados à luz da boa-fé e “segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”, nos termos do art. 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Assim, consagrado o direito ao duplo grau na CADH, como expressão de um direito do acusado, sua inobservância pode gerar responsabilização internacional do Brasil, lembrando que se parte, aqui, da premissa de que o Tribunal do Júri faz parte do Poder Judiciário, com todas as suas implicações. *Terceiro* porque constitui dever de todos os Estados que aderiram à Convenção Americana de Direitos Humanos respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos (dever de respeito), assim como garantir seu livre e pleno exercício (dever de garantia), nos termos de seu art. 1.1, e constitui dever dos Estados adotar disposições de direito interno, quando tais direitos não forem garantidos pela legislação interna, conforme dispõe o art. 2 da CADH. *Quarto* porque, nos termos do art. 5º, § 2º, da CF, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”. *Quinto* porque, ainda que admitida eventual colisão entre duplo grau e soberania dos veredictos, a prevalência deste, se em conflito com aquele, não se sustentaria em vista da regra da

---

<sup>306</sup> HÄBERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pág. 38.

<sup>307</sup> Nesse sentido, José Frederico Marques: “Constitui erro clamoroso, condenado pela ciência processual moderna, a afirmativa de que os jurados só decidem matéria de fato – o Júri decide questões de fato e de direito. (...) Já ensinava Carrara que não existe julgamento pelo tribunal do júri em que os jurados não sejam chamados a emitir pronunciamentos jurídicos. (...) Como notou Jiménez de Asúa, a própria indagação sobre o chamado fato principal envolve uma questão jurídica, pois ao respondê-lo o jurado está julgando da existência do primeiro elemento jurídico do crime, que é o fato típico”. MARQUES, José Frederico. Estudos de Direito Processual Penal. Campinas, Millennium, 2001, pp. 233-234.



proporcionalidade, pois sua prevalência não seria adequada por não fomentar o objetivo pretendido pela norma consagradora do duplo grau como direito do acusado, assim como também não seria necessária, uma vez que, como se demonstrará, há formas de se consagrar a soberania dos veredictos sem se restringir o direito ao duplo grau, e por fim também não passaria por um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que com essa proposta harmonizam-se ambos os direitos sem restringir em demasia um deles.<sup>308</sup> Sexto porque o duplo grau, além de princípio constitucional implícito (considerando apenas o texto constitucional formal), integra o bloco de constitucionalidade amplo em virtude do contido na CADH, cuja aprovação, diga-se de passagem, jamais poderia ter sido submetida à regra do art. 5º, § 3º, da CF (inaugurada com a EC/45), pois pretérita a esta, o que faz a admitir a tese do *status* constitucional da Convenção.<sup>309</sup>

Em Portugal, com a reforma processual penal de 2007, essa temática também foi travada. Com a reforma inaugurou-se a possibilidade de o Tribunal de Relação, ao julgar o recurso de apelação no júri, rediscutir fatos e provas, conferindo assim o direito do duplo grau.<sup>310</sup> Essa possibilidade, contudo, trouxe inúmeras críticas por parte da doutrina portuguesa que, em síntese, invocou a natureza democrática do júri para justificar a necessária inexistência de recurso contra a sua decisão.<sup>311</sup>

<sup>308</sup> Adotou-se como parâmetro para a chamada “regra da proporcionalidade” os critérios trazidos por Virgílio Afonso da Silva. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo. Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, abr. 2002.

<sup>309</sup> Nesse sentido a posição de Flavia Piovesan. RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo, Saraiva, 2016, pp 416-417.

<sup>310</sup> Nesse sentido: “Face ao poder que a relação [tribunal de relação, equivalente ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal] tem de modificar a decisão de 1ª instância em matéria de facto (artigos 428º e 431 do CPP), a extensão do princípio do duplo grau de recurso ao tribunal do júri questiona-nos sobre a conformidade constitucional de alguns pontos do regime legal, por referência ao art. 207º da CRP. A questão não está propriamente na admissibilidade de recurso em matéria de facto, mas antes na modificação da matéria de facto por um tribunal de recurso cuja composição não é integrada por jurados.

O princípio democrático em que se alicerça a garantia constitucional de julgamento pelo júri, a evolução histórica desta instituição e o que colhemos sobre ela em outros ordenamentos jurídicos apontam no sentido de os juízes *leigos* terem competência decisória, pelo menos, quanto à *matéria de facto* e de competir aos jurados não apenas a primeira, mas também a *última palavra* quanto à decisão em matéria de facto. A garantia constitucional do julgamento pelo júri, enquanto esta significa que a última palavra em matéria de facto cabe ao júri (também ao júri), não é respeitada quando um tribunal de recurso, composto exclusivamente por juízes de direito, *modifique* (...) a matéria de facto fixada também pelo júri quando proferiu sua *primeira palavra*”. ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 212-212.

