



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curso de Doutorado em Direito

**DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO NORMA CONVENCIONAL:
UMA PROPOSTA DE CONFORMAÇÃO DO DIREITO AO RECURSO
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Antonio de Holanda Cavalcante Segundo

Fortaleza – Ceará
Julho de 2021

ANTONIO DE HOLANDA CAVALCANTE SEGUNDO

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO NORMA CONVENCIONAL:
UMA PROPOSTA DE CONFORMAÇÃO DO DIREITO AO RECURSO
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do Título de Doutor em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

Fortaleza - Ceará

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- C364d Cavalcante Segundo, Antonio de Holanda.
Duplo grau de jurisdição como norma convencional : uma proposta de conformação do direito ao recurso no processo penal brasileiro / Antonio de Holanda Cavalcante Segundo. – 2021.
158 f.
- Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2021.
Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.
1. Duplo grau de jurisdição. 2. Pacto de São José da Costa Rica. 3. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 4. Direito ao recurso. 5. Sistema recursal penal. I. Título.

ANTONIO DE HOLANDA CAVALCANTE SEGUNDO

**DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO NORMA CONVENCIONAL:
UMA PROPOSTA DE CONFORMAÇÃO DO DIREITO AO RECURSO
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Bruno Queiroz de Oliveira
Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Dr. Emetério de Oliveira Silva Neto
Universidade Regional do Cariri – URCA

Tese aprovada em 29/07/2021

“O amor é um ato revolucionário
Por estados e religiões temido
Quem pelo amor é pertencido
A si governa e só a ele é confessado
Quem ama ao andar cria sua estrada
Em seu voo vê as planícies prazerosas
E no cume das montanhas alterosas
Toca em gozo a rosa viva imaculada”
(Chico César)

Aos amores que, de distintas formas,
revolucionaram minha vida, Laura e
Heloísa, tornando o ano de 2020 o mais
intenso e memorável que já vivi. Por mais
pandemias de amor no mundo.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Ana Estela Leite, que já nos agradecimentos de minha dissertação de mestrado foi tratada como um modelo de ser humano, mas que conseguiu, nesta pandemia, evoluir e elevar essa qualidade a outro nível, fazendo efetivamente uma diferença no mundo que a maioria de nós jamais teremos oportunidade de fazer. Obrigado pelo exemplo diário.

Ao meu pai, Ricardo Machado, que com seu jeito meio desastrado de tentar demonstrar afeto, nunca me deixou com a menor dúvida do orgulho que sente ao me ver trilhar o caminho profissional e acadêmico que escolhi.

Ao meu avô Alfredo – *in memoriam* –, ao meu padrinho Afonso e à minha tia Tereza, em conjunto, porque deles vem o exemplo de amor, dedicação, carinho e lealdade à família que hoje eu tento replicar com a pequena Heloísa.

Aos irmãos Vasques, sócios de escritório, em especial ao Leandro, que foi (leia-se tentou ser) sempre compreensivo com minha constante ausência laboral, principalmente nos últimos meses, em razão da elaboração dessa tese.

Aos demais colegas de escritório, especialmente ao Afonso e à Gabi, que cobriram minha ausência, ao Diego, que traduziu o *Résumé*, e à Mariana, que me deu o apoio jurídico (e de amiga) no momento mais difícil de minha vida.

Aos amigos que fiz no PPGD, por terem me devolvido a sensação de ter uma turminha pra chamar de minha, e em especial ao Arthur, Débora, Mayna e Lili, e mais ainda à Lara, parceira que ganhei e que fez a paginação desse trabalho.

Quanto à turma da Fortlivros e do Team Garrido Memes Incorporated S.A., não os agradecerei, pois em nada contribuíram para que eu chegasse até aqui.

Ao colega de colégio, de centro acadêmico e de graduação, Prof. Cabralzim, que aceitou a orientação desse trabalho e foi sempre compreensivo com minhas desculpas, inclusive com as esfarrapadas, para procrastiná-lo enquanto pude.

Ao Prof. Nestor Santiago, quem, por ter me orientado na graduação, na especialização e no mestrado, foi o maior responsável pelo meu ingresso no PPGD da UFC, única maneira de que eu dispunha para fugir da quarta orientação seguida, embora para perceber que é (muito) melhor tê-lo com orientador que examinador.

Aos Profs. Emetério Neto, Sérgio Rebouças e Bruno Queiroz, pela disposição em participar de minha banca e pelo exemplo profissional e acadêmico que são.

“Sabemos que nem todos os homens são iguais, não no sentido que alguns querem nos impor: algumas pessoas são mais inteligentes do que outras; algumas têm mais oportunidade do que outras, pois nascem privilegiadas; alguns homens ganham mais dinheiro que outros; algumas senhoras fazem bolos mais gostosos do que outras; algumas pessoas são mais dotadas que a maioria.

Mas há algo neste país diante do qual todos os homens são iguais, há uma instituição que torna um pobre igual a um Rockefeller, um idiota igual a um Einstein e um ignorante igual a um reitor de universidade. Essa instituição, senhores, é o Tribunal de Justiça. Pode ser a Suprema Corte dos Estados Unidos, o juizado mais simples do país ou este honrado tribunal ao qual os senhores servem. Como qualquer instituição, os nossos tribunais têm falhas, mas são os maiores niveladores deste país, para os nossos tribunais todos os homens nasceram iguais.”

(Harper Lee, em: o sol é para todos)

RESUMO

O direito ao duplo grau de jurisdição, embora sem previsão constitucional expressa, passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, de forma expressa, após a internalização dos Pactos de São José da Costa Rica e sobre Direitos Civis e Políticos. Partindo deste ponto, o trabalho proporá a conformação do direito ao recurso no processo penal brasileiro, a partir da análise de sua atual compatibilidade com o direito ao duplo grau de jurisdição, como previsto nos aludidos Pactos. Como as normas de direito internacional se internalizam em nosso ordenamento jurídico, e seus parâmetros de interpretação, e a posição do duplo grau de jurisdição, com seus contornos, titularidade e conteúdo, serão definidos. Será explorado como o direito ao duplo grau de jurisdição é concretizado no direito interno brasileiro, especialmente em interação com outras regras aplicáveis ao processo penal, tais como os princípios do juiz natural e da identidade física do juiz, da vedação ao *bis in idem*, a regra do foro por prerrogativa de função, a soberania dos veredictos, a possibilidade de manejo de apelação pela acusação, inclusive em face dos veredictos absolutórios proferidos pelo Tribunal do Júri. Também será definido o tratamento dado ao direito ao duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de direitos humanos, através das decisões de sua Corte. Demonstrar-se-á que a sistemática recursal atual, no Brasil, viola o direito ao duplo grau de jurisdição em vários níveis. Neste contexto, serão apresentadas propostas de conformação do sistema recursal em matéria penal no Brasil, tanto no âmbito jurisprudencial, como no legislativo, apresentada, como anexo, com o fim de promover alteração direta em nossa realidade, proposta de projeto de lei.

Palavras-chave: Duplo grau de jurisdição. Pacto de São José da Costa Rica. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Direito ao recurso. Sistema recursal penal.

ABSTRACT

The right to a two-tiered justice system, although not expressly stated at the Constitution, was inserted in Brazilian legal system since the promulgation of the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights. From this premise, the present essay proposes changes in the Brazilian legal system on criminal appeals, because of its (in)compatibility with the two-tiered justice system, as indicated in the before mentioned international treaties. How the international laws integrate Brazilian internal laws and its interpretation standards, and the position of the two-tiered justice system principle and its outlines, titularity and content will be defined. How the right to a double trial is attended in Brazilian internal laws will be explored, throughout its interaction with other rules, such as the principles of the natural judge and its physical identity, the *ne bis in idem* principle, the right to special jurisdiction by function prerogative and the possibility of prosecution's appeals, especially from a jury's verdict, because of its sovereignty. It will also be treated how the right to a double trial is treated by the Interamerican System of Human Rights, throughout the analysis of its Court decisions. It will be stated that the actual systematic of appeals in Brazilian criminal procedure violates the international clauses on the right to a two-tiered justice system in many ways. In that context, decisional and legislative alternatives to adjust the system will be proposed and could be implemented through law proposition, that will be presented at the end of this essay.

Keywords: Two-tiered justice system. Pact of San Jose of Costa Rica. American Convention on Human Rights. International Covenant on Civil and Political Rights. Right to appeal. Criminal appeal's system.

RÉSUMÉ

Le droit au double degré de de juridiction, encore qui sans prévision constitutionnelle écrit, a été incorporé à l'ordre juridique brésilienne, expressément, après l'internalisation de Pacte de San José du Costa Rica et des Pacte sûr Les Droits Civiles e Politiques. À partir de cette prémisse, l'étude propose l'adéquation du droit au recours dans la procédure criminelle brésilienne, en analysant sa compatibilité actuelle avec le droit au double degré de de juridiction, comme prévu aux Pactes mentionnés. Sera défini comme les règles de droit internationale s'insèrent à notre ordre juridique, ainsi que ses paramètres d'interprétation et la position du droit au deuxième niveau de juridiction, avec ses formes, titularité et contenu. Sera exploité comme le double degré de de juridiction est formalisé au droit interne brésilien, particulièrement l'interaction avec autres règles de la procédure criminelle brésilienne, telles que les principes du juge naturelle, de l'identité physique du juge, de non bis in idem, de for pour prérogative de fonction, de souveraineté des verdicts, la possibilité d'appel pour l'accusation, y compris au vu des verdicts absolus rendus par le tribunal du jury. Sera défini aussi le traitement offert a le droit au deuxième niveau de juridiction dans le système interaméricain des droits humains, par les décisions de sa Cour. Il sera démontré que l'actuel système de recours au Brésil viole le droit au double degré de juridiction à plusieurs niveaux. Dans ce contexte, seront présentées des propositions d'adéquation du système de recours en matière pénale au Brésil, tant dans le cadre jurisprudentiel, que dans le cadre législatif, présenté, en annexe, afin de promouvoir un changement direct dans notre réalité, proposition de projet de loi.

Mots clés: Double degré de de juridiction. Pacte de San José du Costa Rica. Convention Américaine des Droits Humains. Pacte sûr Les Droits Civiles e Politiques. Pacte sur Les Droits Civiles e Politiques. Droit de recours. Système de recours pénal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direita de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CEDH	Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
RvC	Revisão Criminal
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO PARA ALÉM DE SEUS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS	18
1.1 Breve panorama sobre a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro	18
1.2 Síntese dos critérios de interpretação de normas internacionais sobre direitos humanos	23
1.3 Sobre o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição: natureza, posição no nosso ordenamento, titularidade e conteúdo	28
2 CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNA	37
2.1 Duplo grau de jurisdição e os princípios do juiz natural e da identidade física do juiz.....	37
2.2 Duplo grau de jurisdição e foro por prerrogativa de função	43
2.3 Duplo grau de jurisdição e a vedação à dupla persecução penal	47
2.4 Duplo grau de jurisdição e soberania dos veredictos do Tribunal do Júri	53
2.5 Duplo grau de jurisdição e recurso de apelação pela acusação	59
2.6 A polêmica em torno do recurso acusatório contra veredicto absolutório no Tribunal do Júri	62
3 O DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	68
3.1 Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru	68
3.2 Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica	71
3.3 Caso Barreto Leiva vs. Venezuela	76
3.4 Caso Mohamed vs. Argentina	80
3.5 Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.....	83
3.6 Caso Norín Catrimán e outros vs. Chile	87
3.7 Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua	92
3.8 Caso Roche Azaña e outro vs. Nicarágua	103
3.9 Síntese das conclusões da CorteIDH sobre o direito ao duplo grau de jurisdição	106
4 MECANISMOS PARA CONFORMAÇÃO DO DIREITO AO RECURSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	109

4.1 Controle de convencionalidade das normas que disciplinam o direito ao recurso no processo penal.....	109
4.2 Da submissão do Estado brasileiro à jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da possibilidade de sanção.....	120
4.3 Propostas jurisprudenciais e legislativas para conformação do sistema recursal penal brasileiro	124
4.4 Breve comentário ao projeto de lei proposto em anexo	131
CONCLUSÃO	134
REFERÊNCIAS	138
ANEXO	155

INTRODUÇÃO

Segundo o relatório Justiça em Números, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, relativo ao ano de 2019, ingressaram, apenas naquele ano, quase oitocentos mil novos casos criminais na segunda instância e Tribunais Superiores (JUSTIÇA, 2021, p. 192). Muito se diz a respeito do sistema recursal penal brasileiro como causador de morosidade e impunidade, em razão da quantidade de recursos previstos, a ensejar alegados abusos do direito de recorrer que retardariam indefinidamente o trânsito em julgado das ações penais. Tal reclamo, inclusive, é um dos fundamentos utilizados pelos defensores da tese da execução provisória da pena após condenação em segundo grau de jurisdição¹.

Todavia, quando se pensa no problema, surgem propostas quase sempre ligadas à racionalização do manejo de recursos pela defesa, à antecipação do marco processual do trânsito em julgado, ou à já referida execução provisória de pena, todas tendentes a reduzir, de alguma forma, o âmbito de proteção de direitos fundamentais ligados ao direito de liberdade e à presunção de inocência, consolidados como cláusulas pétreas constitucionais.

O presente trabalho se justifica, pois, na propositura de uma releitura do sistema recursal penal brasileiro à luz do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, tal como previsto nos Pactos de São José da Costa Rica e sobre Direitos Civis e Políticos, dos quais o Brasil é signatário, de modo a racionalizar a utilização dos recursos, sem que haja a supressão ou mesmo redução de quaisquer direitos fundamentais do acusado no processo penal.

O trabalho possui o objetivo geral de analisar a compatibilidade do direito ao recurso no processo penal brasileiro com o direito ao duplo grau de jurisdição, como previsto no Pacto de São José da Costa Rica, propondo alternativas de ordem jurisprudencial e legislativa para conformação. E os objetivos específicos de 1) discutir a posição, a titularidade e o conteúdo do direito fundamental ao duplo grau de

¹ Atualmente, o STF reviu posicionamento anterior e considerou inconstitucional a chamada execução provisória da pena, ao afirmar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal brasileiro, no julgamento da ADCs n. 43, 44 e 54. Não obstante, o julgamento se deu por apertadíssima maioria, remanescendo forte movimento pelo retorno do entendimento anterior. Inclusive, o Pacote Anticrime, Lei n. 13.964/2019, instituiu a execução provisória dos veredictos do Júri, em caso de penas superiores a 15 anos de reclusão, dispositivo que se encontra sob questionamento perante o STF no RE n. 1.235.340, em regime de Repercussão Geral.

jurisdição, a partir do Pacto de São José da Costa Rica e sobre Direitos Civis e Políticos; 2) analisar a compatibilidade entre o direito ao duplo grau e outras regras aplicáveis ao processo penal, como o juiz natural, o foro por prerrogativa de função, vedação ao *bis in idem* e soberania dos veredictos; 3) analisar se o atual sistema recursal penal brasileiro possibilita ao acusado o exercício do direito ao duplo grau, conforme previsto nos pactos internacionais; 4) definir o tratamento dado ao duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de direitos humanos.

As principais hipóteses levantadas, a serem testadas no decorrer do trabalho, são que 1) o direito ao duplo grau de jurisdição, apesar de não expressamente previsto na Constituição, é direito fundamental titularizado pelo acusado, no processo penal, com *status* de norma supralegal, que possui como conteúdo mínimo o direito de todo acusado a ter sua condenação amplamente revista por um tribunal, órgão ou juiz funcionalmente superior e distinto daquele que prolatou a decisão condenatória; 2) permitir que o órgão de acusação recorra das decisões absolutórias de mérito vulnera o direito ao duplo grau de jurisdição, uma vez que, se provido o recurso acusatório, não há instrumento processual adequado a concretizar o direito de revisão da condenação por um órgão judicante distinto; e 3) o Estado brasileiro se submete à jurisdição da Corte IDH e está passível de ser sancionado pela sistemática violação ao Pacto de São José da Costa Rica, no tocante ao direito ao duplo grau de jurisdição.

Nesse contexto, se costuma abordar, como será demonstrado ao longo do trabalho, o direito ao duplo grau de jurisdição como garantia processual não prevista expressamente no texto constitucional, mas decorrente, ou consectário lógico, da garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, LIV e LV da CF), e, como tal, seria direito titularizado pelas partes (litigantes) em um processo judicial ou administrativo “e aos acusados em geral”. A referência a “acusados em geral” poderia levar à conclusão de que, no processo penal, tal direito seria garantido apenas ao réu. No entanto, não havendo menção expressa a um direito ao duplo grau de jurisdição, mas apenas a devido processo legal, ampla defesa e contraditório, com recursos e meios a estes inerentes, não haveria como se defender que direitos tais pudessem não ser extensíveis a ambas as partes de um processo criminal, a exemplo do devido processo legal e do contraditório.

Ocorre que o direito ao duplo grau de jurisdição, embora sem previsão constitucional expressa, passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, após a internalização do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre

Direitos Humanos), através do Decreto n. 678, de 1992, e do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, pelo Decreto n. 592, de 1992. No texto da Convenção, especificamente em seu artigo 8, item 2, alínea h, está posto, como direito de “toda pessoa acusada de delito”, o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Já no item 5, do artigo 14 do PIDCP, está expresso que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. Partindo deste ponto, o trabalho se propõe a analisar a (in)compatibilidade do sistema recursal penal brasileiro com o direito ao duplo grau de jurisdição, como previsto nos aludidos Pactos, e propor alternativas concretas para conformação de nosso sistema.

Inicialmente, será tratada a questão do modo como as normas de direito internacional se internalizam em nosso ordenamento jurídico após a EC n. 45 de 2004, bem como os parâmetros de interpretação das normas internacionais sobre direitos humanos, para, daí, posicionar-se o duplo grau de jurisdição enquanto direito fundamental após a internalização dos Pactos de São José da Costa Rica e sobre Direitos Civis e Políticos, e definir seus contornos, em especial a questão da titularidade e do conteúdo do direito.

Em seguida, será explorado como o direito ao duplo grau de jurisdição é concretizado no direito interno brasileiro, especialmente em interação com outras regras aplicáveis ao processo penal. É compatível o exercício do duplo grau de jurisdição pela acusação com o princípio do Juiz Natural, em seu aspecto material, mormente se visualizarmos o subprincípio da identidade física do juiz como integrante deste? E com o princípio da vedação à dupla persecução – ou *ne bis idem* –, considerando que seria uma concessão ao órgão acusador de mais de uma oportunidade para exercer a persecução penal e buscar a condenação? E, ainda, a previsão do foro por prerrogativa de função, de exercício compulsório, viola o direito ao duplo grau de jurisdição? É compatível com o duplo grau a limitação da apelação em face da soberania dos veredictos do Júri? Também será tratado como – e em que grau – o sistema recursal brasileiro concretiza o direito ao duplo grau de jurisdição, analisando-se a possibilidade de manejo de apelação pelo acusador, inclusive em face de veredictos absolutórios proferidos pelo Tribunal do Júri.

Será definido ainda o tratamento dispensado ao direito ao duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de direitos humanos, a partir da análise de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da sistematização dos

critérios que esta emprega acerca da observância da cláusula convencional respectiva.

Por derradeiro, serão apresentadas propostas de conformação do sistema recursal em matéria penal no Brasil. Abordar-se-á a possibilidade de controle de convencionalidade das normas que disciplinam esse sistema. Também será tratada a possibilidade de os Estados membros e signatários de determinado Pacto serem sancionados e de como essa sanção é imposta. Em seguida, serão formuladas propostas concretas de modificação, a curto prazo, inclusive, da realidade brasileira, para a conformação de nosso sistema recursal penal, tanto no âmbito jurisprudencial, como no legislativo. Dentre as alternativas a serem propostas, destacam-se a reestruturação do cabimento da apelação no procedimento do júri e a sua ampliação no procedimento comum, bem como a ampliação das hipóteses de cabimento dos Embargos Infringentes. Outrossim, com o fim de promover alteração direta em nossa realidade, será formulada, como anexo, proposta de projeto de lei, com base nas ideias apresentadas ao longo desse trabalho.

Quanto ao tipo, a metodologia do trabalho é bibliográfica e documental, com consulta à doutrina e legislação nacional, estrangeira e internacional. Quanto à utilização dos resultados, a metodologia é prospectiva, pois visa, através da análise realizada e resultados obtidos, intervir na e modificar a realidade, através de propositura de projeto de lei. A natureza da metodologia é qualitativa, uma vez que explorará a compreensão do tema por uma perspectiva subjetiva, não quantificável. Quanto aos fins, a metodologia é descritiva e exploratória, pois interpretará fatos e normas relativos ao tema, visando ao aprimoramento das ideias e desafiando pesquisas vindouras.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO PARA ALÉM DE SEUS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS

Este capítulo inicial esmiuçará questão fulcral para o desenrolar das hipóteses a serem desenvolvidas, qual seja, o delineamento do direito ao duplo grau de jurisdição, para além da discussão relativa à sua previsão normativo-constitucional. Para tanto, explicitar-se-á a forma como as normas de direito internacional ingressam no ordenamento jurídico interno, em que posição dentro da pirâmide normativa elas estão situadas e como se prestam à interpretação das leis e da própria Constituição. Em seguida, serão sistematizados os principais critérios de interpretação de tratados e normas internacionais sobre direitos humanos. Por último, as considerações anteriores servirão para a sistematização e definição do direito ao duplo grau de jurisdição: sua natureza, sua posição – hierarquia – dentro do ordenamento jurídico, quem exerce sua titularidade e qual seu conteúdo.

1.1 Breve panorama sobre a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro²

A Constituição brasileira, já em seu texto original, previa, sem maiores rigores procedimentais, a incorporação de tratados internacionais, em seu artigo 5º, § 2º, o qual dispõe que “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”. A EC n. 45 de 2004 trouxe a previsão de internalização e definição de hierarquia das normas internacionais sobre direitos humanos, quando acresceu ao artigo 5º o § 3º, cuja redação estabelece que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois

² O presente tópico reproduz alguns trechos do ponto intitulado “COMO AS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL INGRESSAM NO DIREITO INTERNO: PANORAMA PÓS-EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45 DE 2004”, publicado pelo autor em: CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda. Breves notas sobre o controle de convencionalidade do crime de desacato. In: MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de; GALENO, Marina Medeiros (Org.). **Dilemas contemporâneos em direito administrativo e gestão pública**. Porto Alegre: Fi, 2019. p. 17-34.

turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

É importante reforçar, nesse contexto, que a internalização e hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento doméstico é matéria que compete ao direito interno de cada Estado, de caráter eminentemente constitucional (RAMOS, 2009, p. 152). Não obstante a previsão introduzida pela emenda referida, remanesceu a questão: e qual a hierarquia das normas de direito internacional, que versem sobre direitos humanos, pactuadas pelo Brasil e internalizadas sem observância do procedimento legislativo especificamente positivado? A questão se torna ainda mais relevante quando é sabido que, desde a promulgação da emenda, apenas quatro normativos internacionais sobre direitos humanos ingressaram em nosso ordenamento seguindo o rito das emendas constitucionais, a saber, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, o Tratado de Marrakesh e a Convenção Interamericana contra o Racismo e todas as formas de Discriminação.

Em suma, existem cinco orientações possíveis a respeito do grau hierárquico que as normas oriundas de tratados internacionais podem ostentar no direito interno de cada Estado-parte. Podem ingressar com *status* de norma supraconstitucional, ou como norma equivalente às constitucionais originárias, ou com natureza de norma constitucional derivada. Podem ainda ingressar no ordenamento jurídico interno com *status* de norma supralegal, isto é, inferior à Constituição, mas acima das leis ordinárias, ou, por fim, a estas equivalentes. (RAMOS, 2009, p. 159; PIOVESAN, 2009, p. 17-18; MAUÉS; MAGALHÃES, 2017, p. 40).

Flávia Piovesan (2009, p. 14-15) entende que o §2º do artigo 5º da Constituição previu a existência de três categorias de direitos fundamentais, quais sejam, 1) aqueles decorrentes de expressa previsão constitucional, 2) os implicitamente decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição e 3) os expressos nas normas de direito internacional previstas em tratados sobre direitos humanos assinados pelo Brasil, posição compartilhada por Mazzuoli (2005, p. 95). Assim, Piovesan conclui que estas últimas possuem hierarquia de norma constitucional, já que integrantes do rol de direitos constitucionalmente tutelados. Haveria, portanto, a adoção de um sistema misto pela Constituição, na medida em que há um tratamento em relação aos tratados que versem sobre direitos humanos e outro quanto aos tratados tradicionais, de natureza infraconstitucional (PIOVESAN, 2009, p.17).

Humberto Henderson (2004, p. 78) também afirma, quanto aos tratados de direitos humanos, que a Constituição lhes outorga natureza constitucional e, por isso, possuem exigibilidade imediata no ordenamento interno, prescindindo de qualquer ato adicional do Poder Legislativo, ao contrário de tratados que versem sobre outros temas. Deste modo, a inovação trazida pela EC n. 45 de 2004 teria somente distinguido as normas oriundas de tratados sobre direitos humanos entre as apenas materialmente e as formal e materialmente constitucionais, o que não afastaria o fato de serem todas materialmente constitucionais (PIOVESAN, 2009, p. 24). Na prática, trata-se de um rigor formal que não afeta o conteúdo em si do direito, mas que dificulta a eficiência na resolução de casos concretos, pois cria uma hierarquia distintiva.

Valerio Mazzuoli entende que a Constituição, neste tocante, previu que tanto o direito interno (os direitos expressos e os implícitos na Constituição) como o internacional (dos tratados sobre direitos humanos) são fontes normativas do sistema de direitos e garantias constitucionais (2005, p. 95). Também defende que a abertura normativa do § 2º do artigo 5º da Constituição, antes mesmo da Emenda n. 45, já estatua o ingresso das normas de direito internacional oriundas de tratados sobre direitos humanos como de hierarquia constitucional (2005, p. 95).

Sobre o panorama após a promulgação da EC n. 45 de 2004, diz Mazzuoli (2005, p. 111) que defender que os documentos internacionais sobre direitos humanos internalizados em nosso ordenamento têm nível constitucional, não implica afirmar que ostentem *status* de emenda constitucional, pois este decorre da integração formal à constituição, que só se dá com a aprovação pelo quórum qualificado, quando os tratados serão tanto materialmente como formalmente constitucionais, impedindo que sejam denunciados por ato do Poder Executivo. Assim, conclui Mazzuoli (2005, p. 111) que a modificação introduzida pela EC n. 45 de 2004 não afetou o caráter constitucional dos tratados sobre direitos humanos que já vigoravam, tampouco prejudicou a aplicabilidade imediata destes e dos que vierem a ser internalizados sem a obediência ao quórum qualificado.

No âmbito da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, que até então mantinha o entendimento vigente desde a Constituição de 1969, no sentido da equivalência dos tratados internacionais à lei ordinária, reviu seu posicionamento por ocasião do julgamento do RE n. 466.343, em 2008, quando declarou ilícita a prisão civil do depositário infiel. Naquela oportunidade, formou-se apertada maioria na Corte em prol do caráter supralegal das normas internacionais sobre direitos humanos

internalizadas sem o procedimento legislativo das emendas constitucionais. Vale dizer, se posicionariam hierarquicamente acima das leis e abaixo da Constituição. A minoria contrastante se posicionou no sentido da hierarquia constitucional de tais normas, as quais passariam a integrar o bloco de constitucionalidade. (MAUÉS, 2013, p. 28). Adotou-se, pois, a chamada teoria do duplo estatuto.

O primeiro entendimento se baseia, sobretudo, na possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade dos diplomas internacionais, em razão da supremacia formal e material da Constituição; o segundo, no caráter materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos (MAUÉS, 2013, p. 32). Todavia, segundo Maués (2013, p. 36), “a adoção da tese da supralegalidade permite ir além da necessidade de examinar a compatibilidade das leis com os tratados internacionais”, influenciando, outrossim, na própria interpretação constitucional. O STF, por ocasião do julgamento do RE n. 466.343, ao consolidar o entendimento pelo caráter supralegal dos tratados de direitos humanos ratificados fora do escrutínio legislativo das emendas constitucionais, definiu que as normas infraconstitucionais que com eles conflitassem teriam sua eficácia imediatamente paralisada (LOPES; CHEHAB, 2016, p. 87).

Os fundamentos da tese da supralegalidade são bem sintetizados por Antonio Maués e Breno Magalhães (2017, p. 41-42): 1) a Constituição ostenta hierarquia formal e material sobre todo o ordenamento jurídico, possibilitando o controle de constitucionalidade, inclusive, dos tratados internacionais; 2) a subjetividade do termo direitos humanos, e a amplitude que se lhe poderia conferir, poderia levar a uma atividade legislativa imune ao controle de constitucionalidade; e 3) com o entendimento de que os tratados não ratificados mediante o quórum qualificado trazido pela EC n. 45 de 2014 não possuem caráter constitucional, a adoção da tese da supralegalidade confere aqueles posição privilegiada, possibilitando sua aplicação imediata, como se vê do próprio *leading case* do depositário infiel.

Mazzuoli (2018a, p. 86), sintetizando o panorama jurisprudencial sobre o assunto, afirma haver uma tripla hierarquia possível das normas de direito internacional, quais sejam: 1) as oriundas de tratados sobre direitos humanos aprovados com o quórum qualificado previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição, que equivalem a emendas constitucionais; 2) as decorrente de tratados sobre direitos humanos aprovados por maioria simples do Congresso, que possuem caráter infraconstitucional, mas supralegal; e 3) as normas constantes de tratados ordinários,

com equivalência à lei ordinária. Ressalta ainda que se trata de uma construção realizada pelo STF, e não pelo texto constitucional, a qual estaria sujeita a mudanças e oscilações, até em função das episódicas mudanças na composição da Corte (MAZZUOLI, 2018a, p. 86). A solução adotada pelo STF, ao posicionar algumas normas oriundas de tratados internacionais hierarquicamente abaixo da Constituição, acaba por possibilitar a negativa de vigência de normas de direito internacional em face das de direito interno. Essa sistemática, inclusive, afronta o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo o qual um Estado-parte não pode descumprir um tratado invocando o direito interno, uma vez que tal dispositivo não faz distinção da matéria disciplinada pelo tratado, do que se conclui que “todo o Direito das Gentes detém primazia hierárquica nas ordens jurídicas internas, e não apenas o Direito Internacional relativo a direitos humanos” (MAZZUOLI, 2018a, p. 87).

Por outro lado, a decisão do STF, além de relevante por elevar a categoria das normas internacionais de direitos humanos não internalizadas sob o quórum legislativo qualificado, em relação ao entendimento anterior da Corte, também acompanhou a tendência mundial de efetivação dos documentos internacionais sobre direitos humanos. Tendência também consolidada quando da internalização da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, de 1969, através do Decreto n. 7.030 de 2009, a qual estabelece, como já dito, que os Estados-parte não poderão, em regra, descumprir tratados invocando normas de direito interno. (LOPES, 2017, p. 13).

Parece que o Constituinte derivado, ao elaborar a EC n. 45 de 2004, deixou clara a opção pela obediência a um rito legislativo específico para que os tratados internacionais sobre direitos humanos ostentassem hierarquia constitucional. Ainda assim, tal hierarquia seria de norma constitucional derivativa, e não originária, como o são as emendas. Normas internacionais que não passaram pelo rígido escrutínio definido para as emendas não poderiam, pois, ostentar igual ou superior hierarquia àquelas que obedeceram ao rito, salvo se reprovadas, pelo Congresso, sob o quórum qualificado. Razoável, pois, seu enquadramento como normas de caráter supralegal, como decidiu o STF. No entanto, tais normas, embora de caráter supralegal, devem ser consideradas como integrantes de um sistema jurídico de proteção normativa dos direitos humanos de dignidade constitucional, dado seu caráter materialmente constitucional, como princípios gerais de direito integrantes de

um bloco de constitucionalidade³, servindo, pois, de parâmetro para a interpretação constitucional e, inclusive, para o controle de constitucionalidade e convencionalidade das normas⁴.

1.2 Síntese dos critérios de interpretação de normas internacionais sobre direitos humanos

Normas internacionais sobre direitos humanos são aquelas que decorrem não só dos tratados internacionais, mas também dos costumes e dos princípios gerais de direito, muito embora será dada atenção especial às primeiras, para os fins do presente trabalho. Em relação a tais normas, é relevante explicitar os seus principais parâmetros hermenêuticos de interpretação e aplicação, em especial os princípios da interpretação *pro homine*, da máxima efetividade, da interpretação autônoma, da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, bem como a interpretação evolutiva e a teoria da margem de apreciação.

Através do Decreto n. 7.030 de 2009, o Brasil promulgou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que traz diversas normas a respeito da interpretação dos tratados. O artigo 31 trata de regras gerais de interpretação e elenca como critério a interpretação de boa-fé, segundo o sentido comum dos termos empregados, e conforme o contexto, o objetivo e a finalidade do tratado. Por contexto, compreende-se tanto o texto, como o preâmbulo e anexos de um tratado. Segundo Ulf Linderfalk (2007, p. 33), para determinar o significado correto do tratado, o aplicador deve fazer o mesmo que qualquer leitor ordinariamente faria para determinar o significado enunciado por qualquer texto. O artigo 32 prevê meios suplementares de interpretação, como os trabalhos preparatórios e as circunstâncias da conclusão de

³ A propósito do bloco de constitucionalidade, aqui mencionado algumas vezes, tem-se como sendo o “conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional”. Tal conceito, inclusive, decorreria do próprio texto constitucional, em seu § 2º do artigo 5º. (LOPES; CHEHAB, 2016, p. 83-84). Marcos Bandeira (2019, p. 27-28) defende que o bloco de constitucionalidade nos países sul-americanos é composto das respectivas constituições, pelos seus preâmbulos, pelos princípios e pelas normas de direito internacional internalizadas que versem sobre direitos humanos, assim, havendo conflito entre uma norma constitucional e uma internacional sobre direitos humanos, deve prevalecer aquela que melhor satisfizer o princípio da interpretação *pro homine*.

⁴ Essa também parece ser a posição de Elival da Silva Ramos (2009, p. 166), da qual não compartilha Ingo Sarlet (2013, p. 111), para quem a diferença entre os tratados equivalentes às emendas e os de caráter supralegal é que “os primeiros passam a integrar o bloco de constitucionalidade”, do que deflui a conclusão de que, para o autor, os últimos não integram o bloco.

um tratado. Há ainda a previsão, no artigo 33, da presunção de que um texto possui o mesmo sentido em todas as línguas em que um tratado tenha sido autenticado.

Mazzuoli (2011a, p. 259) afirma que, nas discussões que culminaram na Convenção de Viena, duas correntes se opuseram, em relação à interpretação dos tratados. De um lado, se queria dar prioridade à busca pela real intenção das partes; de outro, ao significado do texto como objeto da interpretação. Prevaleceu a segunda corrente, uma vez que a Convenção de Viena relegou a análise dos trabalhos preparatórios como meio apenas suplementar de interpretação. Todavia, Mazzuoli (2011a, p. 262) entende que, embora não previstos, outros meios suplementares de interpretação têm lugar, quais sejam: 1) a regra do efeito útil – interpretação de cláusulas ambíguas ou obscuras de modo a conferir maior sentido e eficácia em relação ao objeto do tratado –; 2) a interpretação funcional – interpretação harmônica em relação ao objetivo do tratado –; e 3) a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e a regra *contra proferentem*, segundo a qual obscuridades ou ambiguidades devem levar à interpretação em desfavor da parte que sugeriu a redação da cláusula.

Os tratados podem ser interpretados tanto na esfera internacional quanto na interna de um Estado-parte, ou pela doutrina. No plano internacional, os sistemas de interpretação dos tratados são: interpretação 1) realizada por todas as partes aderentes, em conjunto, por meio de declaração interpretativa ou um novo tratado, o que é chamado de interpretação autêntica ou coletiva; 2) realizada não pelo conjunto de Estados-parte, mas por alguns destes, com eficácia a estes restrita; 3) levada a cabo por órgão judicial internacional externo ou órgão não judicial, mas indicado pelas partes; 4) unilateral, realizada por um Estado-parte e comunicada aos demais, mas sem vinculá-los. Já no plano interno, a interpretação pode ser política ou governamental, quando realizada pelo Executivo, ou jurídica ou judiciária, quando realizada pelo Judiciário. Por fim, a interpretação dos tratados também ocorre no plano doutrinário, embora de menor efetividade quanto à aplicação imediata. (MAZZUOLI, 2011a, p. 263-265).

Sumarizando o processo interpretativo definido na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, por todos, Robert Kolb explica que possui distintas etapas. A regra geral de interpretação é veiculada no artigo 31, § 1. Em seguida, vem o contexto em sentido mais amplo que aquele considerado no § 1, isto é, alguns elementos ligados ao texto que existiam no momento de sua adoção. São os acordos que se

relacionam com o tratado (artigo 31, § 2). Depois, vem o contexto em sentido ainda mais amplo, que são elementos ligados ao texto, mas que surgiram após sua adoção: acordos posteriores relativos à sua interpretação ou práticas subsequentes entre Estados-parte que estabeleçam alguma forma de acordo, ou outras regras de direito internacional aplicáveis (artigo 31, § 3). Finalmente, há os meios suplementares de interpretação, segundo o artigo 32: as circunstâncias relativas às conclusões e aos trabalhos preparatórios podem ser usadas para confirmar ou determinar o significado de uma provisão. A interpretação na forma do artigo 32 pode ser usada quando aquela na forma do artigo 31 leva a resultado ambíguo, obscuro ou manifestamente absurdo ou irrazoável. Em princípio, o artigo 32 tem aplicação subsidiária. Mas o intérprete deve buscar todos os elementos relevantes que expliquem uma provisão. Uma vez que o método complementar do artigo 32 pode sempre ser usado para confirmar o resultado alcançado através do método do artigo 31, é razoável afirmar que, na verdade, não há uma separação impermeável entre ambos os métodos. Flexibilidade prevalece. Uma última etapa interpretativa não é codificada na CVDT. Isso porque as máximas relevantes e argumentos técnicos são comuns a todas as escolas de jurisprudência e não precisam, por isso, ser especificamente codificadas no contexto dos tratados. É o caso, por exemplo, de alguns meios técnicos de interpretação: *a contrario*, por analogia e *a fortiori*. Todas as etapas mencionadas interagem em qualquer processo interpretativo. Os elementos principais para interpretação de tratados estão no artigo 31, § 1: “um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. (KOLB, 2016, p. 135-136).

As normas internacionais de direitos humanos se dirigem à tutela do indivíduo, e não do Estado, ou seja, “o titular dos direitos humanos é, pura e simplesmente, o homem” (BARZOTTO, 2006, p. 245), enquanto o objeto de tais normas “não é um poder, mas o justo, aquilo que é devido, abordado do ponto de vista do sujeito beneficiado” (BARZOTTO, 2006, p. 258). Humberto Henderson (2004, p. 88) afirma que a interpretação deve levar em conta o objeto e o propósito do tratado, e é nesse ponto que se deve atentar que os tratados sobre direitos humanos possuem o escopo de conferir direitos ao homem em face do Estado, e não regular a relação entre os Estados, como faz o direito das gentes.

Daí, conclui-se que toda e qualquer interpretação que se queira dar a tais normas deve ser sempre norteada pela proteção ao indivíduo. Vale dizer, “toda

obrigação internacional de respeito aos direitos humanos não pode ser interpretada restritivamente em prol dos Estados, mas sim em prol do destinatário da proteção internacional de direitos humanos, ou seja, o indivíduo” (RAMOS, 2012, p. 52). Eis em que consiste a interpretação *pro homine* das normas internacionais sobre direitos humanos. Dela se extraem três diretrizes, segundo André de Carvalho Ramos (2012, p. 52-53), quais sejam: 1) necessidade de interpretação sistêmica do ordenamento jurídico internacional sobre direitos humanos; 2) necessidade de interpretação restritiva das limitações de direitos porventura permitidas; e 3) utilização da interpretação *pro homine* no preenchimento de lacunas e omissões das normas de direitos humanos. Já Humberto Henderson (2004, p. 93-95) extrai do princípio *pro homine* três principais formas de aplicação: 1) prevalência da norma mais favorável; 2) conservação da norma mais favorável; e 3) interpretação com sentido tutelar.

Valerio Mazzuoli e Dilton Ribeiro (2016, p. 2) explicam que o princípio *pro homine* não é criação dos doutrinadores de direitos humanos, não é devaneio sem qualquer fundamento ou desconectado da realidade, mas, ao contrário, como resposta ao horror e às atrocidades que aconteceram durante o Holocausto, esse princípio está no núcleo do direito internacional humano do pós-guerra. Nesse sentido, continuam afirmando que instrumentos de direitos humanos, criados pelos próprios estados, estabelecem um sistema centrado na pessoa humana e que tal sistema foi então interpretado e fortalecido pelas cortes internacionais e conceituado e analisado pelos doutrinadores.

Às normas de direitos humanos deve ser dada interpretação que assegure os efeitos que lhes são próprios, afastando-se o caráter meramente programático, de modo a que se incremente a proteção ao ser humano e a aplicabilidade plena das normas (RAMOS, 2012, p. 53). Esta assertiva traduz o princípio da máxima efetividade na interpretação das normas internacionais de direitos humanos. Decorrente deste princípio, tem-se o da interpretação autônoma dos tratados sobre direitos humanos, segundo o qual as normas internacionais podem ostentar conteúdo e sentido próprios, independentes ou mesmo distintos daqueles que eventualmente lhes tenha sido atribuído pelo direito interno. Ou seja, ainda que com correspondência no direito interno, as normas de direito internacional sobre direitos humanos possuem sentido autônomo que deve balizar sua interpretação. (RAMOS, 2012, p. 55). Há ainda a possibilidade de termos dotados de subjetividade ou mesmo de definição volátil serem interpretados de acordo com o contexto de cada época, o que se convencionou chamar

de interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos, segundo o qual estas normas internacionais devem ser interpretadas à luz do sistema jurídico vigente quando da aplicação da norma (RAMOS, 2012, p. 55).

Outro parâmetro interpretativo das normas de direito internacional sobre direitos humanos é o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, o qual tem por escopo, ante o surgimento de diversas e variadas convenções internacionais, evitar que normas com menor grau de proteção ao ser humano sejam utilizadas em detrimento de outras que melhor salvaguadem o escopo do direito internacional humano. Noutros termos, “nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional”. Havendo conflito, este resolve-se pela aplicação da norma mais favorável ao indivíduo, ainda que se trate de norma de direito interno prevalecendo sobre norma de direito internacional. (RAMOS, 2012, p. 56).

Há ainda a teoria da margem de apreciação, que deve ser cautelosamente aplicada, vez que prega o afastamento da jurisdição internacional de determinadas discussões relativas a restrições estatais impostas a direitos tutelados, para que a solução seja dada no âmbito da jurisdição interna (RAMOS, 2012, p. 57). É importante alertar para o perigo de que a adoção indiscriminada de tal teoria possa servir para a tentativa de relativização dos direitos humanos, razão pela qual tem sofrido críticas doutrinárias (RAMOS, 2012, p. 60-61). André de Carvalho Ramos (2012, p. 61) sustenta que “a subsidiariedade da jurisdição internacional, em face da jurisdição nacional, significa apenas que o próprio Estado, por meio de seus recursos internos, deve assegurar o respeito aos direitos humanos” e, caso fracasse, “pode a vítima aceder aos mecanismos internacionais”.

Ainda sobre a teoria da margem de apreciação, tem-se que ela visa à conciliação de eventuais conflitos que surjam em razão do caractere universal dos direitos humanos e as especificidades de cada Estado-parte, de modo a permitir que os tribunais locais avaliem essas questões pertinentes à identidade cultural (LOPES; SANTOS JUNIOR, 2018, p. 39). É necessário cuidado, todavia, para que este permissivo não acabe por possibilitar a aplicação discricionária das normas dos tratados pelos Estados-parte (LOPES; SANTOS JUNIOR, 2018, p. 42), sendo relevante a delimitação de parâmetros mais precisos de aferição do conteúdo das normas, pois a pluralidade de ordens jurídicas internas “não deve servir como

justificativa para a denegação de direitos, principalmente quando estão em jogo os direitos das minorias” (LOPES; SANTOS JÚNIOR, 2018, p. 43-44). Sobre a necessidade de equilibrar essa equação, Andréia Costa (2017, p. 59-60) afirma que privilegiar ou a resolução pelas cortes nacionais ou pelas internacionais, “acirra ainda mais as divergências, deslegitima a pluralidade do sistema jurídico multinível, traz maior risco de rechaço das jurisprudências internacionais ou de recepção acrítica dos padrões interamericanos em nível nacional”, sendo necessária a “adoção de um enfoque multidirecional que estabeleça uma relação de reciprocidade e de respeito entre as cortes nacionais constitucionais” e as internacionais.

1.3 Sobre o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição: natureza, posição no nosso ordenamento, titularidade e conteúdo

O texto constitucional estabelece, em seu artigo 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e, em seu artigo 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A estes dispositivos, e ao próprio regime democrático adotado pela Constituição, é que a doutrina⁵ costuma atribuir o fundamento do direito ao duplo grau de jurisdição, que seria, sinteticamente, o direito que as partes, dentro de um processo, têm de ter a causa revisada por um juiz, órgão ou tribunal funcionalmente superior dentro da organização judiciária. É “decorrência da necessidade humana de inconformismo diante da contrariedade, buscando a reavaliação do caso em diversa instância”⁶ (NUCCI, 2010, p. 365). Não há, pois, expressa previsão constitucional a respeito do duplo grau de jurisdição enquanto direito fundamental.

⁵ Cf. Rogério Lauria Tucci (2002, p. 213), Djanira Maria Radamés de Sá (1999, p. 100), Rogério Schietti Machado Cruz (2002, p. 49), Luiz Flávio Gomes e Valerio Mazzuoli (2013, p. 142-43) e Flávia Piovesan, Melina Fachin e Valerio Mazzuoli (2019, p. 152-153).

⁶ O inconformismo humano diante da negativa de um direito que se crê possuir é matéria digna de trabalho próprio, na seara científica adequada. Fato é que, ao se possibilitar que a pessoa tenha sua causa revisada, se trabalha em prol da pacificação das relações sociais pela redução, ainda que em parte, de tal inconformismo. É inegável que uma decisão afirmada e reafirmada ostenta maior legitimidade. E, quando se trata de matéria que acarreta privação de liberdade, nunca é demais perseguir a maior legitimação possível das decisões judiciais. Neste sentido, Casara (2009, p. 498) afirma que “o inconformismo é da própria natureza humana” e que o duplo grau “busca satisfazer essa necessidade humana de ver sua pretensão insatisfeita reexaminada”.

Não se descarta da discussão a respeito da qualidade do duplo grau de jurisdição – e de outros –, se direito fundamental, se garantia. Até entende-se que o duplo grau seria uma garantia fundamental que visa à instrumentalização de direitos fundamentais como o da manutenção do estado de liberdade. Todavia, o presente trabalho não se propõe a adentrar nestas conceituações, por fugir ao seu objetivo central. Outrossim, a diferenciação dos conceitos não se revela imprescindível para a consecução do presente trabalho, isto é, haja um direito ao duplo grau de jurisdição ou haja uma garantia, as hipóteses, o desenvolvimento e as conclusões do trabalho não se alterarão. Deste modo, os termos direito e garantia serão utilizados sem maiores rigores formais, como sinônimos, atentando-se para a posição de Ingo Sarlet (2017, p. 24), que não vê diferença entre os termos, sob o seguinte aspecto:

Por derradeiro, é preciso esclarecer que do ponto de vista de sua condição de direitos fundamentais no sentido ora sustentado, não existe diferença entre direitos e garantias, pois embora o termo garantias assuma uma feição de caráter mais instrumental e assecuratório dos direitos, como é o caso, de modo especial, das garantias processuais materiais (devido processo legal, contraditório) e das assim chamadas ações constitucionais, em verdade se trata de direitos-garantia, pois ao fim e ao cabo de direitos fundamentais.

Analisando-se apenas o texto constitucional, soaria razoável a conclusão de que um processo legal devido e o contraditório são direitos comuns a todas as partes dentro de um processo, inclusive no penal. A menção a “acusados em geral” como titulares do direito ao contraditório e ampla defesa parece ser decorrente do fato de que, no processo penal, a acusação é quem primeiro fala, ao imputar o fato criminoso a outrem, o qual, por sua vez, deve necessariamente contraditar a imputação. Tal não importa dizer que o direito ao contraditório não exista para a acusação, pois, do contrário, criar-se-ia uma relação processual desarmônica, não paritária, em que o órgão acusador, por exemplo, sequer poderia contrarrazoar um recurso da defesa.

Parte da doutrina também encontra fundamento constitucional para o duplo grau de jurisdição nas normas constitucionais que preveem a organização e as competências da Justiça, em suas diversas instâncias – artigos 92, 93, III e 108, II, todos da Constituição (TOURINHO FILHO, 2013, p. 97-98). Neste sentido, se diz que “é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chama jurisdição superior” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 1996, p. 23). Estaria implícito, pois, “principalmente porque a Constituição organiza as instâncias superiores, com o fito de revisar as decisões judiciais” (CASARA, 2009, p. 499). André Ramos Tavares (2000, p. 177) adverte que, embora certo que a

Constituição preveja a divisão do Judiciário em instâncias e graus diversos e a existência de recursos, “deste conjunto normativo referido não surge, como pretendem alguns autores de renomada, o chamado duplo grau obrigatório de jurisdição enquanto princípio constitucional amplo”.

Aury Lopes Júnior (2017, p. 965) pontua que “ainda que existam algumas bem-intencionadas tentativas de extrai-lo de outros princípios da Constituição, não foi o duplo grau expressamente consagrado pela Carta de 1988”, discussão que, contudo, “perdeu muito de seu fundamento” em razão da promulgação do Pacto de São José da Costa Rica. Há pelo menos dois importantes tratados internacionais sobre direitos humanos, devidamente internalizados na ordem jurídica interna, que preveem expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição. Estes é que são “o principal motivo para que se sustente o relevo constitucional do duplo grau de jurisdição” (VASCONCELLOS, 2014, p. 227).

Não obstante a discussão a respeito do fundamento constitucional do duplo grau de jurisdição, afigura-se razoável tê-lo como direito constitucional implícito decorrente não só de diversos dispositivos constitucionais, como a ampla defesa, o devido processo legal, bem como da própria estruturação do Poder Judiciário, mas, também, de forma mais abrangente, do regime democrático e do sistema garantista aberto que a Constituição claramente adota, como defende Marina Santos (2012, p. 133-155). As normas internacionais sobre direitos humanos, com caráter supralegal, não apenas deram concretude ao direito que está implícito no ordenamento constitucional brasileiro, mas promoveram verdadeira integração do ordenamento, uma vez que são normas materialmente constitucionais integrantes do bloco de constitucionalidade brasileiro. Vale dizer: não há qualquer antagonismo entre as teses do fundamento constitucional implícito e a da previsão supralegal do direito ao duplo grau de jurisdição; do contrário, são complementares.

O já mencionado Pacto de São José da Costa Rica – ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos –, de 1969, promulgado pelo Decreto n. 678 de 1992, estabelece como garantia judicial mínima, em seu artigo 8.2.h, que toda pessoa tem direito “de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Já o PIDCP, de 1966, promulgado pelo Decreto n. 592 de 1992, prevê, em seu artigo 14.5, que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. De ambas as normas

internacionais é possível extrair algumas conclusões, tanto com base no sentido dos próprios tratados, como nos princípios *pro homine* e da máxima efetividade.

Primeiramente, se trata de direito titularizado pelo acusado no processo penal. O artigo 8 da CADH é todo voltado à proteção dos acusados de delitos. Embora o dispositivo em questão apenas mencione “toda pessoa”, “esta pessoa referida é exatamente o acusado” (PRADO, 2010a, p. 42). Neste sentido, Julio Maier (1999, p. 708) afirma que a regra faz alusão, em princípio, ao acusado de um delito, à sentença condenatória. Já o artigo 14.5 do PIDCP é claro a conferir esta garantia a “toda pessoa declarada culpada por um delito”, bem como estatuir que ela se dá em função da “sentença condenatória e da pena”. Jaques Penteadó (2006, p. 64) pontua que esta redação “consagra o princípio do duplo grau de jurisdição para o acusado, e não se vislumbra igual faculdade ao acusador”. Ademais, se tratam de tratados sobre Direitos Humanos, cujo objetivo maior é tutelar a dignidade e a liberdade humanas e atuar “como limitação ao poder punitivo estatal” (VASCONCELLOS, 2014, p. 228).

Em segundo lugar, é possível concluir que tal direito pode ser exercitado em função de qualquer decisão com caráter de condenação criminal, proferida em qualquer instância. Conquanto haja a menção a “sentença” ou “sentença condenatória”, o que poderia levar a crer que se tratasse apenas de decisão monocrática, por exemplo, e não de acórdão, resta clara a conclusão de que o termo sentença está utilizado em seu sentido amplo, no sentido de decisão *lato sensu*. É o que se extrai da redação original de ambos os tratados, tanto na língua inglesa como na espanhola. Enquanto a CADH menciona os termos “judgment” e “fallo”, respectivamente em inglês e espanhol, o PIDCP menciona “conviction” e “fallo condenatorio”. Os termos empregados em língua inglesa se referem, respectivamente, a julgamento e condenação. O utilizado em espanhol pode significar tanto sentença, como decisão ou julgamento⁷. Giacomolli (2014, p. 297) partilha desse entendimento, ao afirmar que “o acórdão condenatório, nas duas situações referidas [provisamento de recurso contra absolvição ou julgamento originário perante tribunal], equivale a uma sentença penal condenatória, devendo receber o mesmo tratamento”. Jaques Penteadó (2006, p. 65) vai além e entende que a CADH, por se referir apenas à sentença, consagra o direito ao duplo grau mesmo em face de sentenças absolutórias, com o fim de lhes alterar o fundamento da absolvição.

⁷ <https://www.linguee.com.br/espanhol-portugues/traducao/fallo.html>.

Terceiro, também se pode concluir que a revisão judicial da condenação não necessita ser levada a cabo por um órgão colegiado, mas sim por qualquer autoridade investida de jurisdição funcionalmente superior – com poder de revisão – à daquela que prolatou a decisão condenatória. Na redação dos tratados em língua inglesa e espanhola há menção aos termos “higher court” e “juez o tribunal superior”, no Pacto de São José da Costa Rica, e “higher tribunal” e “tribunal superior”, no PIDCP. Assume-se que a menção a corte ou tribunal superior apenas se refira à instância revisora, que necessariamente deve ter poder jurisdicional de revisão. No entanto, não há nenhuma obrigatoriedade a que a decisão revisora seja prolatada por um colegiado de juízes ou por órgão judicial de superior hierarquia, o que dependerá da organização judiciária interna de cada Estado-parte. Como dito, não há obrigatoriedade a que a autoridade revisora seja hierarquicamente superior, mas apenas a que o órgão fracionário da jurisdição que ela integre tenha poderes de instância revisora. Neste sentido, “considera-se ‘superior’ aquele que tem poder de corrigir e alterar a sentença impugnada, sendo fundamental a distinção em relação ao seu emissor” (VASCONCELLOS, 2014, p. 222). André Ramos Tavares (2000, p. 179) também sustenta que, “para caracterizar-se o duplo grau de jurisdição”, não se exige “uma revisão da causa por órgão de instância superior”, mas, “apenas que se trate de outro órgão ou juízo”. Giacomolli (2014, p. 292) afirma que o duplo grau “não se vincula à apreciação necessária e obrigatória da inconformidade por um órgão unipessoal ou colegiado hierarquicamente superior”, mas “com poder funcional superior, com entidade suficiente para revisar a decisão impugnada, distinto do primeiro decisor”. Não haveria, portanto, uma relação de inferioridade ou superioridade, necessariamente, mas apenas de julgador e revisor (GIACOMOLLI, 2014, p. 292). Sobre o assunto, Alberto Binder se posiciona (2003, p. 223) no sentido de que a interpretação mais acurada é aquela da própria CorteIDH, segundo a qual o direito ao duplo grau de jurisdição deve dar azo a um dispositivo de efetivo controle da decisão judicial por um julgador distinto com poderes de revisão, o qual não pode ser meramente declaratório, sendo este o sentido da exigência de juiz ou tribunal superior, não um sentido fundado em hierarquia, mas em poder.