<sup>311</sup> Nesse sentido Manuel da Costa Andrade: “Por vocação filosófica e por legado histórico, cultural e civilizacional, o júri representa e mediatiza a intervenção directa do povo na administração da justiça. Seria talvez impróprio apodar o seu regime de anti-sistema – justiça administrada *pelo* povo – face ao sistema de justiça, feita *em nome* do povo. Mas é irrecusável que ele representa uma janela aberta à afirmação de um princípio democrático de realização da



Quais são as saídas práticas para esse impasse? Há algumas hipóteses. A *primeira* seria instituir uma instância revisora, composta por jurados, das decisões de mérito emanadas do júri. A fórmula dessa proposta, contudo, além de não ser conhecida, encontraria inúmeros óbices, como em face da regra de incomunicabilidade dos jurados, além de se questionar a viabilidade de se permitir ao novo júri avaliar, como um juiz togado o faria num recurso de apelação sem restrições, a prova produzida no primeiro julgamento. Seria, sem dúvida, um desafio tornar viável essa proposta. A *segunda* seria um abandono ao modelo tradicional de júri, adotando no Brasil o chamado escabinado ou mesmo o assessorado,<sup>312</sup> que permitiriam, em termos práticos, a melhor concretização do duplo grau, com uma composição mista de juízes togados e cidadãos, tanto em primeiro, quanto em segundo grau de jurisdição. Trariam, contudo, imensos desafios, já que a composição do júri exclusivamente por membros do povo é uma tradição no Brasil. A *terceira*, na linha proposta pelo juiz espanhol Jacobo López Barja Quiroba,<sup>313</sup> diante de polêmica semelhante travada na Espanha, é tornar facultativo o julgamento pelo júri: caberia ao acusado optar, conhecendo previamente as restrições ao duplo grau no júri, se seria julgado pelo júri ou por um

---

justiça. Ele é, como tal, um sistema autónomo, portador de uma lógica própria, organizando-se e organizando a sua acção segundo códigos específicos. E, por ser assim, predestinado a irritar o “normal” sistema de justiça, em cuja casa é convidado a viver, ou melhor, a conviver.

Esta é, na sua versão *vulgata* mas correcta, a compreensão das coisas que suporta o *júri*. Compreensão à vista da qual se justificava, rectius se impunha, o regime anterior, que previa o recurso direto para o STJ dos “*acórdãos finais proferidos pelo tribunal do júri*”. Tratava-se, assim, de um regime autónomo que, na prática, *subtraía as decisões do júri em matéria de facto ao escrutínio dos tribunais superiores*. Só por porfiada desatenção à “natureza das coisas” (...) quis o legislador de 2007 deixar também aqui o rastro de sua passagem. O que fez parificando inteiramente as decisões do júri às do normal tribunal colectivo, neutralizando a sua diferença específica e submetendo-as, precisamente nos mesmos termos, a recurso para a Relação.” ANDRADE, Manuel da Costa. “Bruscamente no verão passado”, a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 45-46.

<sup>312</sup> Em crítica forte ao modelo brasileiro, afirmava José Frederico Marques: “O Brasil é dos poucos países em que a instituição do júri ainda se mantém relativamente fiel às linhas clássicas desse tribunal popular. No continente europeu, o júri está francamente superado pelos tribunais mistos de escabinos ou de assessores. (...) As democracias populares admitem a participação do povo na administração da justiça, mas sob formas peculiares em que se não encontram tribunais do tipo do júri clássico.”. MARQUES, José Frederico. Estudos de Direito Processual Penal. Campinas, Millennium, 2001, pág. 237.

<sup>313</sup> Nesse sentido: “No acabo de ver que la apelación introducida por la Ley del Jurado cumpla com estas exigências [doble instancia] que acabamos de señalar. Há de añadirse que en los otros procedimientos al margen de la Ley del Jurado me parece bastante claro el incumplimiento de las mismas. Esto no quiere decir que si se instaura un sistema de Jurado no pueda compaginarse con la existencia de doble instancia. A nuestro juicio, creo que es posible, pero, tal vez habría que comenzar por establecer el juicio por Jurado como facultativo, esto es, conceder al acusado la posibilidad de elegir entre dos sistemas (con o sin jurado). De esa manera el acusado puede elegir y em los términos de la elección siempre tendría la posibilidad de optar por el sistema que considere cumple más com los derechos que estime son más convenientes”. QUIROGA, Jacobo López Barja de. Tratado de Derecho Procesal Penal. Navarra, Thomson Aranzadi, 2004, pág. 1505.



juiz togado. Apesar de interessante a proposta, certamente suscitaria intensos debates sobre eventual inconstitucionalidade, já que compete ao júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, nos termos do art. 5º, XXXVIII, “d”, da CF, não trazendo o texto constitucional qualquer abertura à essa possibilidade.