Por fim, deve-se pontuar que a revisão da condenação, em atenção ao princípio da máxima efetividade, deve ser ampla, abarcando o reexame de fatos e provas e todos os pontos da condenação, da pena aplicada e de seus efeitos acessórios. Vale dizer, que “o direito ao duplo pronunciamento” é “o direito a um recurso efetivo”, como,

inclusive, previsto no artigo 8 da Declaração Universal de Direitos Humanos (PAULA, 2017, p. 189). Portanto, “para que se possa falar em duplo grau de jurisdição, é preciso que o órgão *ad quem* realize integralmente o reexame da matéria apreciada pelo juízo *ad quo*” (CAZELATTO; LEME, 2020, p. 6.413). Recursos que não possibilitem reavaliação de matéria fático-probatória ou que possuam efeito devolutivo restrito não satisfazem a exigência do direito ao duplo grau de jurisdição. Só a ampla reavaliação dos fatos imputados ao acusado, que deflagraram a persecução penal em juízo, e das provas que supostamente sustentam a imputação, é capaz de satisfazer o requisito de revisão da condenação. Não pode haver meia revisão, ou revisão parcial. Tudo o que possa ser avaliado com capacidade para alterar a conclusão da autoridade emissora da decisão recorrida, deve sê-lo. Neste sentido, André Ramos Tavares (2000, p. 183) defende que “não é suficiente, para que se caracterize o duplo grau de jurisdição, que haja a possibilidade de análise da causa por outro juízo”, sendo também “necessário que ocorra a devolução de toda a matéria objeto da demanda à apreciação do segundo juízo”, de modo que “esta devolução há, pois, de ser integral”. Em semelhante sentido, Tourinho Filho (2013, p. 99) afirma que a existência dos recursos especial e extraordinário “não significa tenhamos um triplo grau de jurisdição, mesmo porque o STF e o STJ não examinam, nesses recursos, matéria fática. “O duplo grau obriga o órgão *ad quem* a examinar matéria fática e jurídica” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 99). Nereu Giacomolli (2014, p. 291) entende que “o direito ao duplo pronunciamento vincula-se à possibilidade de revisão do juízo acerca da matéria fática e jurídica a ela afeta e não somente da jurídica, sob pena de limitação desse direito”. Vinícius Gomes de Vasconcellos (2014, p. 231) sintetiza a questão:

(...) A partir das premissas já apresentadas, pode-se concluir que o controle referido exerce-se em relação ao poder punitivo estatal, ou seja, o recurso adquire um patamar fundamental na legitimação da condenação. E aqui está o núcleo do duplo grau de jurisdição: não a uniformização da jurisprudência no país, nem a simples revisão da condenação (que poderia ser realizada pelos pares do julgador em um órgão colegiado), mas sim a possibilidade de questionamento e refutação da fundamentação de veredicto que intenta macular a presunção de inocência. E, por óbvio, tal questionamento só se realiza com a admissão de uma manifestação do acusado em momento posterior ao pronunciamento judicial, por meio de um recurso que autorize a revisão plena do julgado. Assim, resguarda-se diversos pressupostos do devido processo legal, como a essencialidade da motivação da decisão e sua publicidade. Ou seja, o direito ao recurso da condenação consagra-se como uma garantia do acusado no processo.

Julio Maier (1999, p. 712-721) sumariza as premissas extraídas de ambos os textos convencionais, afirmando que: 1) a garantia abrange tanto o condenado

penalmente como aquele que, apesar de absolvido, seja submetido a alguma medida de segurança ou de correção; 2) a garantia conduz necessariamente à obrigatoriedade de uma dupla conformação judicial, se o condenado a postula, para que haja a execução de uma pena; 3) para efetivação do direito, necessário que o recurso da sentença condenatória permita reexaminar o acerto de todos os atos procedimentais que se seguiram até a sentença e do cumprimento de suas formalidades, das conclusões do juízo sentenciante sobre o conteúdo destes atos e todas as premissas para aplicação do direito no qual se funda a condenação.

Feitas tais considerações, e levando em conta que nenhum dispositivo Constitucional contrasta com o direito ao duplo grau de jurisdição como ora posto nas normas internacionais sobre direitos humanos, tem-se que as normas constitucionais devem ter interpretação conforme aos tratados de direitos humanos, pois, embora de caráter supralegal – segundo a jurisprudência do STF –, o direito ao duplo grau de jurisdição integra o bloco de constitucionalidade brasileiro, eis que possui natureza materialmente constitucional. Neste sentido, Vasconcellos (2014, p. 229) conclui “que o duplo grau de jurisdição tem força constitucional material”, com base nos artigos 8.2.h da CADH e 14.5 do PIDCP, combinados com § 2º do artigo 5º da Constituição, “pois trata-se de direito fundamental previsto em tratados internacionais que possuem o Brasil como parte”. No mesmo sentido Aragão (2009, p. 175) sustenta, em razão da cláusula de abertura do § 2º do artigo 5º da Constituição, que “o duplo grau de jurisdição possui *status* constitucional e natureza de direito fundamental”, “sendo irrelevante se o constituinte reformador incluiu a garantia no art. 5º da Constituição para sua plena eficácia, pois tais direitos possuem aplicabilidade imediata nos termos do § 1º do próprio art. 5º”.

Pode-se, então, definir o duplo grau de jurisdição como direito fundamental titularizado pelo acusado em um processo penal, de caráter supralegal, mas materialmente constitucional e integrante do bloco de constitucionalidade, cujo âmbito de proteção reside no direito de o acusado ter a sua condenação amplamente revista por um órgão jurisdicional com poderes de revisão distinto do que prolatou a decisão recorrida. O núcleo essencial de tal direito, portanto, é o “recurso de uma decisão penal condenatória” (GIACOMOLLI, 2014, pp. 297). Para Ferrajoli (1996, p. 447), o duplo grau é tanto uma garantia de legalidade como de responsabilidade contra a arbitrariedade. Hugo Passos (2018, p. 187) define que o duplo grau se constitui na “necessidade do duplo juízo ser realizado por órgão diverso daquele que prolatou a

decisão e a exigência que a reapreciação considere todas as questões já discutidas, sem limitações”, ressaltando que não há necessidade de hierarquia superior entre o órgão revisor e o revisado.

Não se desconhece, contudo, posição segundo a qual o direito ao duplo grau de jurisdição é restrito às hipóteses já previstas na Constituição de cabimento de recursos de mérito – o ordinário e as apelações para instância imediatamente superior. Esta seria a tese sufragada pelo STF no julgamento do RHC n. 79.785, em 2002, quando se assentou a prevalência da Constituição sobre o artigo 8.2.h da CADH, ao argumento de que haveria antinomia da cláusula convencional. Assim, “o próprio modelo jurisdicional positivado na Constituição afasta a possibilidade de aplicação geral do princípio do duplo grau de jurisdição”. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 444-446). Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012, p. 446) pontuam que haveria comprometimento do princípio constitucional da soberania, caso se permitisse uma extensão tal da dogmática dos direitos fundamentais, que instituísse graus de jurisdição que a Constituição não previu, através de tratados ou convenções de direito internacional.

Ainda sobre a aplicação da previsão convencional do direito ao duplo grau de jurisdição, o STF, julgando questão de ordem na Ação Penal n. 470, o paradigmático caso do Mensalão, decidiu que o julgamento conjunto de todos os acusados originariamente no STF, por aplicação da regra processual penal da conexão, não viola a cláusula convencional, indeferindo a questão de ordem em que a defesa postulava o desmembramento do processo em relação aos réus que não gozavam de foro por prerrogativa de função junto ao STF. Mazzuoli (2015, p. 65) alerta que, diferentemente do sistema regional europeu de direitos humanos, o sistema interamericano não excepciona o direito ao duplo grau em razão de processos instaurados originariamente na última instância, demonstrando que “a garantia do duplo grau apresenta-se como absoluta (não contém qualquer exceção)”.

Canotilho (1993, p. 653 e 760) reforça que “o Tribunal Constitucional [português] tem entendido que o direito de acesso aos tribunais não garante, necessariamente, e em todos os casos, o direito a um duplo grau de jurisdição”, e que este não ostenta dignidade constitucional de princípio. Manfred Wolf (*apud* CANOTILHO, 1993, p. 653) defende que “o direito a um duplo grau de jurisdição não é, *prima facie*, um direito fundamental, mas a regra (...) é a da existência de duas instâncias quanto a matérias de facto e de uma instância de revisão quanto a questões

de direito”. No entanto, Canotilho (1993, p. 760) reconhece que, embora não constitucionalizado, há uma “tendencial generalidade de controlo dos actos jurisdicionais, quer assegurando às partes os meios de impugnação adequados, quer impondo ao Ministério Público o dever de recorrer *ex officio* de certos actos judiciais”.

Não obstante tais ponderações, não se vislumbra antinomia alguma entre o direito ao duplo grau de jurisdição, como previsto nos dois tratados internacionais já referidos, e o texto da Constituição. Esta, quando previu a existência de recursos, fê-lo por ocasião da repartição de competências nas instâncias ordinária e extraordinária, e não disciplinando a ritualística penal. Vale dizer, a Constituição não se propôs a exaurir a matéria recursal penal, mas apenas a repartir competências e organizar estruturalmente a jurisdição. Do contrário, assim como não haveria lugar para que os tratados ampliassem o espectro de cabimento recursal, também não haveria lugar para que o legislador o fizesse, mormente quando aqueles são hierarquicamente superiores à lei ordinária, em face da tese da supralegalidade dos tratados, adotada pelo próprio STF. Assim, não haveria de se falar em recursos como recurso em sentido estrito ou os embargos infringentes, dentre outros previstos apenas na legislação ordinária. Ademais, em momento algum, do conteúdo do direito ao duplo grau se vislumbra a necessidade de criação de um terceiro grau de jurisdição, como aduzem em tom crítico Mendes e Branco (2012, p. 446), mas tão somente implica a necessidade de revisão de condenações, a qual pode se dar no mesmo grau de jurisdição, inclusive.

Quanto ao caráter de direito fundamental do duplo grau de jurisdição, parece não haver dúvida de que se trata efetivamente de direito titularizado pelo acusado no processo penal, pois assim é expressamente previsto nos pactos internacionais assinados e promulgados pelo Brasil com *status* de norma supralegal. E, em não se opondo a qualquer norma constitucional, como já dito, integra o plexo de direitos fundamentais do acusado no processo penal. Todavia, tal direito não implica na adoção da regra de recorribilidade de toda decisão judicial, mas apenas que o acusado tem o direito subjetivo – o qual pode optar por exercitar ou não – de ter sua condenação revista de maneira ampla por órgão jurisdicional distinto do que emitiu a condenação.

2 CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

Estabelecidos a posição e o conteúdo do direito ao duplo grau de jurisdição, passar-se-á à análise de como ele é concretizado no direito interno brasileiro, a partir da disciplina legal vigente e especificamente em face dos princípios do juiz natural e da identidade física do juiz, da regra do foro por prerrogativa de função, da vedação à dupla persecução penal, da soberania dos veredictos do Júri e da possibilidade de apelação acusatória, inclusive em face dos veredictos absolutórios proferidos pelo Tribunal do Júri.

2.1 Duplo grau de jurisdição e os princípios do juiz natural e da identidade física do juiz

A Constituição, em seu artigo 5º, estabelece em vários incisos o denominado princípio do juiz natural. Tem-se a garantia de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (LIII), de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (LXI), e de que “não haverá júízo ou tribunal de exceção” (XXXVII). No mesmo sentido, a CADH, em seu artigo 8.1, dispõe que “toda pessoa tem direito a ser ouvida (...) por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela”.

Muitos se posicionam no sentido de que a CADH é mais abrangente que a Constituição, ao prever a necessidade de anterioridade das regras que fixam a competência, o que não seria exigência contida no texto constitucional, a exemplo de Gustavo Badaró (2014, p. 88) e Sylvia Steiner (2000, p. 113). Todavia, ao vedar expressamente a existência de juízes ou tribunais de exceção, acredita-se que a Constituição previu o critério da anterioridade, pois uma das características basilares dos tribunais ditos de exceção é justamente a sua instituição *ex post factum*. Essa também parece ser a posição de Schneider (2011, p. 104), para quem, na Constituição de 1988, “o princípio é recepcionado em sua integralidade”, e de Gomes e Mazzuoli (2013, p. 106), os quais defendem que “a proibição constitucional quer evitar que a lei

crie órgãos ou juízos para decisão *ad hoc* de determinadas causas”, vedada a constituição de juízos *post factum*. E, ainda que a Constituição não previsse a exigência de anterioridade, a norma da CADH, como explicado no capítulo anterior, integra o bloco de constitucionalidade brasileiro, ademais de ser norma supralegal que com a Constituição não conflita, mas complementa.

Tal garantia judicial é comumente associada como uma garantia do acusado no processo penal, de que será julgado apenas por autoridades competentes de acordo com normas previamente estabelecidas, evitando-se assim a designação casuística de julgador para atuar em determinado caso concreto, ou seja, juízo de exceção. Também se associa o juiz natural como uma garantia de independência funcional do magistrado, cuja competência jurisdicional não será alterada também de maneira casuística. Há uma tendência a se observar o princípio do juiz natural sob a ótica de uma garantia processual penal, no sentido de que as regras de competência devem ser observadas e previamente estabelecidas, para se garantir a imparcialidade e a independência do juízo, assegurando-se ao acusado um julgamento justo.

Ada Grinover (1983, p. 11) afirma que “a imparcialidade do juiz, mais que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial”, o que erige o princípio do juiz natural a verdadeiro pressuposto de existência do juízo, “núcleo essencial da função jurisdicional”. Para a autora (GRINOVER, 1983, p. 28), tal princípio encerra dupla garantia: “a proibição de juízes extraordinários” e de “subtração do juiz constitucionalmente competente”. Já para Ferrajoli (2006, p. 543) seriam três as proibições impostas: de constituição de juízes *ex post factum*; de derrogação ou disponibilidade de competências; e de juízes extraordinários ou especiais.

Em uma análise inicial, e sob essa ótica eminentemente processual, não haveria incompatibilidade entre o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, seja pelo acusado ou pelo acusador, e o princípio do juiz natural, uma vez que o órgão julgador em grau recursal é constituído segundo regras de competência previamente estabelecidas e conhecidas pelas partes desde o início do processo.

No entanto, é necessário observar que a garantia do juiz natural é das mais caras no processo penal, sendo um divisor entre os Estados de Direito e os Totalitários, na medida em que garante a legitimidade da aplicação das sanções penais através de um processo penal justo e imparcial, levado a cabo por julgadores previamente constituídos, com garantia de independência funcional. E, dada a

dimensão de tal princípio, não pode ser analisado meramente sob um ponto de vista formal, que não oferece efetiva proteção a todos os acusados em um processo penal que se desenvolve de maneira seletiva, atingindo com maior frequência e rigor a camada empobrecida da população (PRADO, 2010a, p. 37-38). Necessário então que se reflita – e se desenvolva – sobre a natureza substancial do juiz natural. Badaró (2014, p. 84) entende que a CADH abrangeu tanto o aspecto formal – a exigência do juiz competente – como o aspecto material – a exigência de estabelecimento da competência com anterioridade ao fato. Crê-se, contudo, que ambos os aspectos se tratam, na verdade, de característica formal, sendo a material mais abrangente, como se passa a expor.

Da vertente substancial do juiz natural extrai-se o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual o juiz natural para julgar o acusado no processo penal é aquele que tem contato com a prova produzida pelas partes durante a instrução processual, sob o crivo do contraditório. Tal conclusão decorre do fato de ser o juiz o destinatário final da prova. Isto é, “as partes produzem prova para aquele juiz, a quem tentam convencer” (PRADO, 2010a, p. 38). E, por contato, entende-se a efetiva presença do magistrado no momento em que a prova foi produzida, dada a importância que a oralidade assume no processo penal. Definindo o conteúdo do princípio em questão, Santoro (2013) afirma:

A identidade física do juiz não tem qualquer suporte nos direitos da personalidade/infalibilidade do juiz ou coisa que o valha, mas na observância das garantias de que o julgador se tenha colocado em contato direto com as testemunhas, uma relação visual que permita a compreensão cênica com participação ativa das partes, evitando, na medida do possível, que o julgamento se transforme em atos de preconceito e/ou de revelação divina.

Neste sentido, o § 2º do artigo 399 do CPP estabelece que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. A própria CADH, embora regulando o rito dos julgamentos da CortelDH, dispõe, em seu artigo 54.3, que, embora seus juízes possuam um mandato de seis anos, “continuarão funcionando nos casos de que já houverem tomado conhecimento e que se encontrem em fase de sentença e, para tais efeitos, não serão substituídos pelos novos juízes eleitos”.

A identidade física do juiz tem especial relevância quando a CADH estabelece, no âmbito do mesmo dispositivo que consubstancia o princípio do juiz natural, que o acusado deve ser ouvido pelo juiz competente para julgá-lo. O direito de ser ouvido, vertente do direito à ampla defesa na modalidade da autodefesa, deve ser exercitado, para consecução do princípio do juiz natural, portanto, perante o juízo competente

para julgar o feito. Isto é, a observância do princípio do juiz natural pressupõe a obediência ao princípio da identidade física do juiz, o qual integra, pois, a dimensão substancial, ou material, daquele princípio. Em outras palavras, “o princípio do juiz natural nunca poderá ser desvinculado da pessoa do juiz”, ou ficará “totalmente esvaziado” (PRADO, 2010a, p. 38).

Neste sentido, Rocha (2006, p. 5) pontua que “a eficácia plena da garantia do juiz natural somente se instrumentalizará se o julgador que prolatar a decisão final (...) tiver participado do interrogatório do acusado, da colheita da prova testemunhal, enfim dos atos de instrução”. Flavia Hill (2009, p. 162) acrescenta que tal vinculação se dá em razão de haver “impressões e conclusões a serem extraídas do depoimento oral que somente seriam plenamente perceptíveis pelo próprio magistrado que esteve pessoalmente na presença do depoente”, as quais não seriam perceptíveis por uma mera leitura posterior de depoimentos reduzidos a termo ou gravados, concluindo que, “para que a prova oral produzida em audiência tenha extraído o seu máximo potencial probatório, necessário se faz que o mesmo magistrado que a colheu também prolate a sentença”. Ibáñez (2006, p. 5) sintetiza a questão:

(...) o essencial do processo se cifra na relação direta do juiz com as fontes pessoais de prova, que na experiência do processo criminal são muitas vezes as únicas e, em geral, as de maior rendimento. E, ademais, vigente o princípio da livre convicção, não existiria outro *modus operandi* possível, posto que o julgador deve formar convicção com materiais de primeira mão, em virtude de uma apreciação personalíssima.

A identidade física do juiz conecta-se umbilicalmente, pois, com os princípios da imediação e da audiência: do primeiro decorre a imposição de contato direto do julgador com as partes e com as provas por elas produzidas nos autos, já que é ele o destinatário final da prova; do segundo, o direito de as partes serem ouvidas pelo juiz que sentenciará o feito (GUARAGNI; GUIMARÃES, 2013, p. 151-155). Quanto a isto, Geraldo Prado (2010b, p. 278-279) diz que “ambas as situações devem estar presentes para que o resultado do processo tenha fidelidade mínima à realidade dos fatos”, concluindo que “a identidade física do juiz deve ser categoria jurídica deslocada do campo dos estudos relativos ao procedimento, para incorporar-se ao princípio do Juiz Natural”, como um subprincípio que o integra (PRADO, 2010a, p. 40).

A reforma processual penal ocorrida em 2008 positivou essa ideia, não só quando determinou que o juiz que presidisse a instrução julgasse o feito, mas também ao privilegiar a oralidade, instituindo uma audiência una de instrução e julgamento, com debates orais. Nunes (2006, p. 130) entende que “o modelo de um processo oral,

concentrado e imediato (...) requisita um juízo de única instância, uma vez que o duplo grau dificulta a manutenção dos resultados das provas”. Maier (1999, p. 657) afirma que a regra da oralidade implica, em geral, que o debate levado a cabo na instrução processual ocorra de maneira ininterrupta com a presença das mesmas partes durante todo o tempo, inclusive do juiz que deverá proferir sentença.

O que se observa na prática, contudo, é um certo desprezo pela importância da identidade física do juiz, seja pela não implementação dos esforços burocráticos cartorários necessários para que a audiência de instrução e julgamento realmente ocorra de forma una, evitando seu fracionamento, seja pela usual conversão dos debates orais em alegações finais escritas, seja pelas reiteradas decisões dos tribunais superiores mitigando a exigência de julgamento pelo juiz que presidiu a instrução, ao aplicar o artigo 132 do CPC de 1973 ao processo penal. A este respeito, com o advento do novo CPC, em 2015, não há norma correlata a do antigo artigo 132, razão pela qual defende Gabriel (2018, p. 7) que só se poderia mitigar a identidade física do juiz em razão da garantia da razoável duração do processo, em casos de licença ou afastamento prolongado, promoção para instância diversa, aposentadoria ou morte.

Ocorre que a oralidade, instituída com o fim de assegurar o princípio da identidade física do juiz, e, portanto, o próprio princípio do juiz natural, na visão ora defendida, não está presente no julgamento de recursos, em que a produção probatória não é reproduzida, realizando os revisores praticamente uma mera interpretação dos textos produzidos na instância que lhes antecedeu, sem a participação efetiva das partes. Mesmo o argumento oral das partes por ocasião do julgamento de recursos não satisfaz a exigência, vez que nem todos os recursos admitem sustentação oral, e, nos que admitem, esta se dá usualmente em dez ou quinze minutos, a depender das normas regimentais de cada tribunal, sendo absolutamente incipiente a atividade probatória exploratória pelas partes. Penteado (2006, p. 131) adere a esta crítica, somando à “pouca ocorrência de sustentações orais, a sua natureza meramente expositiva, ... e a troca da produção das provas orais em face do julgador de segunda instância pelos meros registros daqueles elementos ... colhidos no primeiro grau”, um outro problema: o de que, por vezes, os demais julgadores do órgão colegiado, que não o relator do processo, sequer acessam os autos para analisá-los previamente à sessão de julgamento.

Vasconcellos (2019, p. 255) chama atenção para essa problemática de haver um sistema oral no primeiro grau e um sistema escrito em grau recursal, “o que acarreta também a desconsideração da imediação entre o julgador e a prova nos casos de reavaliação de depoimentos orais”. Pontua ainda o autor (2019, p. 257-258) que a oralidade não se resume à mera preponderância de um procedimento falado ao escrito, mas acarreta uma necessidade de estruturação do processo penal de acordo com pelo menos três princípios-consequência da oralidade: a publicidade, a imediação e a concentração.

Vasconcellos (2019, p. 266-267) adverte, contudo, para o cuidado que se deve ter para se evitar uma interpretação radical da imediação, a ponto de tornar a decisão judicial algo pautado não por um procedimento racional, mas “fruto de um processo psicológico intuitivo”, o que redundaria num fortalecimento do decisionismo. Assim, propõe que a necessidade de observância do princípio da imediação decorre não da necessidade de que o julgador perceba gestos e nuances metajurídicos da prova produzida perante si, mas sim da necessidade de garantir o direito de o acusado ser ouvido em audiência pública e apresentar seus argumentos e produzir suas provas perante o julgador, como uma garantia de que este tomou conhecimento daquilo que as partes produziram no processo e com base nisto oriente sua decisão (VASCONCELLOS, p. 271-272).

Voltando-se, então, para a problemática da imediação no julgamento dos recursos, especialmente quando em destaque elementos probatórios pessoais, Vasconcellos aponta três soluções comumente propostas pela doutrina: 1) a limitação à reavaliação destas provas em grau recursal; 2) a impossibilidade de reforma da decisão recorrida, mas apenas de anulação e reenvio ao juízo para nova apreciação do caso; 3) a reprodução dos atos probatórios em grau recursal. Todas elas, de algum modo, ou esvaziam o conteúdo do direito ao duplo grau de jurisdição ou modificam a estrutura de concentração de atos de forma oral no juízo de primeiro grau. Propõe, então, o autor o uso da tecnologia de gravação das provas produzidas oralmente em primeiro grau, possibilitando que as partes indiquem aquelas que desejam ver reproduzidas em audiência pública em grau recursal. Obtempera, contudo, que tal proposta se dá exclusivamente em relação aos recursos defensivos, eis que o regime jurídico recursal para defesa e acusação são distintos. (VASCONCELLOS, 2019, p. 278-293).

Ainda que no julgamento dos recursos o princípio da identidade física do juiz reste prejudicado, há uma preocupação com sua consecução, quando se observa, por exemplo, que a maioria dos regimentos de tribunais vedam a participação no julgamento daqueles juízes que não presenciaram os debates do início. Maier (1999, p. 774) afirma que a garantia da imparcialidade dos juízes se satisfaz não com a exigência de que os membros do tribunal sejam os mesmos que o integravam à época do fato, mas sim com a mera observância de que sejam os mesmos membros que presenciaram os debates. Neste sentido, já decidiu o STJ, por sua Corte Especial, em 2018, nos Embargos de Divergência no REsp n. 1.447.624, que não pode tomar parte na continuação de um julgamento o ministro que não houver presenciado as sustentações orais.

Conectando a conclusão aqui exposta com o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, tem-se que, ao se permitir que uma causa seja novamente julgada, em grau de recurso, estar-se-ia possibilitando ao órgão revisor a análise de fatos e provas de cuja produção não tomou parte, ferindo-se, pois, o princípio do juiz natural em sua dimensão substancial. Tal conclusão, obviamente, só se aplica ao exercício do duplo grau pelo órgão acusador, uma vez que a revisão das condenações é direito do acusado, o qual é o titular tanto do direito ao duplo grau, quanto da garantia do juiz natural, instrumentos de defesa da pessoa humana contra um processo penal arbitrário.

2.2 Duplo grau de jurisdição e foro por prerrogativa de função

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro prevê a existência do foro por prerrogativa de função. Os ocupantes de determinados cargos ou funções públicas, em razão de suas relevâncias, possuem a prerrogativa de serem julgados, em única instância, por um Tribunal, desde os Tribunais de Justiça e os Regionais Federais ou Eleitorais até o STF, a depender da função ou cargo que ocupem. Não se confunde, pois, com o foro privilegiado, inexistente no direito interno brasileiro, o qual confere prerrogativa de foro a pessoas determinadas, consistindo em privilégio pessoal, e não em prerrogativa de cargo ou função.

A finalidade é, em razão da dignidade e relevância de algumas funções chaves para o bom funcionamento do Estado e de seus três poderes, cercá-las da

prerrogativa de que as pessoas que as desempenhem estarão sujeitas, no âmbito criminal, a julgamento por órgão colegiado de superior estatura e, acredita-se, menos suscetível a influências externas. É, ao mesmo tempo, um instrumento que confere maior garantia de independência no desempenho de tais funções, evitando-se perseguições com motivações políticas, e, também, uma garantia do acusado no processo penal, quando no exercício de uma função de Estado. Mendes (2019, p. 180), no entanto, defende que, por ser uma garantia de imparcialidade e independência do juízo, “se afigura apenas como garantia da pessoa imputada”.

Não obstante a importância daquilo que se visa assegurar com o estabelecimento de foro especial como prerrogativa de determinadas funções, fato é que o estabelecimento do foro em questão importa, na ordem jurídica brasileira, na ausência de possibilidade de ampla revisão de eventual condenação criminal por juízes distintos, nos moldes assegurados a toda e qualquer pessoa acusada de um delito, como se verá.

Não há no ordenamento jurídico interno a previsão de existência de um recurso ordinário com amplitude de apelação que possa ser interposto contra decisões condenatórias proferidas em sede de ação penal originária perante tribunais. O que há é a possibilidade de interposição de recursos especial e extraordinário, no caso de julgamentos perante Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais e Eleitorais, e recurso extraordinário, em julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Tais recursos, de cognoscibilidade extremamente limitada, não se prestam a revisar fatos e provas, mas apenas questões exclusivamente de direito, não satisfazendo, portanto, sequer minimamente, o direito ao duplo grau de jurisdição.

Já no âmbito das ações penais originárias perante o STF, há a previsão regimental de cabimento de embargos infringentes. Ressalte-se que o Regimento Interno do STF possui força normativa de lei, eis que editado na vigência da Constituição de 1967, que conferia ao STF poder legislativo em matéria processual no âmbito de sua competência de julgamento. Foi, assim, recepcionado pela Constituição de 1988 como lei ordinária. E o próprio STF, por ocasião do julgamento da Ação Penal n. 470 – caso Mensalão – afirmou a recepção, especificamente, da figura dos embargos infringentes. Todavia, segundo o dispositivo do artigo 331 do Regimento Interno do STF, caberão embargos infringentes de decisão do pleno que julgar procedente ação penal, desde que tenha havido pelo menos quatro votos divergentes em favor do réu. No julgamento da Ação Penal n. 863 – caso Paulo Maluf

–, relatada pelo Ministro Edson Fachin, o pleno do STF decidiu, em 2018, que tais embargos também cabem contra decisão de suas turmas, desde que haja dois votos divergentes pela absolvição em sentido próprio.

Vê-se que também não são atendidos os requisitos impostos para concretização do direito ao duplo grau de jurisdição por um recurso nestes moldes. A uma, porque um recurso contra uma decisão condenatória do pleno do STF para que o mesmo pleno o julgue não atende ao requisito de revisão por órgão jurisdicional distinto. A duas, porque a exigência de que haja determinada quantidade de votos divergentes – ou mesmo de que haja qualquer divergência – limita o acesso ao duplo grau, o que também não se concebe. A três, porque também limita o acesso ao duplo grau a exigência de que os votos divergentes sejam pela absolvição em sentido próprio. Por fim, quanto aos embargos infringentes da turma para o pleno, não há qualquer vedação a que participem do julgamento os ministros integrantes da turma recorrida, o que igualmente desatende a necessidade de revisão por julgadores distintos. A esse respeito, Bandeira (2019, p. 118) entende que tal recurso não satisfaz a exigência do duplo grau, pois não é cabível contra decisão unânime e “a matéria devolvida depende da abrangência da divergência”.

Problemática ainda maior diz respeito a hipótese de reunião de julgamento por conexão ou continência, nos termos dos artigos 76 e 77 do CPP, hipóteses em que todos os corréus deverão ser julgados em processo único, conforme artigo 79 do CPP, prevalecendo, em caso de conflito de jurisdições, aquela de maior graduação, em vista do artigo 78, III do CPP. É o caso, por exemplo, de infração cometida com pluralidade de réus, dos quais pelo menos um ostente foro por prerrogativa de função. Segundo o decidido pelo STF na já citada Ação Penal n. 470, em que apenas três dos trinta e oito processados possuíam prerrogativa de foro naquele tribunal, a reunião do processo perante a jurisdição de maior graduação, inicialmente, é obrigatória, cabendo a esta a avaliação a respeito da conveniência ou não de desmembramento do processo, nos termos do artigo 80 do CPP, o qual faculta a separação do processo de acordo com critérios de conveniência do julgador. Naquela ocasião, o STF também decidiu que a reunião do processo não viola o direito ao duplo grau de jurisdição.

Observa-se, pois, que sem qualquer possibilidade de escolha ou oposição, pessoas acusadas de um crime, sem que ostentem qualquer função com prerrogativa de foro, passam a ser julgadas como se prerrogativa tivessem, perdendo a possibilidade de exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, com base em normas

infraconstitucionais que regulam a reunião do processo, enquanto o duplo grau possui, no mínimo, estatura de norma supralegal com eficácia paralisante das normas de menor graduação que com ele conflitem. Não bastasse, a lei delega a um ato de conveniência do julgador, de acordo com algum “motivo relevante”, a separação do processo e conseqüente devolução ao acusado do direito ao recurso. No mesmo sentido, Oliveira (2017, p. 277) pontua que, por ocasião do julgamento do caso mensalão, o STF “decidiu pela preponderância das normas processuais de conexão e continência previstas no Código de Processo Penal em detrimento do preceito previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos”.

Não se está aqui a advogar a tese de que o foro por prerrogativa de função previsto constitucionalmente é inconveniente. Pelo contrário, *a priori*, não há incompatibilidade entre o julgamento de ação penal originária diretamente pelos tribunais e o direito ao duplo grau de jurisdição, bastando que se assegure a possibilidade de revisão ampla das condenações por juízes distintos, ainda que de mesma graduação jurisdicional. Mendes (2019, p. 176), no mesmo sentido, pontua que “não há falta de coerência sistemática ou deontológica entre o duplo grau e a prerrogativa de foro aplicados a um mesmo caso”, tanto que há previsão de recurso ordinário contra decisão denegatória de *habeas corpus* e mandado de segurança proferida por tribunal. É a ausência de previsão de recursos com aptidão de revisão das condenações que vulnera o direito ao duplo grau de jurisdição em tais casos, assim como a atração obrigatória de pessoas que não ostentam a prerrogativa, com base em norma infraconstitucional.

A título informativo, mencione-se que o STF, no julgamento de Questão de Ordem na Ação Penal n. 937, em 2018, restringiu o alcance da prerrogativa em questão, estabelecendo que ela só tem lugar quando o delito foi praticado durante o exercício do cargo e com este guarda relação de causa e efeito. Decidiu ainda que, mesmo preenchida as duas hipóteses mencionadas, vindo o acusado a deixar o cargo ou a ocupar outro cargo ou mesmo um novo mandato do mesmo cargo, perde a prerrogativa de foro em relação ao fato praticado, devendo o processo ser remetido à instância ordinária, salvo se já estiver em fase de apresentação de alegações finais. Este entendimento, contudo, não tem sido aplicado aos membros do Poder Judiciário, ao argumento de que faltaria imparcialidade dos juízes para julgarem outros juízes de superior hierarquia. Ao assim decidir, “reduziu-se drasticamente a competência do

STF para realizar o juízo criminal de modo originário”, os quais “obstruíam de um modo inviável a pauta do Plenário” (VASCONCELLOS, 2019, p. 115).

Feitos tais esclarecimentos, é possível concluir que, a princípio, não há incompatibilidade entre o foro por prerrogativa de função e o direito ao duplo grau de jurisdição, desde que se garanta ao acusado, nas ações penais originárias nos tribunais, a possibilidade de revisão ampla das condenações por juízes distintos. Também é forçoso concluir que as normas do CPP que promovem a reunião do processo penal na jurisdição superior entre pessoas com e sem prerrogativa de foro, delegando a critérios de oportunidade e conveniência do julgador a sua separação, são absolutamente inconventionais, uma vez que violam o direito ao recurso do acusado, inerente ao direito ao duplo grau de jurisdição. E, mesmo que houvesse meio de impugnação das condenações proferidas originariamente pelos tribunais, continuaria havendo restrição ao direito ao recurso da pessoa que não ostenta função com prerrogativa de foro, ante a limitação das instâncias possíveis de se obter alguma forma de revisão judicial.

2.3 Duplo grau de jurisdição e a vedação à dupla persecução penal

O princípio do *ne bis in idem* consiste, grosso modo, na vedação à dupla persecução penal, isto é, a que alguém seja processado e julgado mais de uma vez em razão do mesmo fato. Embora sem prevê-lo expressamente, a Constituição garante o respeito à coisa julgada (artigo 5º, XXXVI). No âmbito da legislação ordinária, é possível extrair o referido princípio, por exemplo, dos artigos 8º e 42 do Código Penal. O primeiro determina a compensação de pena cumprida no estrangeiro naquela imposta no Brasil, pelo mesmo crime. O segundo determina a compensação do tempo de prisão provisória quando do cumprimento da pena imposta em relação ao mesmo fato que motivou o encarceramento preventivo. Em igual sentido, o CPP prevê a possibilidade de se arguir Exceção de Coisa Julgada e de Litispêndência, sempre que uma ação penal versar sobre fatos que já tenham sido, respectivamente, objeto de julgamento definitivo em outra ação ou que sejam objeto de outra ação penal em tramitação.

No âmbito das normas internacionais, contudo, a vedação à dupla persecução penal é prevista tanto na CADH (artigo 8.4) – “o acusado absolvido por sentença

passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” – como no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14.7) – “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”. Observe-se que a expressão “mesmos fatos” é mais abrangente e benéfica ao acusado que “um delito”, considerando que um mesmo fato pode ser interpretado como configurador de distintos delitos. Assim, a norma da CADH proíbe a dupla persecução pelos mesmos fatos, qualquer que seja a capitulação penal que lhes seja atribuída. Neste sentido, Zilli, Monteconrado e Moura (2011, p. 405) esclarecem que “o freio ao exercício plural do poder-dever punitivo é dado pela narração fática e não por sua definição jurídica, até mesmo porque esta é passível de variação entre os diferentes sistemas jurídicos”. No entanto, a norma da CADH limita a incidência da proibição à existência apenas de sentença absolutória, diferentemente da norma do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos.

Relevante questão foi decidida pelo STF no julgamento do HC n. 171.118, pela Segunda Turma, em novembro de 2019, quando se realizou o controle de convencionalidade do artigo 8º do CP em razão das acima aludidas disposições convencionais, para decidir que, embora a disposição legal trate da compensação das penas impostas no Brasil e no estrangeiro, há vedação à própria instauração de processo penal no Brasil por fatos julgados em outro país, pois a vedação ao *bis in idem* alcança as jurisdições de outros Estados.

Observando-se as normas convencionais já referidas, tem-se que a vedação à dupla persecução penal liga-se com o trânsito em julgado de sentença absolutória ou condenatória. Isto é, não pode ser novamente processado quem já o foi. Todavia, no âmbito do primeiro processo, todas as instâncias jurisdicionais poderiam, em tese, reavaliar os fatos e as provas que recaem sobre o imputado, numa espécie de rejulgamento do feito, enquanto não houver o trânsito em julgado. Assim, sendo um acusado absolvido em primeiro grau, não haveria violação às normas convencionais que vedam a dupla persecução no caso de um tribunal, julgando recurso, vir a condená-lo, uma vez que o processo seria uno, e o recurso um mero prolongamento do direito de ação.

No julgamento do Caso Mohamed vs. Argentina (COSTA RICA, 2012), perante a CortelDH, o denunciante alegou que houvera sido violada a proibição ao *bis in idem* contida no artigo 8.4 da CADH, na medida em que a possibilidade de a acusação

recorrer de sentença em busca do agravamento da situação do imputado o submete a um novo juízo, a uma nova persecução penal, em outra instância, dado que o direito de recorrer é assegurado à pessoa acusada, e não ao acusador. A CorteIDH afastou esta alegação específica, afirmando a unicidade do processo, o qual se desenvolve em etapas, dentre as quais os recursos ordinários contra as sentenças. No caso em questão, a condenação se deu em reforma da absolvição, de modo que não havia uma sentença absolutória com autoridade de coisa julgada.

No entanto, a CorteIDH entende tal direito como não absoluto, exigindo que o processo que culminou na absolvição passada em julgado tenha tramitado segundo as regras de um devido processo legal. Há uma vinculação, pela CorteIDH, da vedação à dupla persecução com o princípio do juiz natural, como decidido no Caso Lori Berenson vs. Peru, no qual a persecução levada a cabo por tribunal militar não foi considerada como um verdadeiro processo a permitir a arguição de violação ao artigo 8.4 da CADH (CARRASCO, 2011, p. 374).

A CorteIDH também entende possível a reabertura de investigações, mesmo quando existente absolvição com *status* de coisa julgada, se surgirem novas evidências que possam levar à responsabilização por graves violações aos direitos humanos. Tais conclusões foram esposadas no julgamento do Caso Massacre de la Rochela vs. Colômbia, como apontam Zilli, Monteconrado e Moura (2011, p. 406), os quais justificam que “os crimes internacionais são executados graças a certo nível de tolerância e de comprometimento das autoridades nacionais”.

No Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (COSTA RICA, 2006), a CorteIDH assentou que não há vedação ao *bis in idem* quando demonstrado que a absolvição se deu com o propósito deliberado de furta a aplicação da lei penal ao imputado, quando não há de fato uma instrução processual imparcial e independente e quando nunca houve real intenção de submissão do imputado a um julgamento justo. Nestes casos, há o que a CorteIDH denomina de coisa julgada aparente ou fraudulenta, o que se dá “pela instauração de investigações ou de processos absolutamente descomprometidos com a vontade de responsabilização dos verdadeiros culpados” (ZILLI; MONTECONRADO; MOURA, 2011, p. 406). Seguindo esta linha de raciocínio, foi que a CorteIDH decidiu pela possibilidade de reabertura das investigações sobre a morte do jornalista Vladimir Herzog (PIOVESAN; FACHIN, 2019, p. 154-155).

A maioria dos precedentes da CorteIDH que relativizam a vedação ao *bis in idem* se dão com o propósito de assegurar a punição – ou pelo menos uma persecução penal justa e imparcial – de agentes responsáveis por crimes contra a humanidade – tortura, desaparecimento de pessoas por motivações políticas, execuções, etc. –, havendo um “um claro alinhamento da jurisprudência da CorteIDH com os princípios do Direito Penal Internacional, de modo que os obstáculos à obtenção da Justiça devem ser superados, sob pena de se sacramentar uma intolerável impunidade” (ZILLI; MONTECONRADO; MOURA, 2011, p. 427).

Não obstante a normatização internacional, há muitas vezes que apregoam a ofensa ao *ne bis idem* na submissão de um imputado a novo julgamento em sede recursal. Geraldo Prado (2010, p. 43) afirma que permitir ao órgão acusador recorrer da sentença de mérito implica que o réu “estará sendo submetido a um segundo julgamento pelo mesmo fato, dessa vez no âmbito recursal”. Maier (1999, p. 635 e 638) espousa idêntica posição, argumentando que é ilógico permitir que o Estado, ao decidir provocar o juízo criminal contra alguém, por seus próprios tribunais, possa impugnar a decisão final deste mesmo juízo, que representa a própria vontade estatal; e que o recurso da acusação implica na renovação de uma persecução penal que não logrou êxito, submetendo o imputado a um novo risco em relação à aplicação da lei penal. Mendes (2018, p. 159), pontua que a dimensão material da vedação ao *bis in idem* importa em evitar “que o mesmo imputado seja perseguido novamente por uma imputação idêntica diante de um tribunal diferente”.

Casara (2009, p. 507), embora sem ingressar no tema, repudia a ideia do recurso como prolongamento do direito de ação, transportada do processo civil para o penal. Não haveria um direito de ação do órgão acusador, mas sim um poder-dever do Estado de promover a persecução penal de delitos, obrigação esta não extensível aos recursos, que são disponíveis, ao contrário das ações penais públicas. Assim, não é correto afirmar que o recurso seria um prolongamento do direito de ação, quando este é inexistente.

Essa leitura do princípio do *ne bis in idem* é própria do direito anglo-saxão, representado pela vedação ao chamado *double jeopardy*, isto é, a que se coloque uma pessoa sob duplo risco de condenação. A Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, em vigor desde 1789, é clara ao proibir que qualquer pessoa seja submetida, pela mesma ofensa, duas vezes ao risco de perda da vida ou de um membro. Assim, “o *double jeopardy* deixa de ser apenas uma máxima do *common law*

... e passa a representar uma regra federal de política pública criminal, de proteção do acusado” (CRUZ, 2008, p. 74-75). Dos países cujo sistema legal é o *common law*, apenas Reino Unido e Austrália ainda não elevaram a cláusula do *double jeopardy* ao *status* de norma constitucional (COFFEY, 2008, p. 139).

Observe-se a ironia: ao passo em que estabelece uma garantia do acusado que o protege de maneira mais ampla que a maioria dos outros sistemas jurídicos, tal garantia é estabelecida em face de penas capitais ou de castigos corporais, próprias do período medieval. No entanto, atualmente, é possível constatar que a vedação ao *double jeopardy* se verifica de forma bem mais abrangente no direito norte-americano, produzindo intensos debates em sua jurisprudência, pois que “*jeopardy* é expressão mais elástica do que *trial*, favorecendo oscilações da jurisprudência e da interpretação doutrinária” (CRUZ, 1998, p. 75). Coffey (2008, p. 138) sintetiza a vedação ao *double jeopardy* como uma prescrição contra rejuvimentos pela mesma ofensa criminal seguidamente após um julgamento de mérito por uma corte competente, seja absolutório, seja condenatório. É, também, uma regra de preclusão em face de recursos acusatórios contra sentenças de absolvição (MCMAHON, 2014, p. 159).

McMahon afirma que a vedação ao *double jeopardy* encerra benefícios de ordem individual e de ordem processual. Dá efetividade à necessidade de um pronunciamento judicial final na jurisdição criminal, alivia o desequilíbrio existente entre a acusador e o acusado, ao limitar o recurso daquele, reconhece o peso do fardo de ser submetido a diversas fases de persecução penal, promove investigações mais eficientes, uma vez que haverá uma única oportunidade de buscar a condenação, e reconhece o incremento do risco de condenações falhas a partir de múltiplas persecuções. (MCMAHON, 2014, p. 160).

Rogério Schietti sintetiza o funcionamento da cláusula do *double jeopardy* nos Estados Unidos da seguinte maneira: 1) “é absoluta a proibição de nova persecução penal após sentença de absolvição, em qualquer das situações possíveis”, entendendo a Suprema Corte que isso vale tanto para a propositura de novo processo como para a possibilidade de recurso da promotoria (CRUZ, 2008, p. 80-81); 2) a decisão de *mistrial*, isto é, aquela que encerra o processo sem julgar-lhe o mérito – quando o Júri não chega a um veredicto consensual, por exemplo – permite a renovação do julgamento, pois a acusação permanece válida, salvo quando o Estado deu causa ao *mistrial*, se este se deu por provocação intencional da promotoria, se dele decorreu intenso prejuízo ao acusado e se havia razões plausíveis para evitá-lo

(CRUZ, 2008, p. 85-87); 3) a decisão de *dismissal*, isto é, quando a acusação imputada ao réu não tem suficiente respaldo probatório, sendo o caso encerrado pelo juiz sem julgamento de mérito, possui efeito semelhante ao da absolvição, impedindo a renovação do julgamento ou recurso contra a decisão, salvo se esta for tomada no intervalo entre o veredicto condenatório dos jurados e a prolação da sentença de aplicação de pena pelo juiz, hipótese na qual poderá a promotoria recorrer para fazer prevalecer o veredicto (CRUZ, 2008, p. 87-88); 4) se aplica a vedação ao *double jeopardy*, com a mesma amplitude em relação à absolvição, aos casos em que há acordo entre a acusação e a defesa, o chamado *plea bargain* ou *plea guilty*, salvo quando, em função do acordo, deve o acusado cumprir determinadas condições e vem a descumpri-las (CRUZ, 2008, p. 88-89).

Barry (2012, p. 5) acrescenta que a vedação ao *double jeopardy* não se aplica quando há a anulação de condenações através de *Habeas Corpus*, o que permitiria a formulação de nova acusação, de acordo com precedentes da Suprema Corte, embora seja o autor crítico de tal proposição em determinados casos em que a anulação deve ser tida por equivalente a uma absolvição.

Strazzella (1997, p. 2) adverte, contudo, que, ao contrário do que frequentes proposições doutrinárias afirmam, a vedação ao *double jeopardy* não barra, por si só e em absoluto, o manejo de recursos pela acusação, o que só ocorre quando se verificam certas condições adicionais. Uma interpretação no sentido de que a cláusula federal do *double jeopardy* vedaria o recurso acusatório acabaria por impedir que os Estados legissem sobre a possibilidade de a acusação obter uma revisão das sentenças, o que é permitido pelo federalismo norte-americano (STRAZZELLA, 1997, p. 29-30). Edwards (2004, p. 146-148), ao analisar a abrangência da cláusula do *double jeopardy* em relação às decisões de *mistrials* quando há má conduta da acusação, coloca justamente que vários estados tem traçado seus próprios *standards* para a questão. Escobar Veas (2019, p. 226-227) citando decisão de 2019 da Suprema Corte (*Gamble vs. EUA*), aplicando a chamada doutrina da soberania dual, decorrente do federalismo norte-americano, afirma que, segundo tal entendimento, também se excetua a vedação ao *double jeopardy* quando o indivíduo é processado pelo mesmo fato por uma corte estadual e pela federal, pois cada ente é soberano para definir suas ofensas criminais, podendo ambas as soberanias serem atingidas pelo mesmo ato.

Amar (1997, p. 1.808-1.809) traz inúmeras decisões da Suprema Corte demonstrando um constante fluxo de fixação e superação, poucos anos depois, de entendimentos a respeito do alcance da *double jeopardy clause*, na jurisprudência moderna, afirmando haver uma intensa dubiedade a respeito do tema. Em uma tentativa de simplificar seu significado, afirma que a expressão morte ou perda de membro alude a toda e qualquer punição de natureza criminal, excluídas as causas cíveis que envolvam apenas questão pecuniária; a expressão mesma ofensa possui significado literal, vale dizer, por exemplo, homicídio consumado não é homicídio tentado; e o risco de condenação abrange o interregno entre o indiciamento, que no direito norte-americano equivale ao recebimento de denúncia, e prolação de um veredicto isento de erro (AMAR, 1997, p. 1.809).

Não obstante acreditar-se que a leitura do direito anglo-saxão melhor satisfaz aquilo que deveria ser protegido pela cláusula da vedação à dupla persecução penal, no sistema interamericano parece claro que houve a opção por um sistema menos protetivo nesse aspecto, que enxerga o direito ao recurso, de ambas as partes, como prolongamento de um direito de ação, de modo que a proteção do *ne bis idem* só se inicia com o trânsito em julgado da sentença absolutória. Quanto à advertência de McDermott (2012, p. 193), o qual espoca preocupação com a possível derrogação de regras decorrentes do *double jeopardy* por normas internacionais, que deveriam melhor proteger os direitos individuais, entende-se que tal derrogação não seria possível, ante o princípio de interpretação segundo o qual deve prevalecer a norma que melhor proteger o indivíduo, ainda que seja uma norma de direito interno em face de uma de direito internacional. De todo modo, não há incompatibilidade, no direito interno brasileiro e no internacional aqui internalizado, entre o manejo de recurso pela acusação contra sentença absolutória e o princípio da vedação à dupla persecução penal.

2.4 Duplo grau de jurisdição e soberania dos veredictos do Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri tem assento no rol de direitos e garantias fundamentais do indivíduo do artigo 5º da Constituição, o qual, em seu inciso XXXVIII, reconhece a instituição do júri, assegurando-se a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a

soberania dos veredictos e a competência para julgamento de crimes dolosos contra vida. Especificamente em relação à garantia de soberania de seus veredictos, alguns problemas surgem, no que diz respeito ao exercício do direito ao duplo grau de jurisdição.

Em função da dita soberania, o CPP limita o cabimento do recurso de apelação contra os veredictos aos casos em que estes sejam “manifestamente contrários à prova dos autos”. É bem verdade que também é previsto o cabimento do recurso em outras três hipóteses, quais sejam, quando ocorrer nulidade posterior à pronúncia, quando a sentença do juiz for dissonante da lei expressa ou da decisão dos jurados ou quando aplicar a pena de forma errônea ou injusta. Veja-se, contudo, que tais hipóteses não se consubstanciam, propriamente, em recursos contra os veredictos, mas sim contra a sentença do juiz-presidente que materializa a decisão dos jurados ou contra o não reconhecimento de nulidade também pelo juiz-presidente.

No visio de compatibilizar o direito ao recurso com a soberania dos veredictos, criou-se a figura da apelação criminal defensiva de efeito devolutivo restrito. Nas ações penais ordinárias, o manejo de recurso de apelação pela defesa, contra a sentença condenatória, devolve ao órgão revisor toda a matéria de fato e de direito, independentemente do alegado no recurso, possibilitando que tudo o que possa importar em solução mais benéfica ao acusado seja analisado. É o chamado efeito devolutivo amplo ou integral das apelações defensivas. Já nas ações penais que seguem o rito do júri, esse efeito é restrito, adstrito aos fundamentos da interposição do recurso, segundo a Súmula n. 713 do STF, o que, como já visto, não satisfaz a exigência do direito ao duplo grau de jurisdição, o qual exige a possibilidade de revisão ampla do material fático-probatório e das questões jurídicas.

Outro ponto diz com o resultado útil de eventual provimento de recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos. Determina o CPP, nestes casos, que o acusado seja submetido a novo julgamento, por jurados distintos, vedando-se o manejo de nova apelação, por quaisquer das partes, pelo mesmo fundamento. Ou seja, verificando o órgão revisor que o veredicto é manifestamente contrário à prova dos autos, não o reformará, mas tão somente determinará seja o réu julgado novamente, transformando a apelação em verdadeiro recurso de cassação, e não de revisão ou reforma, violando também o direito ao duplo grau de jurisdição, para cuja satisfação se demanda a possibilidade de revisão ampla das condenações, o que não se verifica com a mera submissão do acusado a novo julgamento pelo mesmo

órgão recorrido, ainda que por jurados distintos. No mesmo sentido, Mendes (2018, p. 183) afirma que o procedimento do júri “transforma de maneira atípica a apelação em um recurso de cassação que ordinariamente não existe em nosso sistema recursal”.

Acrescente-se que a vedação a que se apele novamente pelo mesmo fundamento, aliada à impossibilidade de reforma direta pelo órgão revisor, pode acarretar duas situações absolutamente teratológicas, por distintos motivos. A primeira ocorre quando, condenado, tem o acusado apelação provida para que seja novamente julgado, vindo o júri a prolatar um novo veredicto condenatório, o qual, desta feita, será inapelável (com fundamento na contrariedade à prova dos autos). Ter-se-ia o absurdo de se admitir que uma condenação, a qual um órgão revisor de superior hierarquia entendeu ser manifestamente contrária à prova dos autos, atingisse o *status* de coisa julgada material imutável, vulnerando em sua totalidade o princípio do *favor rei* e da presunção de não culpabilidade. A segunda se daria quando, absolvido o réu, tem a acusação recurso provido, submetendo o acusado a novo julgamento pelo qual reste condenado. Ter-se-ia uma condenação de primeira instância, mas irrecurável. Neste caso, impossibilitado o réu de manejar nova apelação com base no fundamento da contrariedade à prova dos autos, tem-se por violado o direito ao duplo grau de jurisdição, o qual surge a partir da primeira condenação prolatada em face do imputado.

Sobre o primeiro problema, é possível intentar ação de revisão criminal contra o veredicto condenatório passado em julgado, com base na aludida violação à presunção de inocência e ao *in dubio pro reo*, sem que tenham surgido novas provas da inocência do acusado, pois o artigo 621, I do CPP permite a rescisão do julgado que condene o acusado em contrariedade ao texto de lei – matéria jurídica – ou à evidência dos autos – matéria fática. Sobre tal possibilidade, julgando o HC n. 92.435, a primeira turma do STF, em 2008, assentou que “a revisão criminal retrata o compromisso do nosso Direito Processual Penal com a verdade material das decisões judiciais e permite ao Poder Judiciário reparar erros ou insuficiência cognitiva de seus julgados”, entendendo que “são contra a evidência dos autos tanto o julgamento condenatório que ignora a prova cabal de inocência quanto o que se louva em provas insuficientes ou imprecisas ou contraditórias para atestar a culpabilidade do sujeito”. De outra banda, o pleno do STF, em 2014, julgando a RvC n. 5.437, decidiu que “a ação revisional não é instrumento viável para mera reiteração de teses jurídicas já vencidas na jurisdição ordinária, nem para simples revisão da matéria probatória”. No

âmbito do STJ, contudo, há orientação no sentido de se restringir “o acolhimento da revisão às hipóteses de erro judiciário (prova de inocência) ou de inexistência absoluta de prova para a condenação, sendo inviável rescindir o veredicto condenatório com base em uma suposta insuficiência de provas”, conforme decidido no REsp n. 1.686.720, pela sexta turma, em 2018.

Há dissenso doutrinário, em tais casos, ou mesmo diante do surgimento de novas provas de inocência, quanto à possibilidade de o provimento da revisão acarretar a absolvição do acusado ou tão somente a anulação do veredicto para que outro seja proferido. Esta última hipótese pode levar a um *looping* eterno, no qual veredictos condenatórios dissonantes das provas do processo vão sendo prolatados e anulados, seguidamente, sem solução de continuidade até que o imputado venha a finalmente ser absolvido. Da mesma opinião compartilha Tourinho Filho (2013, p. 712), ao afirmar que, não houvesse a possibilidade de absolvição pelo órgão revisor, a revisão criminal “não seria um meio de reparar o erro judiciário, e sim de procrastinar o fim do processo, com desprestígio do órgão revidendo e desrespeito àquele outro dogma constitucional que admite a revisão criminal dos processos findos”. A esse respeito, Rangel (2011, p. 1.057) pontua que, em tendo sido a soberania dos veredictos criada como garantia do acusado, “a absolvição como efeito da revisão ocorre, inclusive, das decisões emanadas do Tribunal do Júri”, pois “não pode haver ofensa àquilo que está sendo desrespeitado para lhe proteger”. A questão parece relativamente apaziguada no âmbito dos tribunais superiores, prevalecendo o entendimento de que “não há ofensa à soberania do veredicto do Tribunal do Júri se, em juízo revisional, absolve-se, desde logo, o réu, desconstituindo-se a injusta condenação”, como decidido pela sexta turma do STJ, em 2013, no REsp n. 1.304.155.