As três últimas merecem um maior destaque. A *quarta* delas seria um retorno a um modelo de protesto por novo júri. Em que pesem as críticas da doutrina,<sup>314</sup> certamente conferiria um amplo direito de revisão do primeiro julgamento. Poder-se-ia, inclusive, pensar num modelo mais célere do que o anterior. A *quinta* seria, semelhante ao que se sucedeu em Portugal, consagrar o amplo efeito devolutivo ao recurso de apelação do acusado. Nessa proposta seria lícito ao Poder Judiciário reavaliar o que foi julgado pelo júri, afastando-se (mas apenas para absolver o acusado) o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri. A proposta se fundamentaria na concepção de que a soberania dos veredictos 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. Além disso, a soberania dos veredictos já é mitigada nos julgamentos em sede de revisão criminal, conforme pacífica jurisprudência do STF. Ainda, a proposta guardaria simetria com a adotada no tópico anterior, ao possibilitar apenas ao acusado, e nunca à acusação, a rediscussão de fatos e provas (ideia de *only one shot*). Também a favor da proposta, poder-se-ia invocar a ideia de que a apreciação pelo Judiciário dos fatos e das provas reforçaria e legitimaria o necessário equilíbrio entre uma decisão condenatória tomada pelo Povo e uma revisão pelo órgão jurisdicional, sendo um fator de legitimidade essa possibilidade, e não o contrário. Contrariamente à proposta, poderia se argumentar que tal permissão conferida aos juízes togados desvirtuaria a própria noção de Tribunal do Júri, enfraquecendo a soberania dos veredictos, (crítica essa já realizada pela doutrina portuguesa frente à Reforma de 2007 do CPP Português), além de ser o júri o juiz natural da causa. Como proposta intermediária, então, a *sexta*:

---

<sup>314</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do Júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: TUCCI, Rogério Lauria (org.). Tribunal do Júri: Estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo, RT, 1999, pág. 70.



após ampla análise de fatos e provas, ao concluir em sentido oposto ao júri, o tribunal submeteria o acusado a outro júri, que daria a palavra final. Em sentido contrário o legítimo argumento: usurpa-se a competência do júri, juiz natural da causa, em caso de conclusão diversa da pretendida pela defesa.

Entre as propostas trazidas, e diante das críticas apresentadas, reconhece-se que de fato há violação ao duplo grau a ausência de um recurso ordinário frente as decisões condenatórias do júri. O direito ao duplo grau deve ser lido como um direito fundamental do acusado, oponível em face do Estado e de seu poder de persecução penal, inclusive quando manifestado pelo júri. Sobre as propostas, duas são as mais interessantes, sem prejuízo da consideração pelas demais. Quanto à primeira: o protesto por novo júri conferiria integralmente o duplo grau. Segunda: a desconstituição da decisão condenatória (apenas) do júri por juízes togados. Contudo, esta sofreria críticas por supostamente enfraquecer a soberania dos veredictos. Contrariamente a esses argumentos: a leitura de que a soberania dos veredictos não pode ser encarada como um princípio absoluto, cedendo em nome da correção de uma condenação equivocada, e devendo ser lido como um direito fundamental garantido ao acusado, não havendo ofensa àquilo que foi criado para protegê-lo. Em tempos de punitivismo deve-se buscar mais ainda, e com intensidade, frear a ânsia punitiva existente na sociedade, com a proteção dada pelos direitos fundamentais no processo penal, até mesmo em face das decisões emanadas do Tribunal do Júri.

#### 4. Conclusões

O direito ao recurso e o duplo grau de jurisdição, sem dúvida, além de expressamente previstos, devem ser lidos como um direito do acusado em face do Estado, ou seja, como um direito fundamental oponível ao Estado, e não como um “valor de justiça”, nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vedando-se ao Ministério Público a ampla rediscussão de fatos e provas quando já obtida uma absolvição (noção de *only one shot*). Do contrário, acaba-se permitindo um novo julgamento do acusado pelos mesmos fatos pelos quais já fora absolvido anteriormente.