Quanto à segunda questão, Penteado (2006, p. 190) defende que o melhor seria impedir-se o órgão acusador de recorrer dos veredictos absolutórios, com base em matéria de fato, mas, em não sendo o caso, o direito ao duplo grau de jurisdição impõe que se permita ao acusado apelar, ainda que com o mesmo fundamento de anterior apelação acusatória, do veredicto condenatório. A vedação a tal possibilidade viola não apenas o direito ao duplo grau, mas a própria soberania dos veredictos, considerando que os jurados, anteriormente, optaram por absolver o acusado (PENTEADO, 2006, p. 190).

Outra questão reside na exigência de preenchimento da fórmula “manifestamente contrário à prova dos autos”, para que seja cabível uma apelação e para que seja anulável um veredicto. É extremamente problemático se conceber um sistema em que um veredicto condenatório possa permanecer hígido diante da existência de dúvida, de provas da inocência do réu, unicamente porque os jurados soberanamente optaram por uma das versões que emanam das provas dos autos. Tal proceder viola tanto o direito ao duplo grau de jurisdição, quando limita o exercício do direito ao recurso a uma hipótese específica de “manifesta contrariedade à prova dos autos”, como vulnera o princípio da presunção de inocência – *in dubio pro reo* – ao não se permitir a reforma de uma condenação que não esteja calcada no juízo de certeza que se exige para a restrição do *jus libertatis*. Neste sentido, deve ser conferido ao órgão revisor a possibilidade de “exame aprofundado do acervo probatório”, para que, “havendo versão fática favorável ao acusado e viável, porém não acolhida pelos jurados, anule a condenação e submeta o réu a novo julgamento” (IBCCRIM, 2020).

Toda a problemática se funda na garantia da soberania dos veredictos do júri, de índole constitucional, enquanto o direito ao duplo grau de jurisdição teria apenas *status* de norma supralegal, pelo que deveria prevalecer aquela garantia sobre este direito. Vasconcellos (2019, p. 121) afirma, inclusive, que a doutrina tradicional aponta a soberania do júri como exceção à cláusula do duplo grau. Sobre isso, duas objeções necessitam ser feitas.

Primeiro, as normas sobre direitos humanos decorrentes dos tratados de direito internacional dos quais seja o Brasil signatário, se não internalizadas sob o quórum qualificado das emendas à constituição, embora de natureza supralegal, são normas materialmente constitucionais, que integram o bloco de constitucionalidade, e, portanto, orientam a interpretação não só das normas infraconstitucionais como da própria Constituição. Assome-se a isso a vedação a que normas de direito interno sirvam de argumento para a violação de normas internacionais, contida no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Segundo, assim como o direito ao duplo grau de jurisdição, a soberania dos veredictos é uma garantia do acusado, inserida no rol de direitos e garantias individuais da Constituição (FORTI, 2009, p. 178), razão pela qual devem ser compatibilizadas sempre em prol do imputado, sob pena de se utilizar uma garantia do acusado a seu desfavor, para lhe suprimir direitos ou piorar sua situação, o que se

convencionou chamar – e repudiar – de efeito bumerangue dos direitos fundamentais (VASCONCELLOS, 2019, p. 83), o que viola, inclusive, o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Mendes (2018, p. 183) defende que “se faz necessária a compatibilização de ambas as garantias, pois a identidade existente entre a finalidade precípua de ambas em tutelar a liberdade dispensa a eliminação de uma para o (re)conhecimento da outra, permitindo a coexistência harmônica de ambas”.

Importante ressaltar este último aspecto. Ao contrário do que possa parecer, o Tribunal do Júri não é uma mera regra de competência a estabelecer o foro para julgamento de crimes dolosos contra a vida. É, na verdade, uma garantia do acusado de que será julgado por seus pares. Por este lado, também não se poderia objetar a possibilidade de reforma da decisão condenatória dos jurados com um argumento de subtração da competência do juiz natural, quando tal competência é assegurada ao próprio réu, e não ao Estado. Sobre a natureza do tribunal do júri, Maier (1999, p. 777) afirma que a Constituição faz uma escolha de ideologia político-criminal ao estabelecer o julgamento de determinados crimes por cidadãos comuns, o que torna ser julgado por seus pares um direito fundamental de cada habitante, e não meramente uma forma de distribuição do poder político ou de organização judiciária. O júri, portanto, não é mero órgão do Poder Judiciário, mas garantia individual do cidadão (MARQUES, 1963, p. 53). A mitigação da soberania dos veredictos *in favor rei* também é defendida por Frederico Marques (1963, p. 64), pois que entende o júri como “instituto destinado a tornar mais sólido e inquebrantável o direito individual de liberdade”, e a soberania “enquanto preceito para garantir a liberdade do réu”. Esta, a soberania, só poderia encontrar limitações em face de normas que visassem igualmente garantir direitos de defesa e liberdade (FELBERG; FELBERG, 2013, p. 8), caso em que se enquadra o direito ao duplo grau de jurisdição.

A melhor sistemática apta à compatibilização da soberania dos veredictos com o direito ao duplo grau de jurisdição e os princípios do *favor rei* e da manutenção do estado de inocência é uma que possibilite ao órgão revisor, no julgamento de recurso de apelação defensiva em face de veredicto condenatório, reformá-lo para desde logo absolver o réu, verificado que a decisão dos jurados não encontra respaldo na prova dos autos ou não possui prova suficiente a sustentá-la. Com essa primeira proposição concorda Mendes (2019, p. 183). Ademais, a hipótese de cabimento desta apelação deve ser ampla, permitindo ao órgão revisor reavaliar tudo aquilo que possa importar

em solução favorável ao condenado. Vasconcellos (2019, p. 122) defende que não deve haver impeditivo para que o acusado apele com o mesmo fundamento de anterior apelação, pois “se a decisão do segundo Tribunal do Júri também se mostrar manifestamente contrária à prova dos autos, mesmo que em idêntica motivação ao anterior, impõe-se sua anulação e constituição de novo julgamento”. Esta proposta, contudo, redundaria no *looping* sobre o qual já se advertiu linhas atrás, sendo certo que a vedação a uma nova apelação pelo mesmo fundamento de anterior apelação da acusação que venha a ser provida deve ser excluída do ordenamento, mas se possibilitando ao órgão revisor que não apenas casse, mas sim que reforme a condenação dissonante das provas.

2.5 Duplo grau de jurisdição e recurso de apelação pela acusação

Ao longo do que já se abordou nos tópicos e capítulo precedentes, restou assentado que a concessão do direito ao recurso ao órgão acusador, pelo menos no que diz respeito ao mérito da pretensão acusatória, não encontra amparo no direito ao duplo grau de jurisdição assegurado em normas de direito internacional aqui internalizadas. O titular do direito ao duplo grau de jurisdição é, repise-se, o imputado, e tal direito é oponível em face de uma condenação.

Todavia, essa conclusão não conduz, automaticamente, à afirmação da ausência de direito ao recurso das sentenças de mérito pelo órgão acusador. Ainda que se defenda um sistema unilateral de recorribilidade neste tocante, a bilateralidade, por si só, não implica malferimento ao direito ao duplo grau de jurisdição. As normas de direito interno podem conferir direito ao recurso ao órgão acusador, bastando que se garanta a possibilidade de o condenado recorrer da primeira sentença condenatória contra si prolatada, independentemente do grau de jurisdição de que ela advenha (VASCONCELLOS, 2019, p. 84-85). Segundo Vasconcellos (2019, p. 83-84), embora não exista um direito fundamental ao recurso do acusador, como existe para o imputado, dos textos convencionais não ressaí proibição a que se permita um recurso em face de sentença absolutória.

Em sentido aparentemente oposto, Maier (1999, p. 638) defende que a ideia do direito ao recurso do imputado contra a condenação como uma garantia advinda dos tratados internacionais é inconciliável com a adoção de um sistema de bilateralidade

recursal, o qual, em seu entender, em algum momento teria de ter sua cadeia de bilateralidade quebrada para prever um recurso exclusivo do acusado. De certa forma, tem razão quando afirma a necessidade, em algum momento, de quebra da cadeia, sob pena de causar um “regresso ao infinito” (VASCONCELLOS, 2019, p. 85), pois, em um sistema bilateral que atendesse o direito ao duplo grau, da primeira sentença, ambas as partes poderiam recorrer, mas, havendo sua reforma, só seria possível um recurso – do imputado – em face da reforma da absolvição em condenação. E caso, provido este recurso para reestabelecer a absolvição do acusado, não será cabível novo recurso pela acusação. Não é, contudo, o caso do direito interno brasileiro, no qual a concessão de prerrogativas recursais à acusação acaba por violar o direito ao duplo grau de jurisdição, como se verá.

Inicialmente, rememore-se alguns dos requisitos já delineados anteriormente para que haja a satisfação do direito ao duplo grau de jurisdição: existência de um recurso 1) com ampla possibilidade de revisão de questões de fato e de direito, 2) a ser interposto em face da primeira condenação que o imputado venha a sofrer, 3) devendo ser julgado por órgão ou julgador(es) distintos e com poder de revisão (reforma).

Há um único recurso que satisfaz, concomitantemente, a todos os pressupostos acima, qual seja, o recurso de apelação (BANDEIRA, 2019, p. 126), à exceção, como já exposto no tópico anterior, da apelação em face dos veredictos dos jurados, que possui sistemática distinta, já criticada. Outros recursos previstos no ordenamento interno, por variadas razões, não possuem a amplitude necessária para satisfazer o direito ao duplo grau, a exemplo do recurso em sentido estrito, cabível apenas contra decisões interlocutórias previstas em rol legal taxativo, os embargos infringentes e de nulidade, cabível apenas quando há desacordo em julgamento colegiado e de cognoscibilidade restrita ao objeto da divergência, e os recursos especial e extraordinário, cabíveis apenas para discussão de matérias jurídicas, vedada a reanálise de fatos e provas. Neste sentido, Cazelatto e Leme (2020, p. 6.413), tratando da amplitude da apelação, afirmam que nesta “a reanálise do caso em julgamento não fica adstrita à violação e/ou correta interpretação/aplicação da lei ou da Constituição, tal como incide, via de regra, nos recursos extraordinários”, e, de igual modo, “não se restringe aos limites do voto vencido, como ocorre com os embargos infringentes”.

Ocorre que, salvo nos casos de julgamento pelo júri popular, a apelação tem seu cabimento restrito em face de sentenças condenatórias ou absolutórias prolatadas

por juiz singular. Assim, na hipótese de ser o acusado absolvido pelo juiz singular, advindo apelação manejada pela acusação e sendo esta provida para condenar o réu, não lhe restará qualquer meio impugnativo hábil a satisfazer os requisitos do direito ao duplo grau de jurisdição em face de sua primeira condenação. É por tal razão que, no direito interno brasileiro, a opção pelo sistema bilateral de recorribilidade vulnera o direito ao duplo grau de jurisdição.

Mencione-se ainda a injustificável existência, na legislação processual penal, da previsão de recursos de ofício, isto é, não voluntários, em face de decisões que beneficiam o acusado, quais sejam, da sentença de juiz singular que concede *Habeas Corpus* e da que absolve sumariamente o réu com base em excludentes de ilicitude ou de culpabilidade (artigo 574, I e II do CPP) e da decisão que concede a reabilitação penal (artigo 746 do CPP). Penteado (2006, p. 126) traz vigorosa crítica ao chamado duplo grau obrigatório, nestes casos, aduzindo que advém de uma cultura de desconfiança do Estado em relação a seus agentes públicos, sendo inconcebível pensar a concessão de um *Habeas Corpus*, por exemplo, como um “risco social a ser evitado com o controle da função judicial”, e não como “uma forma concreta de proteção do direito individual”, além de representar um descrédito ao Ministério Público como órgão apto a suscitar o controle judicial, quando necessário, por meio dos recursos voluntários disponíveis.

Todavia, pelo menos com relação à possibilidade de recurso de ofício da sentença de absolvição sumária, a minirreforma processual penal de 2008 (Leis n. 11.689 e 11.690, de 09 de junho de 2008, e 11.719, de 20 de junho de 2008) revogou tacitamente o artigo 574, II do CPP, ao prever o cabimento de apelação nesse caso. A esse respeito, entende-se que a apelação manejada pelo acusador em face da sentença de absolvição sumária não ofende o direito ao duplo grau de jurisdição, pois o provimento de tal apelação não importará na condenação do acusado, mas tão somente na determinação de que o processo prossiga em seus ulteriores termos, até o momento da efetiva sentença de mérito.

Mendes (2018, p. 188) adere ao ponto aqui defendido, quanto à violação ao duplo grau de jurisdição decorrente da possibilidade de recurso acusatório contra sentença absolutória, afirmando que, “ainda que se reconhecesse a existência de recurso cabível contra a decisão, este recurso não seria amplo a ponto de permitir a segunda análise integral da decisão condenatória que foi proferida somente em segundo grau de jurisdição”. Ferrajoli (1996, p. 450) também conclui que, em sendo a

apelação um recurso que permite inteiro reexame da matéria analisada pelo juízo apelado, se encontra violado o direito ao duplo grau daquele que tem sua absolvição revertida em condenação. Bandeira (2019, p. 126-127), fazendo menção às Súmulas n. 7 do STJ e n. 279 do STF, que vedam o reexame de prova nos recursos especial e extraordinário, afirma que, se provida apelação acusatória em face de sentença absolutória, o imputado “terá suprimido o seu direito ao duplo grau de jurisdição com base em um enunciado de súmula de tribunal, que sequer possui força de lei”.

2.6 A polêmica em torno do recurso acusatório contra veredicto absolutório no Tribunal do Júri⁸

O Tribunal do Júri, disposto na Constituição dentre o rol de direito e garantias fundamentais individuais do artigo 5º, consagra, na apreciação do caso concreto pelos jurados, o princípio da íntima convicção, a possibilitar ampla margem de discricionariedade no julgamento da causa pelos juízes leigos, pares do imputado. Tal sistemática possibilita aos jurados decidirem conforme suas consciências, atrelando ou não sua decisão a elementos dos autos ou, inclusive, a elementos externos, sem necessidade de explicitar qualquer fundamentação acerca da escolha realizada. É exceção constitucional ao sistema da persuasão racional, decorrente do sigilo e da soberania dos veredictos.

É patente que a própria Constituição excetua a regra geral neste tocante, mormente ao observar-se que a disposição constante no artigo 93, IX é relativa à necessidade de fundamentação de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, elencados no artigo anterior, dentre os quais não se insere o Tribunal do Júri. Assim, o juiz-presidente do júri, togado, estaria vinculado à necessidade de fundamentação, pois que inserido no artigo 92, VII da Constituição, dentre os “juízes dos Estados”, especialmente quando materializa a vontade dos jurados através da sentença, procedendo à dosimetria da pena, em caso de condenação. Mas os jurados não se vinculam à norma contida no artigo 93, IX, possuindo a prerrogativa de externar

⁸ O presente tópico está embasado, com modificações e atualizações, em trabalho já publicado pelo autor em coautoria: CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: Necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminas – RBCCrim*, São Paulo, ano 23, v. 116, p. 149-172, set./out. 2015.

sua convicção de maneira sigilosa, soberana, mediante o fundamento de consciência que lhes aprover, o qual não será exteriorizado.

Tal sistema de valoração de prova e julgamento é conhecido por princípio da íntima convicção. Ferrajoli (2009, p. 192) traz ainda o posicionamento de diversos doutrinadores clássicos sobre a íntima convicção, como Massimo Nobile, o qual entende que há muito tem sido aplicável somente aos jurados, que diferem do juiz, por não deterem conhecimentos técnicos acerca da lei, bem como por serem pares do acusado, enquanto Lauzé di Peret defende que a convicção do juiz se distingue do convencimento do jurado, pois, enquanto aquela advém da lei, este advém do momento da discussão e se revela um ato de soberania, complementando que os jurados representam o acusado – são seus pares – bastando, assim, qualquer convicção para que o julguem de uma forma ou de outra, não tendo que prestar conta dos motivos determinantes de seu posicionamento; já Carrara adota idêntico posicionamento quanto à compatibilidade do sistema da íntima convicção com o julgamento popular.

Marrey, Franco e Stoco (1994, p. 262) aduzem que os jurados, ao contrário do juiz togado, “julgam de acordo com seu livre convencimento, de modo que o voto pode ir além do afirmado e provado”. Na mesma toada, Joel Eliseu Galli (2011) afirma que o júri leigo toma suas decisões com base na íntima convicção, o que possibilita, nos seus dizeres, que o “dogmatismo ‘inflexível’ que orienta as decisões dos magistrados togados ceda lugar a uma empatia com a sorte e o destino do acusado, derivada, no mais das vezes, do aporte cultural-valorativo do Conselho de Sentença”. O autor prossegue defendendo que tal empatia faz com que seja garantia individual do acusado ser julgado pelo tribunal popular, de modo a constituir “salvaguarda, capaz, inclusive, de gerar absolvição mesmo quando demonstradas, de forma patente, autoria e materialidade do delito”, valendo destacar que, “ainda que todo o conjunto probatório indique que o acusado deva ser condenado, nada impede que os jurados, invocando a própria consciência, absolvam-no”.

Tal conclusão é plenamente compatível com as disposições recursais previstas no CPP, pois, como já visto, caso provida apelação acusatória, mediante reconhecimento de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (cujo cabimento será adiante analisado), os jurados, em novo Júri, podem novamente ignorar tal prova e absolver o imputado, restando nada a ser feito pelo órgão acusador. O mesmo não se diga com relação à condenação contrária ao acervo probatório, uma

vez que, mesmo que anulado o júri e novamente condenado o réu, este poderia ter sua condenação, caso se torne definitiva, revertida em sede de revisão criminal.

Dito isto, tem-se que o sistema de quesitação do júri sofreu forte alteração com a minirreforma processual penal havida em 2008, a qual condensou todas as alegações defensivas em um único quesito, de formulação obrigatória⁹, após os quesitos igualmente obrigatórios sobre materialidade e autoria, no qual se indagará dos jurados, simplesmente, se absolvem o réu. Assim, ao declarar unicamente que absolvem o acusado, os jurados poderiam estar aderindo a quaisquer teses defensivas, a todas elas ou a nenhuma, inclusive. Note-se que tal quesito tem vez ainda quando da resposta afirmativa dos jurados aos itens que perquirem materialidade e autoria, e seja a negativa desta a única tese defensiva, ou até mesmo quando sequer haja tese de negativa de autoria, como, por exemplo, no caso de a defesa postular, unicamente, a retirada de qualificadoras ou o reconhecimento de privilégios, ocasião em que, ainda assim, poderiam os jurados absolver o acusado em resposta ao terceiro quesito – mas não em resposta ao segundo, pois configuraria contradição a redundar na dissolução do Júri.

Guilherme Madi Rezende (2010) entende que o quesito genérico obrigatório sobre a absolvição teria duas finalidades: a de condensar em uma só pergunta todas as teses de defesa, simplificando o entendimento dos jurados e diminuindo causas de nulidade de quesitação; e também de permitir ao jurado absolver por qualquer razão, invocada ou não pela defesa, como a clemência. Prossegue o autor, defendendo que o referido quesito não se atrela aos fatos em si, que são objetos dos quesitos acerca da materialidade e autoria, mas sim à “sensibilidade do jurado ao analisar o caso”, podendo ele “absolver por clemência, piedade, compaixão ou qualquer sentimento que lhe mova a tomar tal decisão”. Deste modo, o autor conclui que a absolvição por resposta a este quesito não permite que se afira sua convergência com o arcabouço probatório do processo, vez que o legislador garantiu aos jurados a prerrogativa de decidir mesmo em descompasso com a prova, se absolutório o veredicto.

O raciocínio em questão não se aplica, contudo, quando a absolvição resulte da resposta ao primeiro ou segundo quesitos, pois os jurados estariam expressamente acolhendo tese de negativa de materialidade ou autoria, passíveis de averiguação

⁹ Entendimento amplamente majoritário na doutrina e pacificado na jurisprudência dos tribunais superiores, no que diz respeito à obrigatoriedade da formulação do quesito previsto no artigo 483, III, do CPP.

quanto à convergência com a prova dos autos, bem como no caso de veredicto condenatório, o qual implicaria na rejeição das teses defensivas absolutórias e acolhimento da pretensão acusatória, igualmente passível de controle judicial pertinente à eventual contrariedade manifesta aos elementos probatórios.

Guilherme Nucci (2008, p. 812) pontua que, respondendo afirmativamente ao quesito genérico absolutório, resta impossível se aferir a razão do veredicto absolutório, podendo ter o conselho de sentença absolvido o réu “por pura clemência, sem apego a qualquer das teses defensivas”, o que tornaria o veredicto efetivamente soberano neste caso, impossibilitando juízes e tribunais togados de “imiscuir-se no mérito da solução de absolvição”. No mesmo sentido, Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 118) defende que o jurado possui o poder de “absolver o acusado por qualquer causa imaginária, mesmo que não alegada pelas partes (clemência, por exemplo)”. Pontua ainda o autor que, “na antiga sistemática, as possibilidades de absolvição eram limitadas pelas teses apresentadas pela defesa, o que mitigava, de certa forma, a possibilidade de o jurado absolver com base na íntima convicção”, limite este que não mais subsiste após a minirreforma processual penal de 2008. Corroborando a assertiva anterior, Eliete Costa Silva Jardim (2015, p. 15) entende que “a quesitação não é mais lastreada nas teses defensivas”, podendo os jurados responder ao quesito genérico “de acordo com o senso de justiça”, “por causas supralegais e até mesmo por clemência ou por razões humanitárias”, alertando que, “no sistema de quesitação anterior”, essa possibilidade já existia, mas “muitas vezes o jurado era compelido a violar sua própria consciência, negando, por exemplo, a autoria, ainda quando dela convencido”.

Forti (2009, p. 188) afirma que, “não havendo fundamentação, não é possível saber como ou porque tal prova foi valorada ou excluída da valoração”, aduzindo também que “se a Constituição assegurou o sigilo das votações, excepcionando a regra da motivação das decisões judiciais, é porque quis permitir que os jurados tivessem a liberdade de julgar contra as provas”, sendo relevante ainda atentar-se para a menção à soberania dos veredictos, e não do júri, pois “a possibilidade de cassação do que foi decidido pelos jurados implica afronta à soberania daquele veredicto a que chegaram, pouco importando se a lei reserva ao Júri a possibilidade de chegar a outro resultado”. Conclui o autor (2009, p. 189) que “a possibilidade de absolvição não fundamentada integra o conteúdo garantístico da instituição”.

Pedrosa (2010, p. 202) sustenta que, embora da previsão de existência de um recurso decorra a presunção de que ele pode ser utilizado por quaisquer das partes, isso nem sempre acontece, como ocorre com os embargos infringentes e de nulidade, justamente para se tentar realizar uma igualdade material mediante tratamento diferenciado entre acusação e defesa. Assim, entende que, com a quesitação única e genérica acerca da absolvição, sem perquirição específica sobre uma ou outra tese de defesa, não haveria como se comprovar o efetivo acolhimento de uma tese pelos jurados, impossibilitando ao Ministério Público que, em apelação, desenvolva a antítese (PEDROSA, 2010, p. 203). Ou seja, se optaram os jurados pela absolvição, a questão é finda, pois decidem de acordo com suas consciências; se votam pela condenação, rejeitaram as teses de defesa e acolheram a pretensão acusatória, não subsistindo o mesmo problema no tocante à apelação defensiva, que, aí sim, poderia desenvolver antítese à tese acusatória, expressamente acatada pelo Júri.

Hermínio Marques Porto (1993, p. 144) entende que, embora a resposta dos jurados não seja expressada de modo fundamentado, por estarem “presos a respostas em fórmulas monossilábicas”, elas possuem uma espécie de fundamentação implícita, “que pode ser encontrada na análise das provas”, para a qual “voltam-se as partes e o Tribunal de segundo grau quando de recursos abordando a decisão dos jurados, debatida como manifestamente, ou não, em oposição à prova dos autos”. Tal posicionamento, todavia, parece inadequado, na medida em que aferir qual seria a fundamentação implícita à decisão do jurado, que pode agasalhar toda e qualquer tese, inclusive nenhuma das debatidas, representaria não só um alto grau de subjetividade, mas verdadeiro exercício de vidência, violando, ademais, a soberania e a íntima convicção dos veredictos.

Pode-se concluir, então, que a exegese do artigo 593, III, *d* do CPP, que prevê o cabimento de apelação quando o veredicto for manifestamente contrário à prova dos autos, de acordo com o texto constitucional e a minirreforma processual penal de 2008, que consagram a íntima convicção dos jurados como *ratio decidendi*, é no sentido de que tal recurso, se fundado em inconformidade contra decisão advinda da resposta ao terceiro quesito, é de uso exclusivo da defesa, pois a íntima convicção não poderia ser utilizada para legitimar condenações sem provas, cedendo em face de direitos de liberdade preferenciais.

Ora, a possibilidade de os jurados desprezarem a prova e decidirem de acordo com seu sentimento íntimo do que é ou não justo decorre das próprias regras do jogo,

pré-estabelecidas e de conhecimento prévio do Ministério Público, o qual possui, então, um duplo ônus quando se fala em julgamento pelo tribunal popular: o de se liberar das cargas probatórias, convencendo os jurados acerca da materialidade, da autoria, e da improcedência das teses defensivas, e também o de convencer os juízes leigos da necessidade (justiça) da imposição de uma sanção, evitando a absolvição piedosa. A absolvição por clemência é uma possibilidade, decorrente das regras pré-estabelecidas, que resulta da perda de chances pelo órgão acusador, quando não se libera a contento de seus ônus.

A questão, inclusive, já foi apreciada no âmbito dos tribunais superiores. No STJ prevalece o entendimento esposado pela sua terceira seção, no julgamento do HC n. 313.251, em 2018, quando foi estabelecida a possibilidade de absolvição por clemência, mas, ao mesmo tempo, assegurada à acusação a possibilidade de recorrer deste veredicto. No âmbito do STF, contudo, há decisões tanto da primeira como da segunda turma, como, por exemplo, nos HC n. 178.777 e n. 185.068, respectivamente, ambos julgados em 2020, assentando a impossibilidade do manejo do recurso pela acusação na hipótese aqui tratada. O assunto está pendente de desate pelo pleno do STF, em regime de repercussão geral – tema 1087, no ARE n. 1.225.185.

3 O DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Visto como o direito ao duplo grau de jurisdição é concretizado no ordenamento jurídico interno, passar-se-á a analisar o tratamento conferido ao direito pela CortelDH, a partir da sistematização dos critérios empregados em algumas decisões selecionadas sobre o tema, representativas da controvérsia. Esclareça-se que o conteúdo das decisões a serem analisadas não se restringem à problemática do presente trabalho, razão pela qual serão enfocados apenas os aspectos pertinentes a este.

Para fins metodológicos, esclareça-se que a escolha das decisões aqui tratadas se deu através de pesquisa no repositório oficial da CortelDH, em seu sítio eletrônico, e também através de consulta das decisões que mais se repetiam como relevantes na doutrina especializada que consta nas referências deste trabalho. Acrescente-se que, pela pesquisa realizada previamente à seleção, serão tratadas todas as decisões relevantes da CortelDH sobre o tema do direito ao duplo grau, excluídas aquelas que se limitavam a reproduzir os fundamentos de decisões anteriores.

3.1 Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru

Em 30 de maio de 1999, a CortelDH sentenciou o caso de Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra e Alejandro Luis Astorga Valdez contra o Estado peruano (COSTA RICA, 1999), o primeiro a trazer considerações de maior relevo a respeito do direito ao duplo grau de jurisdição, além de tratar de outras questões importantes que serão mencionadas de passagem.

A demanda foi submetida à CortelDH pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aos 22 de julho de 1997, a partir de denúncia protocolada na CIDH em 28 de janeiro de 1994. Foram aventadas possíveis violações aos artigos 1.1, 2, 5, 8, 20, 29 e 51.2 da CADH, em razão do julgamento dos cidadãos antes apontados pela justiça militar peruana, por um tribunal composto por juízes não identificados, resultando na condenação à prisão perpétua por crime de traição à pátria. Aos 19 de

novembro de 1996, a CIDH notificou o Estado peruano sobre a admissibilidade positiva da denúncia, e se colocou à disposição das partes para se buscar uma solução consensual, o que foi rechaçado pelo Estado. Em 11 de março de 1997, a CIDH aprovou informe em que considerava violado o artigo 8.1, 20 e 25 da CADH, recomendado ao Estado peruano que declarasse a nulidade do processo perante a justiça militar, e instaurasse um novo perante o juízo comum, com as devidas garantias processuais. O Estado peruano contestou as conclusões da CIDH e reafirmou a legitimidade do processo interno, o que motivou, então, a submissão da demanda à CorteIDH.

A CIDH alegou violação ao direito de nacionalidade previsto no artigo 20 da CADH, uma vez que ao Estado peruano não competiria julgar e condenar quatro cidadãos chilenos por traição à pátria, criando um vínculo de fidelidade e lealdade inexistente com o país. A CorteIDH entendeu que havia apenas um problema de nomenclatura do delito de traição à pátria, o qual era, na verdade, um crime de terrorismo agravado, e que este não implicava na negação da nacionalidade chilena dos processados ou na criação de um vínculo com o Estado peruano, concluindo por não haver a violação apontada pela CIDH.

Quanto à violação ao artigo 7.5 da CADH, referente ao direito de liberdade pessoal, aduzido apenas nas alegações finais da CIDH, esta alegou que os presos não foram apresentados a um juiz em prazo razoável e que tal direito não poderia ser suspenso pelo estado de excepcionalidade pelo qual passava o Estado peruano. A CorteIDH assentou que a legislação peruana da época, que permitia a detenção por até trinta dias de suspeitos de terrorismo sem sua apresentação a um juiz, violava a CADH e que a demora de mais de trinta dias até que fossem os presos, no caso concreto, apresentados ao juízo militar acarretou a aludida violação ao artigo 7.5 da CADH.

Alegou a CIDH violação ao artigo 8 da CADH, que diz com as garantias judiciais do imputado, especificamente o direito de ser ouvido por um juiz independente e imparcial (artigo 8.1), à presunção de inocência (artigo 8.2) em relação à garantia de defesa (artigos 8.2.c e 8.2.d), ao direito de inquirir as testemunhas (artigo 8.2.f), ao direito de recorrer da condenação (artigo 8.2.h) e à publicidade do processo (artigo 8.5).

Quanto ao primeiro ponto, a CorteIDH reafirmou sua jurisprudência no sentido do caráter excepcional do conhecimento de feitos pela jurisdição militar, que deve ser

restrito às infrações que digam com a ordem e à disciplina das forças armadas, vale dizer, com infrações praticadas por militares, em razão da função e sob determinadas condições. A ampliação da competência da jurisdição militar para o julgamento de civis feriria, segundo a CorteIDH, o juiz natural e competente. Violaria ainda a garantia da imparcialidade do juízo o julgamento de civis alegadamente envolvidos em grupos terroristas por membros das forças armadas inseridos no contexto de combate a estes mesmos grupos, conforme decidiu a CorteIDH. Esta também definiu que o fato de os juízes não serem identificáveis, impede que o imputado avalie sua competência. Assim, declarou a CorteIDH a violação do artigo 8.1 da CADH.

Em relação à violação artigo 8.2.h da CADH, objeto central deste trabalho, a CIDH alegou que tal direito é inderrogável e elemento essencial do devido processo, implicando uma revisão dos fatos nos quais se funda a acusação, o que não teria havido no caso concreto. O Estado peruano objetou que em nenhum momento, durante o processo interno, foi arguido pelas partes qualquer reclamo neste sentido. Ao contrário, os advogados das partes interpuseram apelação contra a sentença do Tribunal Especial de Instrução Militar, julgada em segunda instância pelo Tribunal Militar Especial da Força Aérea Peruana, e ainda intentaram recurso de nulidade ao Conselho Supremo da Justiça Militar.

A CorteIDH assinalou que de fato havia, de acordo com a legislação vigente, a possibilidade de interpor recurso de apelação em face da sentença de primeiro grau e recurso de nulidade em face da de segundo, além da possibilidade de recurso extraordinário de revisão de execução de pena quando houvesse prova superveniente. Aduziu ainda que a Constituição de 1979 previa um recurso de cassação para a Suprema Corte em casos de decisões da jurisdição militar respeitante aos civis, mas que tal recurso, embora intentado por Castillo Petruzzi e Astorga Valdez, não foi conhecido em razão da superveniência da Constituição de 1993, que restringiu seu cabimento para os casos de pena de morte.

Todavia, advertiu a CorteIDH que o direito ao duplo grau de jurisdição não se satisfaz com a mera existência de um órgão superior com poder de revisar a condenação, mas é necessário que este órgão reúna os requisitos jurisdicionais que o legitimem a conhecer do caso concreto. Prosseguiu explicando que o processo penal é uno nas diversas etapas e instâncias em que se desenrola, e que os princípios do juiz natural e do devido processo se espraiam por todas as fases e órgãos, de modo que, se o órgão revisor não satisfaz tais requisitos, não é legítima a etapa que

nele tem curso. Assim, como a CortelDH já havia assentado que a jurisdição militar, no caso concreto, não atendia aos requisitos do juiz natural, competente e imparcial, a mera existência formal dos recursos não satisfaz a exigência do artigo 8.2.h, o qual foi tido por violado, uma vez que órgão com poder de revisão não era competente, imparcial nem independente.

Ao fim, a CortelDH considerou violados os artigos 7.5, 9, 8.1, 8.2.b, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.h, 8.2.f, 8.3, 8.5, 25, 7.6, 5, 1.1, 2 e 51.2 da CADH, declarando a invalidez do processo e determinando que fosse renovado de acordo com o devido processo. Determinou ainda que o Estado peruano adaptasse sua legislação interna e indenizasse em US\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos dólares americanos) os familiares de cada uma das quatro vítimas, pelos custos com o processo internacional.

Fiscalizando o cumprimento de sua sentença, a CortelDH constatou que o Estado peruano implementou alterações de ordem executiva, legislativa e jurisprudencial para alterar o processamento dos delitos de traição à pátria e terrorismo, bem como cumpriu com a anulação do processo levado a cabo na jurisdição militar, iniciando-se um novo processo na justiça ordinária, pelo qual findaram os acusados condenados por terrorismo.

O precedente em questão é emblemático e pioneiro, no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, pois reconheceu que o direito ao duplo grau de jurisdição é indissociável do devido processo e do princípio do juiz natural. Deste modo, não é o mero acesso a um recurso ordinário contra a condenação que satisfaz o requisito do duplo grau, devendo este recurso ser dirigido a um órgão jurisdicional competente, imparcial e independente, sob pena de não ser efetivo o direito ao recurso, mas meramente uma previsão de ordem formal.

3.2 Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica

Objeto da sentença de 02 de julho de 2004, o Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (COSTA RICA, 2004), não trouxe apenas importantes contribuições sobre o entendimento da CortelDH a respeito da liberdade de expressão, mas também do direito ao duplo grau de jurisdição.

O caso foi submetido à CortelDH em 28 de janeiro de 2003, pela CIDH, a partir de denúncia recebida por esta em 01º de março de 2001. A CIDH submeteu o caso à

Corte com o objetivo de que esta averiguasse possível violação ao artigo 13 da CADH, que assegura a liberdade de pensamento e expressão, em razão da condenação, em 12 de novembro de 1999, do jornalista Mauricio Herrera Ulloa, por quatro crimes de difamação, consistentes em publicações de teor ofensivo veiculadas em edições do periódico La Nación em 19, 20 e 21 de maio e em 13 de dezembro, do ano de 1995.

As publicações reproduziam trechos de reportagens veiculadas na Bélgica, as quais atribuíam ao diplomata Félix Przedborski, representante de Costa Rica na Organização Internacional de Energia Atômica na Áustria, a prática de crimes graves. Em um primeiro momento, o Tribunal Penal do Primeiro Circuito Judicial de São José, Costa Rica, em sentença de 29 de maio de 1998, absolveu Herrera Ulloa, afirmando não restar comprovado o dolo específico de ofender. Desta sentença, Przedborski interpôs recurso de cassação, julgado em 07 de maio de 1999 pela Terceira Sala da Corte Suprema de Justiça, a qual deu provimento ao recurso para anular a sentença condenatória.

Em um novo julgamento, em 12 de novembro de 1999, adveio então a condenação de Herrera Ulloa. A sentença condenatória, proferida pelo Tribunal Penal do Primeiro Circuito Judicial de São José, estabeleceu as seguintes disposições: 1) condenação à pena de multa em razão dos quatro delitos de difamação; 2) publicação, pelo condenado, de uma referência à sentença no mesmo periódico; 3) condenação do imputado e do periódico à indenizar danos morais sofridos pelo diplomata; 4) pagamento de custas processuais e pessoais; 5) retirada, pelo periódico, em seu formato digital, do elo entre o nome do diplomata e as referidas publicações do mecanismo de busca do sítio eletrônico; 6) criação de um elo entre as publicações e a parte resolutive da sentença no sítio eletrônico do periódico.

Desta feita, a defesa de Herrera Ulloa ingressou com recurso de cassação, requerendo a anulação da sentença e sua absolvição. Aos 24 de janeiro de 2001, a mesma Sala da Suprema Corte que julgara o anterior recurso, integrada pelos mesmos juízes, negou provimento ao recurso de cassação, redundando no trânsito em julgado da sentença condenatória.

Durante o desenrolar do julgamento pela CorteIDH, o Estado costarricense arguiu exceção preliminar aduzindo que não houvera o esgotamento dos recursos internos por Mauricio Herrera Ulloa, quais sejam, no caso, a ação de inconstitucionalidade e o recurso de revisão, este último semelhante à revisão criminal do ordenamento brasileiro. Em contraposição, a CIDH alegou que a exigência de

esgotamento dos recursos internos se dá apenas em relação aos recursos ordinários, aptos a sanar a violação apontada, os quais foram manejados pela defesa de Mauricio Herrera Ulloa. Já os representantes deste alegaram que o recurso de revisão só é cabível em face de violação ao direito de defesa e que, perante a CorteIDH, as violações ao devido processo que se alega são em relação ao direito a um recurso efetivo, ao julgamento por juízes imparciais e à presunção de inocência, não havendo alegação de violação ao direito de defesa. Contrapuseram ainda que Herrera Ulloa ingressara com o recurso de cassação, o único disponível contra a sentença condenatória no ordenamento costarricense.

Analisando a preliminar, a CorteIDH asseverou que, embora prevista a exigência de esgotamento dos recursos internos para que se apresente denúncia perante a CIDH, nos moldes do artigo 46.1.a da CADH, o Estado denunciado pode renunciar a esta exigência, expressa ou tacitamente, além de que, caso oponha tal óbice, deve fazê-lo na fase de admissibilidade da Denúncia perante a CIDH, sob pena de renúncia tácita à alegação. Assentou ainda a Corte que o Estado, ao opor tal exceção, deve indicar os recursos que não foram esgotados e comprovar a efetividade dos mesmos para reverter a situação caracterizadora de violação ao texto convencional.

Em razão de tais considerações, a Corte apenas apreciou a alegação de não esgotamento da ação de inconstitucionalidade, única mencionada pelo Estado perante a fase de admissibilidade na CIDH. Considerou, neste aspecto, que a ação em questão é de natureza extraordinária, se relacionando apenas a questionamentos sobre normas, e não à revisão de uma sentença, não podendo ser considerada como um recurso interno a ser necessariamente esgotado para acesso à CIDH. Assim, decidiu manter a decisão de admissibilidade da CIDH, na parte em que entendeu que, com a interposição do recurso de cassação, Herrera Ulloa esgotara os meios disponíveis para a efetiva revisão da sentença condenatória.

No julgamento do mérito propriamente dito, os representantes de Herrera Ulloa solicitaram que a Corte analisasse as violações ao artigo 8 e 25 da CADH, embora não tivessem sido arguidas na demanda submetida pela CIDH, porque se encontravam narrados e provados os fatos caracterizadores das violações. Nesse tocante, alegaram que as limitações e a sistemática impostas ao recurso de cassação não satisfazem o direito ao duplo grau de jurisdição previsto no artigo 8.2.h da CADH, nem a garantia do juízo imparcial do artigo 8.1.

Sobre o primeiro aspecto, apontaram que o recurso de cassação é um recurso extraordinário, permeado de rigores formais que obstaculizam a efetiva revisão da condenação, não admitindo reanálise de provas ou de sua valoração. Aduziram que, no ordenamento costarricense, a jurisdição penal é a única que não prevê um recurso de apelação, inexistindo, de fato, uma segunda instância. Acrescentaram que, embora haja decisões da Corte Suprema do país mitigando os formalismos do recurso de cassação, justamente para atender ao texto convencional, no caso de Herrera Ulloa tais precedentes não foram observados. Sobre o segundo aspecto, alegaram que não havia condições de se ter um julgamento imparcial pelos mesmos magistrados que, dois anos antes, julgaram e deram provimento ao recurso de cassação da parte adversa, para anular a sentença absolutória em favor de Herrera Ulloa.

O Estado, em contrapartida, alegou que a CADH não exige a previsão de um recurso ordinário, mas tão somente que se possibilite ao imputado a revisão de sua condenação por um tribunal ou juiz superior, condição satisfeita pelo recurso de cassação. Aduziu ainda que os próprios tribunais de cassação mitigaram, em suas próprias decisões, as formalidades para o cabimento do recurso. Acrescenta que a CADH não exige a possibilidade de revisão plena, não havendo violação alguma no fato de o recurso de cassação apresentar limitações como a intangibilidades dos fatos provados. Sobre a questão da imparcialidade do juízo, afirmou que não se pode deduzir a imparcialidade do juízo a partir de qualquer contato prévio que se tenha tido com o processo.

Quando de sua análise da questão de fundo, a CortelDH, inicialmente, com base em precedentes anteriores, decidiu por conhecer da alegação não constante da demanda submetida pela CIDH, mas suscitada pela parte, uma vez que contidos nos fatos narrados na demanda.

Passando à alegada violação ao artigo 8.2.h da CADH, a CortelDH afirmou que, para consecução do direito ao duplo grau de jurisdição, não basta a existência de um juízo de grau superior ao que prolatou a condenação, mas sim que este juízo reúna as condições adequadas ao conhecimento da imputação do caso concreto. Para satisfazer os requisitos extraídos do direito ao duplo grau, segundo assentou a CortelDH, deve haver um recurso de natureza ordinária e que seja eficaz, não bastando sua mera existência formal. Deve, pois, ser o recurso acessível sem maiores complexidades. Deve ainda possibilitar um reexame integral da sentença recorrida.

No caso concreto, o recurso de que dispunha Herrera Ulloa, o de cassação, não permitia uma revisão ampla e integral de todos os aspectos levados em conta para sua condenação, não satisfazendo o direito contido no artigo 8.2.h da CADH.

Quanto à violação ao artigo 8.1 da CADH, relativo à imparcialidade do juízo, a Corte assentou que, ao julgar o primeiro recurso de cassação, interposto em face da absolvição de Herrera Ulloa, a Suprema Corte costarriquense anulou a sentença por entender que não havia fundamentação suficientemente racional para afastar o dolo direto ou eventual do imputado. Ao decidir de tal forma, deveriam os magistrados, quando do segundo recurso de cassação, este já em face da condenação de Herrera Ulloa, se abster de participar do julgamento, pois, anteriormente, se pronunciaram sobre questões de fundo, e não apenas sobre os aspectos formais da sentença de absolvição.

Assim a Corte determinou que o Estado costarriquense adotasse todas as medidas judiciais, administrativas ou de qualquer outra natureza para que tornasse sem efeito a sentença condenatória prolatada em face de Herrera Ulloa. Determinou ainda que o Estado adequasse, em prazo razoável, o seu ordenamento jurídico interno, de modo a garantir o efetivo exercício do direito ao duplo grau de jurisdição. Condenou ainda o Estado a indenizar Herrera Ulloa em US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos), pelos danos imateriais sofridos, e em US\$ 10.000,00 (dez mil dólares americanos) para ressarcimento do custeio de sua defesa.

Segundo apontam Echeverria e Varella (2018, p. 5), a CortelDH “não esclareceu, nessa oportunidade, o alcance do que seria um ‘exame compreensivo e integral’”, mas, pelo desenvolvimento dos argumentos das partes, “é possível concluir que o tribunal revisor deve ter competência para rejulgar não apenas o direito aplicável à espécie, como também os fatos discutidos”. Xavier (2018, p. 187) afirma que a Corte “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”. Souza (2014, p. 256) entende que a Corte estabeleceu “que a legislação interna deveria garantir o direito ao duplo grau de jurisdição sem qualquer restrição ao objeto do recurso, ou seja, sem limite para o efeito devolutivo”.

Souza (2014, p. 265) aponta que, em razão da sentença da Corte, o processo penal costarriquense sofreu profundas mudanças legislativas, como a criação do recurso de apelação e a modificação do de cassação, “o que estendeu consideravelmente a margem de matérias sujeitas à apreciação criminal” em grau

recursal, e “impulsionaram uma série de ações judiciais perante o Judiciário doméstico, demandando o reexame de processos criminais”. Sánchez (2011, p. 199-201) aponta que o novo recurso de apelação costarricense “dá uma competência suficientemente aberta ao tribunal de apelação para reexaminar integralmente a condenação”, abarcando os fatos e as provas, assim como a fundamentação e a cominação das penas, e possui poucos requisitos ou formalidades para seu cabimento, permitindo-se, inclusive, a produção de provas em grau de apelação.

Calabria (2017, p. 1.321) aponta que a Costa Rica deu eficácia formal à determinação da CorteIDH, através da aprovação da lei n. 8.837/2010, a qual “expandiu as possibilidades de apelação de decisões domésticas, adotando novos procedimentos processuais, reformando o procedimento de revisão e fortalecendo os princípios de oralidade e do contraditório em procedimentos criminais”. Todavia, ainda assim advieram diversas denúncias de violações semelhantes pelo Estado costarricense, razão pela qual “a Comissão ponderou, ao confirmar o cumprimento da obrigação de alteração normativa, que era necessário avaliar a implementação prática dessa alteração” (CALABRIA, 2017, p. 1.323).

3.3 Caso Barreto Leiva vs. Venezuela

O caso de Barreto Leiva contra o Estado da Venezuela (COSTA RICA, 2009) trouxe contributos fundamentais para se entender o tratamento dado pela CorteIDH ao direito ao duplo grau de jurisdição de pessoas com foro por prerrogativa de função, mormente quando respondem a ações penais originárias no tribunal de maior graduação de um Estado.

A CIDH apresentou a demanda perante a CorteIDH em 31 de outubro de 2008, a partir de petição inicial protocolada na CIDH em 09 de agosto de 1996. Aos 17 de julho de 2008, a CIDH aprovou a admissibilidade da denúncia formulada contra o Estado venezuelano e exarou recomendações a este, as quais quedaram sem qualquer resposta, levando a CIDH a apresentar a demanda para a CorteIDH.

O caso de fundo diz respeito à condenação de Oscar Enrique Barreto Leiva, então diretor-geral setorial de administração e serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da República, a um ano e dois meses de prisão por delito contra o patrimônio público praticado durante sua gestão, no ano de 1989. Durante a

tramitação de uma ação penal na Suprema Corte da Venezuela contra o então Presidente da República, um senador e um deputado, Barreto Leiva foi chamado a depor como testemunha, vindo, posteriormente, a sofrer um auto de detenção.

Alegou a CIDH, na demanda apresentada perante a CorteIDH, que Barreto Leiva não foi previamente cientificado das acusações contra si, em razão do caráter secreto daquela etapa processual, cujo sigilo também redundou na impossibilidade de ser Barreto Leiva assistido por defensor de sua livre escolha, de fazer perguntas às testemunhas, de conhecer as provas que estavam sendo produzidas, produzir provas em seu favor e exercer o contraditório sobre as produzidas contra si. Alegou ainda a CIDH que, por ter sido julgado e condenado, em única instância, pela Suprema Corte venezuelana, Barreto Leiva não foi julgado por um tribunal competente, eis que não possui foro por prerrogativa de função, e não teve assegurado seu direito de revisão da condenação. Também aduziu a CIDH que Barreto Leiva fora preso preventivamente com base em meros indícios de culpabilidade, sem direito a fiança e por tempo superior ao da pena que lhe foi imposta. Assim, solicitou que a CorteIDH declarasse violado os artigos 7.1, 7.3, 7.5, 8.1, 8.2.b, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.f, 8.2.h e 25.1 da CADH. O representante de Barreto Leiva aderiu às mesmas argumentações da CIDH.

O Estado venezuelano aduziu, em sua defesa, que Barreto Leiva foi julgado pela Suprema Corte em razão do princípio da conexão, atraído pelo foro do então Presidente da República, não havendo violação, portanto, ao devido processo legal e ao juiz natural, argumentando ainda que o julgamento pela Suprema Corte lhe conferiu maiores garantias processuais.

Em relação à alegação de que Barreto Leiva não foi julgado por um tribunal competente, a CIDH assentou que o ordenamento jurídico venezuelano só regulava a hipótese de reunião processual por conexão entre pessoa sem prerrogativa de foro e congressistas, julgados por um tribunal de menor graduação que a Suprema Corte. Não havia regulamentação legal para o caso de conexão entre pessoa comum e o Presidente da República, tendo a Suprema Corte de Justiça aplicado a norma relativa aos deputados, para suprir a lacuna da lei.

Em análise desse ponto, a CorteIDH pontuou que o foro por prerrogativa de função tem inegável interesse público, na medida em que não constitui direito pessoal do acusado, mas uma proteção à integridade de determinadas funções estatais. Acrescentou que o princípio da conexão, quando previsto em lei, não importa em

violação ao juiz natural, pois o indivíduo sem prerrogativa de foro é julgado em conjunto por aquele que o possui, no tribunal competente, em razão de normas previamente estabelecidas e de conhecimento dos imputados. No caso de Barreto Leiva, embora não houvesse uma norma específica regulando a conexão em relação ao Presidente da República, a Corte Suprema aplicou norma geral que previa que um só tribunal conheça de casos conexos, afirmando que a conclusão lógica seria a da atração da pessoa sem foro para o foro do Presidente, pois o inverso desnaturaria a própria razão de ser do foro por prerrogativa de função. Assim, entendeu não haver violação neste tocante.

Quanto à violação ao direito ao duplo grau de jurisdição, a CIDH alegou que a atração do foro no caso concreto retirou de Barreto Leiva a possibilidade de recorrer de sua condenação, muito embora tal direito estivesse previsto na lei de proteção do patrimônio público, que previa a segunda instância de julgamento no Tribunal de Proteção do Patrimônio Público ou na própria Corte Suprema de Justiça, conforme a graduação do funcionário público. Em sua defesa, o Estado arguiu os precedentes do Caso Consuelo Salgar de Montejó vs. Colombia e do Caso Duillo Fanali vs. Itália, julgados pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, em relação à previsão do duplo grau contida no artigo 14.5 do PIDCP, de redação bastante similar ao artigo 8.2.h da CADH.

A CorteIDH sinalizou que o precedente colombiano ia de encontro com o que alegava o Estado venezuelano, uma vez que o Estado colombiano restou condenado por violação ao artigo 14.5 do PIDCP. Em relação ao segundo precedente, a CorteIDH esclareceu que Estado italiano não foi condenado porque houvera feito reserva à cláusula do artigo 14.5 do PIDCP, e não porque o Comitê considerara inexistente a violação. A reserva, neste caso, seria a única exceção ao mencionado artigo admitida pelo Comitê da ONU, o qual, em outros julgados, já assentiu que o julgamento originário pelo mais alto tribunal de um país, sem direito a um recurso, viola o artigo 14.5 do PIDCP.

Decidiu a CorteIDH que a criação de foros especiais para o julgamento de altas autoridades, a princípio, é compatível com a CADH, mas deve o Estado garantir que o imputado tenha acesso a um recurso efetivo contra sua condenação, exemplificando que tal acesso poderia se dar através da previsão do julgamento originário pelo presidente, de forma monocrática, ou por uma turma do tribunal, sendo a impugnação

de eventual condenação dirigida ao pleno, com a exclusão daqueles que participaram do julgamento anterior.

A CortelDH teve então por violado o artigo 8.2.h da CADH, em razão do julgamento em única e última instância de Barreto Leiva, sem que lhe fosse assegurado um recurso acessível, tal como seria se houvesse sido julgado sem a aplicação da conexão, a qual, embora admissível em tese, neste caso trouxe uma consequência inadmissível.

Em sede de reparação, a CortelDH determinou que o Estado venezuelano concedesse a Barreto Leiva o direito de recorrer da sentença condenatória, se este assim desejar, e, se confirmada sua condenação, não se lhe impusesse nenhuma pena adicional e declarasse a pena cumprida, mas, caso absolvido, determinasse reparação pelos danos materiais e imateriais que sofreu Barreto Leiva. Determinou ainda que o Estado venezuelano adeque seu ordenamento jurídico para permitir o direito ao recurso a todos, mesmo àqueles julgados na mais alta corte do país. Além disso o Estado venezuelano foi condenado a pagar US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares americanos) a Barreto Leiva por danos imateriais e US\$ 10.000,00 (dez mil dólares americanos) a título de reembolso de gastos com o processo internacional.

Echeverria e Varela (2018, p. 6) apontam que o julgado em questão pacificou “o entendimento de que a garantia do duplo grau de jurisdição não admite qualquer espécie de margem de apreciação por país, diversamente do que ocorre na jurisdição europeia”, bem como ser “aceitável que a revisão seja efetuada por outro órgão do mesmo tribunal”, tendo servido como fundamento de denúncia de advogados brasileiros à CIDH, em razão do julgamento de agentes políticos no âmbito do STF. Xavier (2018, p. 187) aduz “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”.

Calabria (2017, p. 1337-1338), em análise a respeito do grau de eficácia das determinações da CortelDH, lista onze decisões como possuidoras de grau crítico de ineficácia, uma vez que os Estados condenados sequer cumpriram com a obrigação convencional de informar à CortelDH sobre as medidas adotadas, obstando o exercício do monitoramento do cumprimento das decisões. Destas onze, sete envolvem o Estado venezuelano, dentre as quais se encontra o caso de Barreto Leiva.

3.4 Caso Mohamed vs. Argentina

Na sentença de 23 de novembro de 2012, a CortelDH apreciou a demanda de Carlos Alberto Mohamed contra o Estado argentino (COSTA RICA, 2012), cuja resolução muito impacta a necessidade de conformação do sistema processual penal brasileiro. Ressalte-se que este julgado, além do tema do direito ao duplo grau de jurisdição, traz importantes definições a respeito do princípio do *ne bis in idem*, previsto no artigo 8.4 da CADH, a respeito do qual já se tratou no tópico 2.3 deste trabalho.

Mohamed apresentou denúncia perante a CIDH em 18 de março de 1996, tendo esta, apenas em 22 de fevereiro de 2005, aprovado a admissibilidade da petição em relação a violações aos artigos 8, 9 e 1.1 da CADH. Em 02 de novembro de 2010, a CIDH aprovou informe a respeito da matéria de fundo alegada e, em 13 de abril de 2011, submeteu a demanda à apreciação da CortelDH, em razão da recalcitrância do Estado argentino em promover os ajustes necessários para atender as recomendações da CIDH.

Segundo a CIDH, o Estado violou os princípios da legalidade e da irretroatividade, o direito de defesa, o direito de recorrer da condenação e o direito a um recurso efetivo para sanar tais violações, tudo em razão da condenação de Mohamed por homicídio culposo, em razão de acidente de trânsito, imposta pela segunda instância de jurisdição, após haver sido Mohamed absolvido em primeiro grau. Solicitou a CIDH a condenação do Estado argentino por violação aos artigos 9, 8.2.c, 8.2.h e 25.1 da CADH. Os representantes de Mohamed aderiram às violações apontadas pela CIDH e solicitaram o acréscimo da violação aos artigos 8.1, 8.2.d, 8.2.e, 8.4, 25.2.a e 25.2.b da CADH.