O Brasil, contudo, tanto por sua legislação, como pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, não vem adotando essa percepção do duplo grau de jurisdição. Esse é o caso dos julgamentos de acusados que detém foro por prerrogativa de função, no caso dos acusados



absolvidos em primeiro grau e condenados em segundo grau de jurisdição, e pela ausência de uma percepção, no júri, de que o duplo grau e a soberania dos veredictos são garantias do acusado.

Com relação aos acusados que detém foro por prerrogativa de função, deve-se pensar na possibilidade de se criar um novo recurso ordinário para quem for julgado pelos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais, endereçado ao STJ, assim como ao STF para quem for julgado pelo STJ originariamente. Para os julgamentos originários no STF, ou se repensa o modelo de julgamento, possibilitando-se a revisão da decisão pelos Ministros que ainda não conheceram da matéria, nos termos do que foi decidido no Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, ou se extingue de vez o foro no STF.

Ainda, é preciso se rediscutir se não seria o caso de impor restrições ao direito do Ministério Público de recorrer em face de sentenças absolutórias, como as já adotadas em outros países (como por exemplo na Espanha e nos Estados Unidos), a fim de conferir ao acusado o direito de não ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos, consagrando-se o duplo grau de jurisdição como um direito do acusado e não de ambas as partes. Como proposta, emerge dessa constatação ou a abolição total da possibilidade de recorrer ou a criação de um recurso de apelação mais restrito, versando apenas sobre matéria de direito, evitando-se, assim, um indevido terceiro grau de jurisdição. A atenuar o peso dessa responsabilidade a apenas um juiz togado, propõe-se como saída a adoção do julgamento colegiado já em primeiro grau.

Essa solução, para o júri, contudo, mostra-se atualmente insuficiente, já que o recurso de apelação nesse caso possui fundamentação vinculada, mesmo quando interposto pelo acusado. Reconhece-se a violação ao duplo grau no júri a partir do modelo de recurso existente. Como saídas, elencaram-se seis, dentre as quais duas mostraram-se mais interessantes: o retorno ao protesto por novo júri, talvez com outro modelo mais célere, e uma releitura da soberania dos veredictos, compreendendo-o como um direito fundamental do acusado, permitindo ao Tribunal, em grau de recurso, a ampla análise de fatos e provas, quando para absolver o acusado.

Deve-se reconhecer que o STF, por um de seus Ministros, já sinalizou, em um julgado, que de fato há uma violação ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e à CADH nessa matéria. Contudo, ainda é tímida a posição adotada e a reflexão trazida. Há muito ainda o que se percorrer para enfim consagrar-se o duplo grau de jurisdição como um direito do acusado,



e não como um “valor de justiça”, nos exatos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## 5. Bibliografia

- ANDRADE, Manuel da Costa. “Bruscamente no verão passado”, a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. Coimbra, Almedina, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. 2ª Ed., São Paulo, RT, 2017.
- BARROS, Flaviane de Magalhães, MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A Atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: BALLESTEROS, Paula R. (coord.). Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, CEJA, 2017.
- CASARA, Rubens. O Direito do 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, Editora Lumen Juris, 2009.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal: Comentários Consolidados & Crítica Jurisprudencial – Vol. 2. Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2017.
- DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. São Paulo, RT, 2016.
- ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas, VARELLA, Marcelo Dias. A construção do direito ao duplo grau de jurisdição nas cortes europeia e interamericana de direitos humanos. 2018. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/4431/pdf>. Acessado em: 10.04.2018.
- GALÍCIA, Caíque Ribeiro, VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. O esvaziamento do direito ao recurso na prática brasileira: devido processo penal na América Latina e respeito à oralidade e



à publicidade no juízo recursal. In: BALLESTEROS, Paula R. (coord.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiano, CEJA, 2017.

- HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

- MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Campinas, Millennium, 2001.

- NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Duplo grau de jurisdição e processo penal de competência originária de Tribunais*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. 326 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

- NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo, RT, 2008.

- QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra, Thomson Aranzadi, 2004, pág. 1505.

- 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 (org.). *Direito Penal e Processual Penal: Uma Visão Garantista*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2001.

- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo, Saraiva, 2016.

- RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de direitos humanos*. 2ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2012.

- RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo, RT, 2006.

- SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798, abr. 2002.

- SOLER, José María Rifá, GOMBAU, José Francisco Valls. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Iurgium editores, 2000





- STRECK, Lenio Luiz. Tribunal do júri: símbolos e rituais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do Júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: TUCCI, Rogério Lauria (org.). Tribunal do Júri: Estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo, RT, 1999.
- TOURÓN, Cándido Conde-Pumpido. El derecho a la doble instancia penal presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica em las sentencias de apelación penal. In: Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, XV, 2003.
- ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, segundo volume. Rio de Janeiro, Revan, 2010.