Em 1992, Mohamed trabalhava como motorista de ônibus em Buenos Aires, quando, no dia 16 de março daquele ano, abalroou o veículo que conduzia contra uma senhora que atravessava a rua, a qual veio a óbito. Foi denunciado por homicídio culposo e, em 30 de agosto de 1994, absolvido em primeira instância. Na sentença absolutória, considerou-se a ausência de testemunhas visuais, à exceção de uma, mas cujo valor probatório foi relativizado em razão de grave contradição apresentada no depoimento. Considerou-se ainda que, havendo semáforo para pedestres, a prioridade de passagem é daquele para quem o semáforo autoriza a passagem, não

havendo qualquer prova a indicar que houvesse Mohamed desrespeitado o sinal vermelho, nem mesmo a imputação oficial continha tal acusação fática.

Aos 31 de agosto de 1994, o órgão acusador interpôs recurso de apelação em face da sentença absolutória, assim como o fez o advogado que representava a vítima. Em 22 de fevereiro de 1995, a primeira sala da Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais deu provimento aos recursos de apelação para condenar Mohamed à pena de 03 anos de prisão e 08 anos de inabilitação para dirigir.

Ausente recurso ordinário à disposição de Mohamed, este intentou um recurso extraordinário federal, limitado por lei à discussão de questões federais ou de sentença manifestamente arbitrária, cujo seguimento foi negado pelo tribunal recorrido, ao argumento de que o recurso visava a rediscussão de fatos e provas. Ato contínuo, Mohamed intentou um recurso de queixa, similar ao agravo em recurso extraordinário do direito brasileiro, intentando fosse dado seguimento ao recurso anterior, ao qual foi negado provimento pela Suprema Corte argentina. Buscou ainda Mohamed, por fim, a revogação da decisão da Suprema Corte através de uma espécie de recurso de reconsideração, o qual também restou denegado.

Nas alegações articuladas perante a CorteIDH, a CIDH defendeu que o direito do artigo 8.2.h da CADH não constitui um direito à dupla instância penal, mas apenas um direito de revisão de condenações, surjam estas na instância que for, e, no caso de Mohamed, o recurso extraordinário não lhe outorgava um direito de revisão oportuna, acessível e eficaz. No mesmo sentido foram as considerações dos representantes de Mohamed. Já o Estado argentino alegou que Mohamed jamais sustentou violação ao seu direito de revisão nos recursos que manejou internamente, razão pela qual o Estado não poderia dar solução a tal violação, eis que não veiculada.

Ao analisar a questão de fundo, a CorteIDH dividiu a matéria em quatro vertentes: 1) definir se o artigo 8.2.h alcança as condenações decorrente de provimento de recurso contra a absolvição; 2) a definição do conteúdo do artigo 8.2.h da CADH; 3) se os recursos de que dispunha Mohamed satisfaziam os requisitos da norma convencional; 4) se houve violação ao dever de adequar as disposições do direito interno contido no artigo 2 da CADH.

Quanto ao primeiro ponto, asseverou que o Estado argentino não contraditou a existência de um direito à revisão da sentença condenatória, mas alegou que, no caso concreto, Mohamed poderia ter feito uso de tal direito, mas não logrou fazê-lo em razão do manejo inadequado dos recursos disponíveis. A CorteIDH fixou como ponto

controvertido aferir se o direito do artigo 8.2.h da CADH admite exceção quando a condenação advenha de tribunal que julgou recurso contra anterior absolvição. A CortelDH assentou que a norma internacional em questão se trata de garantia do indivíduo frente ao Estado, e não mera regra de orientação dos sistemas de impugnações, e, como tal, deve ser assegurada a todo condenado, no momento em que surge a condenação, independente da instância em que proferida a sentença. Sustentou ainda que, diferentemente do sistema europeu de proteção aos direitos humanos, o interamericano não previu exceções ao direito de revisão das condenações.

Sobre o segundo ponto, a respeito do conteúdo do direito em questão, assentou a CortelDH que a dupla conformidade judicial dá maior legitimidade e credibilidade ao ato estatal, melhor tutela os direitos do imputado e é expressada através do acesso a um recurso que possibilite uma revisão integral da sentença condenatória. Se refere, portanto, a um recurso de natureza ordinária, que seja eficaz e acessível – sem grandes entraves formalísticos –, a ser assegurado antes que a sentença adquira a qualidade de coisa julgada. Por eficaz, a CortelDH entendeu aquele recurso que permita a revisão de questões fáticas, probatórias e jurídicas.

Em relação à terceira questão, a CortelDH afirmou não haver qualquer controvérsia a respeito do fato de que não havia um recurso ordinário disponível a Mohamed em face de sua condenação. Reconheceu ainda que o recurso extraordinário federal de que dispunha Mohamed sequer constitui um meio de impugnação processual penal, regulado que era pelo Código de Processo Civil e Comercial argentino, além de possuir limitações que não permitem a revisão de questões fáticas e probatórias.

Por fim, quanto ao último aspecto tratado, a CortelDH assentou que, ao não assegurar a Mohamed os meios impugnativos necessários para a revisão de sua condenação, o Estado argentino violou o dever do artigo 2 da CADH, que impõe a adequação das normas de direito interno para garantir a aplicação dos direitos previstos na Convenção.

Assim, em sua parte resolutiva, a sentença da CortelDH determinou que o Estado argentino adotasse as medidas necessária para garantir um recurso eficaz a Mohamed, nos termos do artigo 8.2.h da CADH, que suspendesse os efeitos da condenação até que garantido o direito ao recurso efetivo, que indenizasse Mohamed em US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares americanos) por danos materiais e

imateriais e que informasse em até um ano as medidas adotadas para cumprimento da decisão da CortelDH.

Strano (2015, p. 286) sustenta que essa “interpretação representa a continuidade de esforços da CIDH em blindar o duplo grau de jurisdição em relação às mitigações realizadas em âmbito interno”. Echeverria e Varella (2018, p. 5) apontam que a CortelDH “novamente ampliou o alcance da garantia estabelecida no artigo 8.2.h da Convenção Americana, para afirmar que o ordenamento jurídico doméstico deve prever um recurso integral contra a decisão condenatória”, determinando que “caso o indivíduo seja absolvido em primeira instância e condenado após recurso do órgão acusador, deve ser garantido um novo recurso irrestrito contra o acórdão condenatório”. Xavier (2018, p. 192) afirma que “no fundo, o que fez a Corte foi reafirmar a verdadeira natureza jurídica do duplo grau de jurisdição segundo a concepção da Convenção”, considerando “o duplo grau como direito do acusado, e não como ‘valor de justiça’, em franca oposição ao que prevê a normativa interna brasileira”.

Moreira (2015) aponta que, pouco depois da sentença da CortelDH, a Suprema Corte argentina aplicou o precedente do caso de Mohamed em favor de Carlos Alberto Carrascosa, declarando procedente seu recurso extraordinário, anulando decisão do Supremo Tribunal de Justiça da província de Buenos Aires e determinando que o tribunal observasse o direito ao duplo grau de jurisdição. A Argentina promulgou um novo Código de Processo Penal em 2014, em cujo artigo 21 se encontra positivado o direito ao duplo grau de jurisdição como o direito de recorrer da sanção penal imposta a outro juiz ou tribunal com faculdades amplas para revisão (BANDEIRA, 2019, p. 100).

3.5 Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname

Em 30 de janeiro de 2014, a CortelDH sentenciou o caso de Liakat Ali Alibux contra o Estado do Suriname (COSTA RICA, 2014a), o qual foi submetido pela CIDH em 20 de janeiro de 2012, a partir de denúncia formalizada em 22 de agosto de 2003. O caso tratava da condenação do ex-Ministro de Finanças e de Recursos Naturais, em 05 de novembro de 2003, por crime de falsificação, com base na Lei sobre Acusação de Funcionários com Cargos Políticos.

Aos 09 de março de 2007 a CIDH aprovou a admissibilidade da petição e, em 22 de julho de 2011, aprovou informe sobre a questão de fundo, no qual concluiu que o Estado surinamense violou o direito de recorrer da condenação (artigo 8.2.h da CADH), o princípio da legalidade e retroatividade (artigo 9 da CADH), o direito de circulação (artigo 22 da CADH) e o direito à proteção judicial (artigo 25 da CADH), tudo em prejuízo de Liakat Ali Alibux. Recomendou ao Estado que adotasse medidas para anular o processo penal interno, reparar Liakat Ali Alibux pelas violações sofridas e adaptar a legislação interna em relação ao direito ao recurso.

Em sede de exceção preliminar, o Estado alegou a falta de esgotamento dos recursos internos em razão da petição haver sido protocolada perante a CIDH antes mesmo da sentença condenatória, de não ter havido recurso de apelação em face desta e de não ter havido o esgotamento dos recursos disponíveis quanto ao impedimento de saída do país. As alegações foram rejeitadas pela CortelDH, seja porque, no momento do julgamento da admissibilidade da petição pela CIDH, já havia sentença condenatória, seja porque o recurso de apelação no caso concreto só fora criado por lei no ano de 2007, seja porque o Estado não indicou que recursos deveria o peticionário ter esgotado em relação ao impedimento de saída do país.

Passando a historiar o caso, tem-se que Liakat Ali Alibux foi Ministro de Recursos Naturais do Suriname de 1996 a 2000 e, concomitantemente, também foi Ministro de Finanças de 1999 a 2000. No ano seguinte ao fim de suas gestões, foi investigado em razão da compra de um imóvel para o Ministério do Desenvolvimento Regional, em cujo processo de compra teria falsificado cartas de aprovação do Conselho de Ministros. O Procurador-Geral da República solicitou ao Presidente que providenciasse para que Alibux fosse formalmente acusado pela Assembleia Nacional, para que aquele pudesse prosseguir com as investigações. Em 18 de outubro de 2001, a pretexto de regulamentar o artigo 140 da Constituição, após aprovação do Conselho de Estado e da Assembleia Nacional, o Presidente ratificou a Lei sobre Acusação de Funcionários com Cargos Políticos, com o objetivo de regulamentar o processo de funcionários públicos por atos praticados no exercício do cargo, ainda que já não mais ocupassem a função. Todo o processo de Alibux se deu com base na referida legislação, que estabelecia, inclusive, condições de procedibilidade da ação penal. Após acusação formal pela Assembleia Nacional, foi instaurada investigação preliminar levada a cabo perante um juiz instrutor, finda a qual

foi o Alibux notificado que seria formalmente acusado perante a Alta Corte de Justiça, tribunal máximo do país.

Durante o processo na Alta Corte, a defesa de Alibux alegou, dentre vários argumentos, que o artigo 140 da Constituição e a lei criada para regulamentá-lo eram incompatíveis com o artigo 14.5 do PIDCP e com o artigo 8.2.h da CADH, ao estabelecer um processo penal de instância única. A Alta Corte indeferiu a alegação, ao argumento de um tratado internacional não teria efeito direto em um caso concreto e que um juiz não pode estabelecer uma apelação não prevista na legislação processual interna. Ao fim, foi Alibux condenado por uma das acusações de fraude à pena de um ano de detenção e três anos de inabilitação para o cargo.

No ano de 2007, a Lei sobre Acusação de Funcionários com Cargos Políticos foi alterada para criar um recurso de apelação, de modo que o primeiro julgamento se daria por um colegiado de três membros da corte, enquanto o recurso seria julgado por um colegiado de cinco a nove membros. Na dita reforma, foi possibilitado que os condenados anteriormente apelassem de suas condenações no prazo de três meses, faculdade não exercida por Alibux, que já houvera cumprido sua pena integralmente.

Alibux foi a primeira pessoa condenada com base na Lei sobre Acusação de Funcionários com Cargos Políticos e no artigo 140 da Constituição, a qual, em seu artigo 144, estabelecia a criação de um Tribunal Constitucional, que até a data da sentença da CortelDH nunca houvera sido criado.

Julgando o mérito das violações apontadas pela CIDH, a CortelDH rechaçou a violação ao princípio da legalidade e retroatividade, aduzindo que o fato era previsto como crime por lei anterior e o artigo 140 da Constituição estabelecia as bases do julgamento, de modo que a aplicação da Lei sobre Acusação de Funcionários com Cargos Políticos não importou em alteração do tipo penal ou da pena a este cominada.

Quanto ao cerne deste trabalho, a CIDH alegou que Alibux foi julgado em única instância, sem direito a recurso, e que, embora o estabelecimento de foro especial seja convencional, devem ser assegurados mecanismos para garantir o direito de recorrer das condenações. Os representantes de Alibux acrescentaram que desde o começo do processo penal interno apresentaram queixa pelo descumprimento do artigo 8.2.h da CADH, tendo a Alta Corte persistido no procedimento inconveniente. Acrescentou ainda que a utilização do recurso criado *a posteriori* não traria qualquer benefício ao peticionário, pois que já cumpridas suas penas. A CortelDH dividiu a análise da matéria em cinco pontos, a saber: 1) alcance do artigo 8.2.h da CADH; 2)

criação de jurisdições penais distintas das ordinárias para julgamento de autoridades; 3) regulamento do direito ao recurso no julgamento penal de autoridades a nível comparado; 4) julgamento em única instância de Alibux e o direito ao recurso; 5) previsão posterior de recurso de apelação.

Em relação ao alcance da norma convencional, a CortelDH se limitou a um apanhado geral do que já decidiu em casos anteriores, aqui já tratados. Quanto à criação de foros especiais, a CortelDH reafirmou o precedente do Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, no sentido de que tal previsão, por si só, não importa em violação às normas convencionais.

Em análise comparada sobre o direito ao recurso de autoridades julgadas em foro distinto do ordinário, a CortelDH tratou da matéria no âmbito do Comitê de Direitos Humanos da ONU, no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e nos Estados que integram a Organização dos Estados Americanos. No âmbito do Comitê da ONU, assinalou a CortelDH que o julgamento em única e última instância pelo tribunal de maior hierarquia de um país viola o artigo 14.5 do PIDCP, pois não se compensa a inexistência de recurso com a circunstância de ser julgado por um tribunal de maior graduação. Na esfera da CEDH, esclareceu a CortelDH que o sistema europeu de proteção aos direitos humanos excetua o direito ao duplo grau de jurisdição nos casos de julgamento originário na corte de maior hierarquia de um país, reconhecendo que o direito europeu exerce forte influência no Suriname, mas ressalvando que não há correspondência com o sistema interamericano, como já decidido no Caso Mohamed vs. Argentina. Já no âmbito dos países membros da OEA, a CortelDH observou que a maioria deles outorga o direito de recorrer da condenação às autoridades com foro especial, ainda que julgadas em na última instância do país.

Passando a análise do caso concreto, a CortelDH entendeu que, a princípio, o estabelecimento da Alta Corte de Justiça como órgão julgador do caso de Alibux não feriria nenhuma norma convencional. Todavia, a ausência de um recurso contra a decisão daquela corte era contrária ao artigo 8.2.h da CADH, argumentando a CortelDH que o simples fato de o julgamento ser levado a cabo pelo tribunal de maior hierarquia do país não o torna isento de erros ou vícios. Relevante conclusão da CortelDH, neste caso, se deu em relação ao alcance da expressão “juiz ou tribunal superior”, contida no artigo 8.2.h da CADH. Assentou a CortelDH que, quando inexistente tribunal de maior hierarquia ao que proferiu a condenação, o direito ao

duplo grau de jurisdição é satisfeito com a interposição de recurso dirigido a órgão distinto dentro do mesmo tribunal, com a participação de juízes distintos.

Quanto à superveniência de norma interna que possibilitou à Alibux recorrer de sua condenação, a CorteIDH observou que esta já se encontrava com trânsito em julgado e com as penas cominadas cumpridas, constituindo um recurso apenas formal, sem substância para alterar os efeitos da sentença condenatória, razão pela qual não houve observância do direito ao duplo grau de jurisdição de maneira eficaz.

Ao fim, a CorteIDH declarou que o Estado surinamense não era responsável pela violação aos artigos 9 e 25 da CADH e devia ser responsabilizado por violação aos artigos 8.2.h, 22.2 e 22.3 da CADH, devendo o Estado pagar US\$ 10.000,00 (dez mil dólares americanos) por danos imateriais e US\$ 3.364,00 (três mil, trezentos e sessenta e quatro dólares americanos) pelos custos com o processo internacional.

Deste precedente se extrai o entendimento segundo o qual o direito ao duplo grau de jurisdição não exige que a condenação seja revista necessariamente por um órgão de superior hierarquia na graduação jurisdicional de um país, mas apenas que seja um órgão distinto e com amplos poderes de revisão e modificação da sentença condenatória. Xavier (2018, p. 187) afirma 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”. Echeverria e Varella (2018, p. 6) apontam ainda que foi reafirmado o entendimento de que “a garantia do duplo grau de jurisdição não admite qualquer espécie de margem de apreciação por país”, “sedimentando a jurisprudência no sentido de não excepcionar o julgamento pela mais alta corte do país de observar a garantia do duplo grau de jurisdição”.

3.6 Caso Norín Catrimán e outros vs. Chile

Aos 07 de agosto de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à CorteIDH o caso envolvendo Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe, além de outros dirigentes e ativistas da comunidade indígena Mapuche contra o Estado do Chile, julgado pela CorteIDH em 29 de maio de 2014 (COSTA RICA, 2014b).

Segundo a CIDH, houve violação aos artigos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 e 24 da CADH, em razão da condenação de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles e Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, por delito de terrorismo, em aplicação de norma penal violadora do princípio da legalidade e sem a observância do devido processo, em um contexto de aplicação seletiva da legislação antiterrorista em face do povo Mapuche no Chile.

No âmbito da CIDH, quatro petições distintas, protocolizadas entre 2003 e 2005, foram apreciadas em conjunto, a pedido do próprio Estado chileno, tendo sido julgadas admissíveis em 21 de outubro de 2006 e 02 de maio de 2007. Em 05 de novembro de 2010, a CIDH aprovou informe de fundo declarando as violações aos dispositivos da CADH antes apontados, recomendando ao Estado chileno que tornasse sem efeito a condenação das oito pessoas acima nominadas e realizasse adequações em sua legislação interna. Entendendo que as recomendações não foram adotadas a contento, a CIDH submeteu o caso à jurisdição da CorteIDH.

Norín Catrimán, Pichún Paillalao e Troncoso Robles foram submetidos a processo penal por acusações de incêndios terroristas e ameaças de incêndios, ocorridos no ano de 2001. Em 14 de abril de 2003, o Tribunal Oral de Julgamento Criminal de Angol julgou improcedente as acusações e absolveu os três imputados, por ausência de prova suficiente de autoria. Os querelantes e o Ministério Público ingressaram com recurso de nulidade perante a Suprema Corte de Justiça, cuja segunda turma, por maioria, anulou a sentença absolutória para que outra fosse proferida, ao argumento de que não foram observados os requisitos de fundamentação e análise probatória exigidos pela legislação processual penal. Em 27 de setembro de 2003, o mesmo tribunal que houvera julgado as acusações improcedentes, mas composto por três juízes distintos, desta feita, as julgou parcialmente procedentes, absolvendo Troncoso Robles de todas as acusações e condenando os demais por uma acusação de ameaça de incêndio terrorista, cominando-lhes pena de cinco anos de prisão, além de penas acessórias.

Juan Marileo Saravia, Florencio Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Millacheo Licán e Troncoso Robles foram processados criminalmente por incêndio

terrorista havido no dia 19 de dezembro de 2001. Foram condenados, em 22 de agosto de 2004, pelo Tribunal Oral de Julgamento Criminal de Angol à pena de 10 anos de prisão, além de penas acessórias. Todos os condenados intentaram, individualmente, recursos de nulidade perante o Tribunal de Apelações de Temuco, requerendo a anulação da sentença para que outra fosse proferida ou, subsidiariamente, fosse declarada a ausência de intento terrorista e diminuída a pena pela metade. Os recursos foram improvidos em 13 de outubro de 2004.

Por fim, Ancalaf Llaupe foi julgado por atear fogo, com intento terrorista, em três caminhões, nos dias 29 de setembro de 2001, 03 e 17 de março de 2002. Em 30 de dezembro de 2003, foi condenado pelo Ministro de Instrução do Tribunal de Apelações de Concepción à pena de 10 anos de prisão, além de penas acessórias. O condenado apelou ao Tribunal de Apelações de Concepción, o qual, em 04 de junho de 2004, absolveu Ancalaf Llaupe pelos fatos havidos em 29 de setembro de 2001 e 03 de março de 2002, mantendo a condenação pelo último fato e reduzindo a pena de prisão pela metade. Ancalaf Llaupe apresentou recursos de cassação e de queixa perante a Suprema Corte de Justiça, ambos julgados inadmissíveis.

No que diz respeito ao tema central deste trabalho, esclareça-se que a alegação de violação ao artigo 8.2.h da CADH, que assegura o direito de revisão das condenações, foi arguido apenas em relação aos dois primeiros processos criminais, levados a cabo sob o pálio do código de processo penal chileno de 2000, no qual o recurso cabível contra a condenação era o recurso de nulidade. Em relação ao processo penal de Ancalaf Llaupe, este se deu sob a égide do código anterior, de 1906, que previa um recurso de apelação, o qual foi utilizado pelo acusado.

Sobre a questão, a CIDH alegou que o novo código de processo penal extinguiu a apelação em face de sentenças penais emanadas de tribunais de julgamento oral¹⁰, contra as quais caberia apenas recurso de nulidade, em

¹⁰ O processo penal chileno se desenvolve de forma bastante particular, sendo considerado um exemplo de sucesso da adoção de um legítimo sistema acusatório. A persecução penal se desenvolve em três etapas. A primeira se dá perante o juízo das garantias, em que são colhidos os elementos de informação que culminam com a formulação da imputação oficial pelo Ministério Público. A segunda se dá com a análise, pelo juízo das garantias, acerca da admissibilidade da acusação e da legalidade das provas produzidas. A terceira é a fase de instrução e julgamento,

hipóteses taxativamente previstas, o qual não admitia uma revisão integral dos fatos e provas. A CorteIDH dividiu a análise em três pontos, a saber: 1) alcance e conteúdo do direito ao duplo grau de jurisdição; 2) sistema recursal positivado no Chile; 3) sentenças que negaram provimento aos recursos de nulidade nos casos concretos.

Quanto ao primeiro ponto, a CorteIDH, através de um apanhado do que já decidira anteriormente, elencou seis critérios básicos para que haja a satisfação do direito ao duplo grau de jurisdição, quais sejam: 1) o recurso deve ser ordinário, isto é, deve ter sua interposição garantida antes que a sentença adquira o *status* de coisa julgada, suspendendo o seu trânsito em julgado; 2) deve ser acessível, sem maiores obstáculos ou complexidades de ordem formal para o seu conhecimento; 3) deve ser eficaz, vale dizer, deve permitir que se obtenham respostas efetivas para o fim a que foi concebido, independentemente do regime recursal ou da nomenclatura que se dê ao recurso; 4) deve permitir um exame ou revisão integral da condenação, permitindo que sejam analisadas questões de fato, de prova e de direito; 5) deve estar ao alcance de toda pessoa condenada, inclusive daquele condenado em razão da reforma de uma sentença absolutória; 6) por fim, deve respeitar as garantias judiciais mínimas do artigo 8 da CADH, sem que isso implique necessariamente a realização de novo julgamento oral.

Analisando o sistema recursal chileno, a CorteIDH chegou às seguintes conclusões principais: 1) há uma distinção entre as hipóteses gerais de cabimento do recurso de nulidade e as causas de nulidade absoluta, pois, neste último caso serão anulados tanto o julgamento quanto a sentença, enquanto no primeiro pode haver anulação apenas da sentença; 2) se anulados o julgamento e a sentença, o feito será submetido a novo julgamento oral; 3) se for anulada apenas a sentença, o órgão revisor pode proferir sentença em substituição, sob determinadas condições.

Passando a análise de sentença que negou provimento aos recursos de nulidade de Norín Catrimán e Pichún Paillalao, a CorteIDH assentou que em momento algum a segunda turma da Suprema Corte de Justiça, em sua sentença,

perante os tribunais penais orais, compostos por três juízes que não tiveram qualquer contato anterior com o processo, e cujo rito se dá de forma una e oral.

realizou um exame dos fatos ou das considerações jurídicas sobre tipicidade para verificar se as conclusões da sentença condenatória se embasam em provas suficientes e em adequada análise jurídica, mas tão somente procedeu a um exame de coerência interna da sentença. Considerou a CorteIDH que a simples descrição dos argumentos despendidos pelo órgão recorrido, sem que o órgão revisor exponha uma fundamentação própria que dê suporte à sua conclusão, não satisfaz o requisito da eficácia do recurso, tornando a garantia da dupla conformidade judicial ilusória.

Quanto aos recursos de nulidade de Florencio e Juan Marileo Saraiva, Huenchunao Mariñán, Millacheo Licán e Troncoso Robles, o Tribunal de Apelações de Temuco, ao indeferi-los, argumentou que não se poderia revisar os fatos fixados na sentença condenatória, diante do princípio da imediação, e que o recurso de nulidade não incide sobre os aspectos fáticos. A CorteIDH considerou que o tribunal interpretou de maneira muito restritiva os requisitos processuais do recurso de nulidade, o que impossibilitou que as provas consideradas relevantes pelos recorrentes fossem valoradas, de modo que não restou observado o direito ao duplo grau de jurisdição previsto na CADH.

A CorteIDH, embora reconhecendo a violação ao artigo 8.2.h da CADH, assentou que não havia como afirmar violado o dever de adoção de dispositivos de direito interno para assegurar as normas convencionais, uma vez que a previsão das hipóteses de cabimento do recurso de nulidade, por si só, não impede a que se analise fatos e provas, advertindo que os tribunais devem interpretar os dispositivos em conformidade com os parâmetros de direito internacional fixados.

Em conclusão, a CorteIDH declarou violados os artigos 9 e 8.2 da CADH, em relação ao princípio da legalidade e da presunção de inocência; o artigo 24 da CADH, em relação aos princípios da igualdade e da não discriminação e o direito de igual proteção legal; o artigo 8.2.f da CADH, em relação ao direito de interrogar testemunhas; o artigo 8.2.h da CADH, em relação ao direito de recorrer da condenação; os artigos 7.1, 7.3 e 7.5 da CADH, em relação ao direito à liberdade pessoal; o artigo 13.1 da CADH, em relação ao direito à liberdade de pensamento e expressão; o artigo 23.1 da CADH, em relação aos direitos políticos; o artigo 17.1 da CADH, em relação ao direito de proteção à família.

Determinou a CortelDH que o Estado chileno adotasse medidas para tornar sem efeito as condenações criminais, provesse, gratuitamente, assistência médica, psicológica e psiquiátrica às vítimas das violações, se assim desejarem, fornecesse bolsas de estudos aos filhos das oito vítimas, regulasse de modo claro e seguro os depoimentos prestados mediante reserva de identidade, pagasse a cada vítima o valor de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares americanos) por danos materiais e imateriais, além de ressarcimento de custos com o processo internacional. A maioria das medidas ordenadas pela CortelDH foram total ou parcialmente cumpridas, ainda estando em aberto o processo de supervisionamento do cumprimento da sentença pela CortelDH.

O presente caso trouxe didática sistematização dos critérios empregados pela CortelDH para considerar satisfeito o direito ao duplo grau de jurisdição, além de haver reafirmado que, independentemente do nome que se dê ao recurso, este deve possibilitar integral revisão da condenação, sem impor limitações de ordem formal para tanto, havendo violação ao direito em questão quando os tribunais conferem interpretação restritiva às hipóteses de cabimento dos recursos. Xavier (2018, p. 198) sustenta que “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”.

3.7 Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua

Recente precedente da CortelDH, o caso envolvendo o Estado da Nicarágua e uma criança vítima de abuso sexual (COSTA RICA, 2018) traz importantíssimas questões a respeito dos direitos das vítimas no âmbito da CADH e, no que concerne a este trabalho, a respeito do dever de fundamentação da decisão dos jurados, da ausência de recurso em face de absolvição, e, no aspecto procedimental, a respeito de requisitos para postulação perante a CIDH e a CortelDH.

A demanda foi apresentada à CortelDH pela CIDH em 25 de agosto de 2016, na qual se busca a responsabilização internacional do Estado nicaraguense pela ausência de resposta em relação ao abuso sexual de uma menor, de oito anos de idade, alegadamente praticado por seu genitor. Teriam sido violados direitos da vítima, tais como os direitos à integridade pessoal, à dignidade, à vida privada e autonomia,

à igualdade e não discriminação e à especial proteção da criança, tudo em razão de não ter o Estado nicaraguense investigado o caso com a devida diligência, em prazo razoável, e de acordo com uma perspectiva de gênero e de proteção à condição de infante da vítima, a qual passara por um processo de revitimização¹¹ com grave impacto psicológico, tanto para si, como para sua genitora e seus irmãos.

A petição inicial foi recebida pela CIDH em 28 de outubro de 2002, tendo sido considerada admissível em 11 de fevereiro de 2009. Aos 13 de abril de 2016, a CIDH aprovou informe sobre a matéria de fundo, no qual concluiu que o Estado nicaraguense violou os artigos 5, 8, 11, 19, 24 e 25 da CADH e o artigo 7.b da Convenção de Belém do Pará – Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher. No mesmo informe, recomendou ao Estado que adotasse as seguintes medidas: 1) finalizar diligentemente e em prazo razoável as investigações e processos para responsabilização penal do responsável pelo abuso sexual da menor; 2) reparar os danos materiais e morais decorrentes das violações de direitos apontadas; 3) prover tratamento médico, psicológico e psiquiátrico à vítima e seus familiares; 4) promover a responsabilização dos agentes estatais que concorreram para a impunidade do caso; 5) desenvolver protocolos de investigação para casos assemelhados; 6) fortalecer a capacidade institucional para combater a impunidade em casos assemelhados; 7) desenvolver programas de capacitação dos agentes estatais sobre os protocolos internacionais de investigação de abuso sexual de mulheres e crianças; 8) adotar políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher e as crianças. Notificado em 25 de maio de 2016, o Estado nicaraguense não apresentou qualquer resposta à CIDH, culminando na submissão da demanda à CortelIDH.

Dentre as exceções preliminares opostas pelo Estado nicaraguense, foi arguida a falta de esgotamento dos recursos internos para acesso à jurisdição internacional, uma vez que o processo penal ainda estava em trâmite quando do protocolo da petição inicial perante a CIDH, não podendo a jurisdição internacional funcionar paralelamente à interna. A CIDH, por sua vez, arguiu que o requisito do esgotamento

¹¹ Sobre o conceito de revitimização, por todos, Oliveira Neto (2020, p. 40-42) explica que o fato criminoso gera uma vitimização *per se*, que seria primária, mas dele ainda podem decorrer processos de vitimização secundários, quando as autoridades encarregadas da persecução penal frustram, de algum modo, as expectativas da vítima ou a submetem a burocracias e desconfianças desnecessárias, e terciários, causadas pela falta de amparo do Estado e da própria entidade familiar para com a vítima. Todos estes processos acarretam longo e contínuo sofrimento para a vítima.

dos recursos internos não deve ser verificado no momento do protocolo da petição, mas quando da decisão sobre sua admissibilidade. Os representantes dos peticionários aduziram que não havia um recurso interno disponível para combater as violações de direitos alegadas.

A CorteIDH assentou que a exigência de esgotamento dos recursos internos, prevista no artigo 46.1.a da CADH, é de interesse do Estado, impedindo que este venha a responder em jurisdição internacional por violações que ainda poderia remediar por seus próprios meios internos de impugnação. Entendeu a CorteIDH, contudo, que tais meios devem ser adequados e efetivos, de acordo com as exceções do artigo 46.2 da CADH. Aduziu ainda que a exceção preliminar deve ser aduzida desde a fase de admissibilidade na CIDH, sob pena de preclusão, e que o Estado deve indicar precisamente quais os recursos internos não esgotados, não cabendo à CIDH ou à CorteIDH identificá-los. Neste tocante, afirmou que o Estado nicaraguense apresentou a exceção em tempo oportuno, indicando, naquele azo, que ainda estava pendente de julgamento um incidente de nulidade em face do veredicto dos jurados que absolveu o réu. Todavia, no momento em que a CIDH deliberou pela admissibilidade da petição, o órgão afirmara que havia apelações, tanto do órgão acusador como do representante da vítima, ainda pendentes de julgamento, mas já se passara mais de seis anos dos eventos sem que o Estado desse uma resposta definitiva. Muito embora as apelações tivessem sido julgadas em 24 de outubro de 2007, tal fato não fora noticiado pelas partes à CIDH, que não detinha, pois, essa informação. De todo modo, a CorteIDH assentou que, quando da admissibilidade, os recursos internos haviam se esgotado com o julgamento das apelações.

Passa-se a historiar, mais detalhadamente, o caso concreto. A vítima V.R.P, nascida em 15 de abril de 1992, era filha de V.P.C. e H.R.A, e possuía três irmãos maiores, N.R.P, H.J.R.P e V.A.R.P. À exceção do genitor, H.R.A., todos os demais figuram como demandantes contra o Estado nicaraguense. Até 2002, todos os filhos moravam com a mãe, sendo a presença paterna no local esporádica, em razão de que possuía um relacionamento extraconjugal com cuja pessoa envolvida passava a maior parte do tempo. O genitor era um advogado que já havia ocupado postos na administração pública e era membro da Frente Sandinista para Libertação Nacional. Em razão de demanda apresentada em novembro de 2001 por sua esposa, o vínculo matrimonial foi dissolvido em 31 de janeiro de 2002.

Segundo declaração prestada por V.R.P. em 21 de novembro de 2001, entre os meses de setembro e outubro de 2000, quando contava com oito anos de idade, seu pai lhe levou, em duas oportunidades, a um local chamado Las Flores, onde lhe servira café, ao que, ato contínuo, sentira enjoo e adormecera. Embora não tenha consciência do que se passara consigo, quando despertava percebia seu genitor arrumando as vestes, subindo as calças e o zíper e, em seguida, limpando a região anal da menor. A suspeita da genitora se iniciou a partir de consulta médica em 16 de outubro de 2001, motivada por dificuldades da menor para defecar, quando o médico constatou ruptura himenal e condilomas na região anal, infecção indicativa de doença venérea – HPV. Encaminhada a menor a um médico ginecologista, este confirmou o diagnóstico, aduzindo que a ruptura do hímen era antiga, além de ter verificado diversas lesões no ânus e no colo uterino. Ambos os médicos concluíram que a menor fora vítima de violência sexual com penetração anal. Em 20 de novembro de 2001, a genitora da menor formulou denúncia em face do genitor, tendo a vítima e sua genitora prestado declarações no dia seguinte, ao que se seguiu a expedição de ordem judicial de afastamento e detenção do genitor, o qual, ao ser ouvido, afirmou desconhecer os fatos, levantando suspeita sobre membros da igreja mórmon frequentada pela genitora da menor, cujo um de seus líderes possuía acusação prévia de abuso sexual de menores.

Durante o trâmite processual no Estado nicaraguense, a CorteIDH relata diversos eventos em que a vítima foi submetida a situações indignas e a processo violento de revitimização, mesmo havendo recomendação psiquiátrica de que ela não fosse compelida à participação em atos que rememorassem o ocorrido. Dentre as situações citadas, a vítima foi submetida a uma perícia por junta médica interdisciplinar, na qual foi tratada de modo rude pelo ginecologista e foi ainda submetida a uma reprodução simulada dos fatos, em que teve que indicar os locais em que passou, as posições em que estava quando acordara, etc.

O acusado também foi submetido a dois exames, que atestaram não ser ele portador, no momento dos exames, de qualquer doença venérea. Todavia, foi recomendado exame laboratorial em amostra de sêmen e raspas de pele da região genital, para pesquisa da presença do vírus do papiloma humano – HPV, uma vez que poderia ser um portador assintomático, o que nunca foi feito.

Aos 12 de abril de 2002, teve lugar a sessão de julgamento pelo tribunal do júri, formado por quatro jurados leigos e um juiz togado presidente dos trabalhos. Foram

detectadas algumas anomalias no julgamento, como a existência de três defensores do acusado, além deste mesmo em causa própria, e só um advogado pela acusação, embora esta houvesse requerido a presença de mais um e tivera o pedido denegado. Também se verificou que em diversos momentos alguns jurados receberam pacotes dos advogados de defesa e a juíza presidente do júri recebeu destes um envelope fechado para que fosse lido reservadamente pelos jurados, o que de fato ocorrera. No dia seguinte, os jurados decidiram pela absolvição do acusado.

A acusação ingressou com um incidente de nulidade do julgamento, alegando que houve suborno dos jurados e requerendo também que a juíza presidente não atuasse no incidente, em razão de condutas que denotaram sua parcialidade durante o julgamento. Aduziu ainda que os autos contavam com 617 páginas, e em nenhuma delas se verificava um documento rosado manuscrito que fora entregue pela defesa aos jurados. O incidente foi julgado procedente, em 13 de maio de 2002, pelo Tribunal Distrital Penal de Jinotega, o qual afirmou haver a dúvida levantada pela acusação a respeito do suborno dos jurados, determinando que um novo julgamento fosse realizado.

A defesa do acusado apelou da sentença de procedência do incidente de nulidade, tendo os autos sido remetidos ao Tribunal de Apelações da Circunscrição Norte. Três dos jurados que participaram do julgamento anulado apresentaram uma manifestação ao tribunal, repudiando a acusação de suborno e requerendo que fosse provada a calúnia. A manifestação em questão foi subscrita por um dos advogados defensores do acusado. Em 13 de janeiro de 2003, o Tribunal de Apelações declarou nulo o processo levado a cabo durante o incidente, argumentando que a dúvida razoável que ensejara a nulidade do julgamento só milita a favor do imputado, e determinou a reabertura da fase de prova do referido incidente, no qual não deveria atuar a juíza que presidiu o tribunal do júri, dada sua atuação notadamente anômala.

Após exatos dois anos de sucessivas escusas para atuar no processo por parte de diversos juízes e petições do advogado da acusação para a Corte Suprema denunciando o retardamento da prestação jurisdicional, o tribunal penal de primeira instância determinou a abertura da fase de provas do incidente de nulidade. Em inspeção ocular do arquivo judicial da sessão de julgamento, o tribunal assentou que não se verificou nenhum documento manuscrito rosado. Em inspeção ocular do vídeo da sessão de julgamento, verificou-se a entrega de um manuscrito de cor rosada à juíza presidente, e a indicação de que fosse lido na sessão privada dos jurados. Em

09 de agosto de 2005, o tribunal indeferiu o incidente, ao argumento principal de que não restou provado qualquer suborno. Desta sentença, apelaram o Ministério Público e o advogado de acusação, tendo os recursos sido julgados improcedentes em 24 de outubro de 2007. Em 29 de agosto de 2008, o acusado faleceu.

A CortelDH relata ainda diversas queixas apresentadas formalmente a diversos órgãos pela genitora da menor vítima, como queixas à Corte Suprema pela atuação do médico forense no exame da menor e das juízas que atuaram no processo e queixas ao Procurador-Geral da República pela atuação negligente dos representantes do Ministério Público no julgamento do processo e do incidente de nulidade e seus recursos. Todas sem nenhuma resposta efetiva dos órgãos estatais. Esses agentes estatais, posteriormente, processaram a genitora da menor por crimes contra a honra, representados por advogados que tinham relação com o acusado. Um destes advogados funcionou como testemunha de defesa do acusado e era irmão do médico forense que conduziu a junta que primeiramente examinou a menor. A genitora da menor, juntamente com esta e uma irmã (da menor), obtiveram asilo nos Estados Unidos, para onde se mudaram definitivamente desde dezembro de 2002.

Analisando a matéria de fundo, a CortelDH concluiu pela existência de diversas violações aos direitos das vítimas e ao tratamento que se deve dar às mulheres e às crianças, dentro de um contexto de gênero, evitando que sejam submetidas a processos de revitimização. Tais questões, além de outras também abordadas na sentença, embora relevantes, não importam ao cerne deste trabalho e serão mencionadas, algumas, apenas *en passant*.

Em relação à alegada imparcialidade do júri, a CIDH articulou os seguintes argumentos: 1) suspensão injustificada, em duas oportunidades, da sessão de julgamento; 2) negativa de a acusação contar com mais dois defensores na sessão; 3) entrega de documentos não identificados aos jurados e à juíza; 4) o Estado não esclareceu a contento as sérias dúvidas levantadas em relação ao ponto. Os representantes das vítimas agregaram que o Estado não assegurou um juízo transparente e livre de influências, contaminado que estava por pressões de ordem política e preconceito contra a religião professada pela genitora da menor, além de ter sido violado o direito ao contraditório em relação aos documentos entregues aos jurados e à juíza. O Estado contrapôs que não tinha responsabilidade sobre o veredicto dos jurados, que as redesignações dos julgamentos ocorreram por motivos justos e sem oposição das partes, e que o incidente de nulidade teve ampla dilação

probatória, mas não logrou comprovar qualquer tipo de influência na imparcialidade dos jurados.

Em relação ao dever de motivação das decisões, alegou a CIDH que o veredicto absolutório foi imotivado e em momento algum se indicou as razões que levaram à absolvição, acrescentado que este dever de motivação é ainda mais relevante em casos de violência sexual contra mulheres e crianças. Tanto a CIDH quanto os representantes da vítima acrescentaram que, além de não ter havido qualquer motivação para o ato decisório, não se oportunizou o acesso a um recurso efetivo em face da absolvição, mas tão somente um incidente de nulidade para questionamento de aspectos formais. O Estado contra argumentou que a instituição do júri tem competência excepcional no direito interno e é amplamente prevista em diversos outros ordenamentos do sistema interamericano, com a adoção do princípio da íntima convicção dos jurados na avaliação das provas.

A CorteIDH ressaltou que as garantias do devido processo previstas no artigo 8.1 da CADH estão sendo apontadas como violadas, no caso, pela alegada vítima da ação penal interna, e não pelo imputado, ressaltando que, embora a estruturação do artigo 8.1 da CADH preveja um devido processo em prol do imputado, no caso concreto também protegem o direito de acesso à justiça e de conhecer à verdade, em relação à vítima de um crime. Dito isto, a CorteIDH também assentou que inúmeros Estados membros do sistema interamericano se utilizam do modelo de julgamento por jurados (especificamente vinte e um dos trinta e cinco membros da OEA), o qual segue em franca projeção a nível regional, como forma de recuperar a confiança no sistema judicial, democratizando-o através da participação direta da sociedade. Ressaltou ainda que a CADH não estabelece um modelo único de persecução penal a ser desenvolvido pelos Estados, mas tão somente exige que, qualquer que seja o modelo, se observem as garantias judiciais convencionais, o que deve ser avaliado pela CorteIDH em cada sistema específico.

A CorteIDH realizou breve apanhado a respeito do funcionamento do júri na época dos fatos, que ainda era regido pela legislação processual criminal de 1879. Tinha o júri competência sobre toda matéria que pudesse ensejar sanção prisional, e, para se chegar ao veredicto, necessitavam-se quatro dos cinco votos em um mesmo sentido, podendo o jurado dissidente apresentar razões escritas de sua dissidência, embora o sistema de votação fosse secreto e sem exteriorização de motivação. Anotou ainda a CorteIDH que, em dezembro de 2002, adveio nova legislação

processual penal, na qual delitos que envolvam violência doméstica ou sexual passaram a ser julgados por juízes togados, de forma fundamentada. Criou-se ainda, na Nicarágua, em 2012, júzos especializados para conhecer da matéria.

Quanto à imparcialidade dos jurados, assentou a CorteIDH que esta deve ser de índole subjetiva e objetiva. A imparcialidade subjetiva se presume, enquanto não provado o contrário. A objetiva implica na avaliação se o juiz questionado ofereceu elementos suficientes para afastar temores legítimos ou fundadas suspeitas de parcialidade. No caso concreto, a CorteIDH entendeu que os questionamentos dizem respeito à imparcialidade de índole objetiva, aos quais rendeu efetiva análise.

No tocante às duas redesignações de sessões de julgamento, a CorteIDH não observou qualquer influência na imparcialidade dos jurados. O mesmo entendeu em relação à alegada impossibilidade de presença da genitora da menor em uma das audiências para escolha dos jurados, seja porque seu advogado a representara no ato, seja porque não foi apontado que motivos para eventual recusa de jurado aquela teria que não fosse conhecido pelo seu advogado, seja porque este corpo de jurados não foi o que veio a efetivamente sentenciar o caso. Aduziu ainda a CorteIDH que foi oportunizado às partes recusar, motivada e imotivadamente, jurados, direito dos quais todos fizeram uso, salvo na terceira sessão de julgamento, que veio efetivamente a julgar o processo, quando o advogado de acusação não realizou nenhuma recusa nem levantou qualquer questionamento sobre o procedimento de escolha que pudesse descredibilizar a imparcialidade de algum jurado. À mesma conclusão chegou a CorteIDH a respeito do alegado indeferimento da presença de um advogado a mais na acusação.

Todavia, pertinente à entrega de documentos ou objetos aos jurados e à juíza presidente, a CorteIDH ressaltou que tais eventos possuem relevo suficiente para lançar dúvidas sobre a imparcialidade dos julgadores, mormente em razão de se desconhecer seus conteúdos. Tais fatos, segundo a CorteIDH, foram geradores de um temor legítimo de parcialidade, objetivamente questionável por qualquer observador, e tal temor não foi dissipado. Entendeu, então, a CorteIDH, como violado o dever de imparcialidade dos juízes previsto no artigo 8.1 da CADH.

Sobre o dever de motivação como garantia contra a arbitrariedade, explicou a CorteIDH que a motivação consiste na exteriorização de justificativas racionais que permitem chegar à determinada conclusão. Também assentou que se trata de uma condição inerente aos direitos de defesa, pois que pressuposto lógico para a

recorribilidade das decisões e para garantia da presunção de inocência. Por outro lado, também é uma garantia que importa a toda a sociedade, uma vez que permite o controle, pelo cidadão, dos atos de Estado, o que, todavia, no caso do julgamento por jurados, se encontra satisfeito com a própria participação direta da sociedade no julgamento.

Seguindo, a CorteIDH expôs que o argumento da CIDH, no sentido de que a mera ausência de fundamentação do veredicto absolutório, por si só, já implica em violação ao artigo 8.1 da CADH, não merece guarida, eis que ignora o contexto histórico, político e social em que inserido o tribunal do júri nos diversos ordenamentos, e não trouxe a CIDH qualquer particularidade em relação à regulamentação legal do júri na Nicarágua que importasse na sua inconveniência. Ao contrário do alegado, a CorteIDH entendeu que a falta de exteriorização de fundamentação do veredicto não viola, isoladamente, a garantia da motivação, pois todo veredicto a contém, ainda que não seja expressa, como é da natureza da atividade julgadora do jurado leigo. O que se exige é que, à luz da racionalidade, seja possível reconstruir o caminho percorrido pelos jurados para que tenham chegado à conclusão que chegaram.

De outro lado, a CorteIDH também ressaltou a dificuldade que envolve a submissão de casos de violência sexual ao tribunal do júri, pois que normalmente conta com escassas provas, o imputado usualmente alega inocência e finda por haver contraposição da palavra de uma pessoa contra a de outra. A isso se adicionam ainda os preconceitos e estereótipos próprios de uma sociedade patriarcal, tudo a influir na valoração que os jurados farão sobre a versão da vítima e a do acusado.

Em conclusão, a CorteIDH pontuou que sua análise deveria se dar em razão da existência ou não, no sistema de julgamento por jurados no Estado nicaraguense, de mecanismos de prevenção de arbitrariedade que permitisse às partes refazer o percurso lógico transcorrido pelos jurados até a conclusão que adotaram. E, neste sentido, assentou a CorteIDH que a legislação processual da época não previa qualquer tipo de instrução a ser dada pelo juiz togado aos leigos, tampouco perguntas que os jurados deveriam responder para chegar ao veredicto, ou qualquer outra medida que pudesse conferir maior racionalidade ao processo decisório. Assim, entendeu que, no caso concreto, embora a ausência de motivação não seja, por si, inconveniente, houve violação ao artigo 8.1 da CADH, pela ausência de garantias contra a arbitrariedade.

Quanto à alegada ausência de recurso em face da absolvição, alegação adicional trazida pelos representantes das vítimas, estes aduziram que buscaram, por todos os meios possíveis, demonstrar os vícios do procedimento persecutório, mas não encontraram, no Estado, um recurso efetivo para sanar as irregularidades apontadas, além de que não dispunham de um recurso ordinário para combater o mérito da absolvição por uma instância superior, arguindo violação aos artigos 25 e 25.1 da CADH, que dizem respeito à garantia de recursos eficazes para proteção dos direitos. O Estado contrapôs argumentando que, em nenhum momento, o advogado de acusação questionou ou ingressou com qualquer incidente em relação aos vícios apontados, salvo após a prolação do veredicto absolutório, e, ainda assim, teve à mão incidente de nulidade no qual pôde produzir prova e que tramitou em duas instâncias de jurisdição. A CortelDH, contudo, entendeu que não havia pertinência em se manifestar sobre esse ponto, ante tudo que já decidira sobre a imparcialidade dos jurados e a ausência de garantias contra a arbitrariedade.

Em resumo, decidiu a CortelDH rejeitar as preliminares opostas pelo Estado nicaraguense e, no mérito, declarar a responsabilidade do Estado por: 1) violar os direitos à integridade pessoal, às garantias judiciais, à vida privada e familiar e à proteção judicial, garantidos nos artigos 5.1, 8.1, 11.2 e 25.1 da CADH; 2) violar as garantias do devido processo referentes à imparcialidade objetiva e aos mecanismos de prevenção à arbitrariedade, decorrente do artigo 8.1 da CADH; 3) violar a garantia da duração razoável do processo, também contida no artigo 8.1 da CADH; 4) descumprir seu dever de garantir o acesso à justiça sem discriminação de sexo e gênero, em razão dos artigos 8.1 e 25.1 da CADH; 5) violar a proibição ao tratamento desumano, cruel e degradante estabelecida no artigo 5.2 da CADH; 6) violar os direitos de residência e proteção familiar reconhecidos nos artigos 22.1 e 17.1 da CADH. Declarou ainda não haver responsabilidade do Estado por violação à liberdade religiosa ou por discriminação em razão de religião.

A CortelDH determinou ao Estado nicaraguense a adoção das seguintes medidas, dentre outras: 1) em prazo razoável, adotar as medidas necessárias à investigação e responsabilização dos agentes estatais que contribuíram para a submissão da vítima a processos de revitimização e violência institucional; 2) pagar a V.R.P., V.P.C. e N.R.P., que residem fora do país, respectivamente, US\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil dólares americanos), US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares americanos) e US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos), em razão de gastos com

tratamentos médicos, psicológicos e psiquiátricos, além de medicamentos; 3) custear a H.J.R.P. e V.A.R.P., que residem no país, tratamento psicológico e/ou psiquiátrico; 4) pagar a V.R.P., como forma de bolsa de estudos, o valor de US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares americanos), para que conclua seus estudos no país em que reside; 5) custear bolsa de estudos a V.A.R.P. em instituição pública nicaraguense, de nível superior, técnico ou capacitante para exercício de ofício, conforme ajustado entre as partes; 6) adotar uma série de medidas para estabelecer protocolos e capacitações relativos a casos envolvendo violência de gênero e contra crianças; 7) pagar, a título de dano emergente, US\$ 7.000,00 (sete mil dólares americanos) à V.P.C.; a título de reparação por valores que deixou de ganhar, US\$ 23.400,00 (vinte e três mil e quatrocentos dólares americanos) à V.P.C.; a título de danos imateriais, à V.R.P., V.P.C. e N.R.P., respectivamente, US\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil dólares americanos), US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares americanos) e US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos), e US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares americanos) à H.J.R.P. e V.A.R.P; a título de ressarcimento de custas e gastos, US\$15.000,00 (quinze mil dólares americanos) à V.P.C.

Além de haver sido o primeiro caso sobre violação sexual de criança julgado pela CorteIDH (PAIVA; HEEMAN, 2020, p. 299), que já torna o precedente paradigmático, neste também se assentou a bilateralidade das garantias judiciais do artigo 8 da CADH, afastando a interpretação que se poderia ter do artigo 8.2, de que tais garantias seriam apenas do acusado (PAIVA; HEEMAN, 2020, p. 301). É preciso, contudo, cautela com tal conclusão. A uma, porque quando se fala em bilateralidade das garantias da CADH, esta não será jamais entre o acusado e o órgão estatal acusador (Estado), e sim entre acusado e vítima, eis que a Convenção tutela justamente os direitos da pessoa humana, e não do Estado. A duas, porque há garantias judiciais outorgadas apenas ao imputado, seja pela sua natureza incompatível com a condição de vítima (direito de o preso ser ouvido por um juiz, por exemplo), seja pela literalidade da redação da norma convencional. O direito ao duplo grau se enquadra em ambos os casos, eis que expressamente outorgado ao imputado e em face de uma condenação. Eventual direito ao recurso por parte da vítima se funda não no artigo 8.2.h da CADH, mas sim no artigo 25, que assegura a toda vítima de violação de direitos, que pode ser tanto um acusado como uma vítima de um delito, a possibilidade de recorrer em busca de reparações a estas violações. Uma sentença

absolutória, por si só, não constitui uma violação a um direito da vítima a ensejar um direito subjetivo desta a um recurso ordinário em face da sentença absolutória.

3.8 Caso Roche Azaña e outro vs. Nicarágua

O recentíssimo caso envolvendo Roche Azaña e outros em face do Estado nicaraguense (COSTA RICA, 2020) envolve discussão a respeito dos direitos das vítimas em um processo penal, principalmente no que concerne ao direito de participação efetiva na ação penal, tangenciando pontos de interesse deste trabalho, como a ausência de fundamentação da decisão dos jurados no tribunal do júri e de recurso em face do veredicto absolutório, temas similares aos tratados no caso anterior.

A Comissão Interamericana apresentou a demanda à CortelIDH em 24 de abril de 2019. O caso envolvia a morte de Pedro Bacilio Roche Azaña e lesões provocadas em seu irmão, Patricio Fernando Roche Azaña, no dia 14 de abril de 1996, por agentes estatais que dispararam projéteis de arma de fogo contra o veículo em que ambos estavam, após este cruzar controles de migração sem atender à sinalização de parada dos locais. A CIDH concluiu que a força letal foi usada de maneira arbitrária, violando os princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade, além de ter violado o direito à vida e à integridade pessoal das vítimas. A CIDH também apontou violação às garantias processuais da vítima sobrevivente e de seus genitores, em razão de alegada impossibilidade de participação destes no processo criminal, da falta de motivação da decisão dos jurados pela absolvição e da ausência de recurso em face desta.

Inicialmente, a petição foi apresentada pelos representantes das vítimas perante a CIDH em 23 de dezembro de 1998. Aos 07 de agosto de 2009, a CIDH aprovou a admissibilidade da petição e, em 05 de outubro de 2018, aprovou informe sobre a matéria de fundo, no qual concluiu que o Estado nicaraguense violara os artigos 4.1, 5.1, 8.1 e 25.1 da CADH. Em 24 de janeiro de 2019, o Estado nicaraguense foi notificado do informe de fundo, mas não apresentou resposta sobre as recomendações formuladas pela CIDH, razão pela qual a demanda foi apresentada perante a CortelIDH.

Segundo apurado pela CorteIDH, de acordo com os marcos fáticos levados ao seu conhecimento, os irmãos Roche Azaña moravam no Equador, com seus genitores. Pedro tinha vinte e Patricio vinte e dois anos de idade. Com o objetivo de imigrar aos Estados Unidos, iniciaram viagem a partir de Guayaquil até o Panamá, de onde partiram para a Nicarágua. Em 14 de abril de 1996, os irmãos chegaram a Manágua, capital nicaraguense, onde se reuniram com outros trinta imigrantes, com quem seriam transportados em um furgão até Chinandega. Neste trajeto, o motorista do furgão ultrapassou dois postos de controle, ignorando sinalizações de parada e, em relação ao segundo posto, em excesso de velocidade, o que motivou a que os agentes estatais realizassem disparos, tendo dois deles afirmado ter disparado ao ar e um em direção ao pneu do lado direito do veículo. Em um terceiro posto de controle, o furgão voltou a desobedecer ao sinal de parada, tendo um agente afirmado ter efetuado um disparo ao ar. Segundo relatos dos agentes, o veículo desenvolvia cerca de 160km/h e quase colidira com a viatura. Ainda assim, o furgão conseguiu escapar dos agentes e prosseguiu seu destino. Em razão dos disparos, seis pessoas se feriram, entre eles os irmãos Roche Azaña, tendo Pedro Bacilio vindo a óbito em razão de disparo na cabeça. De acordo com ocupantes do furgão, estes pediram, a todo tempo, que o motorista parasse, mas este, após todos os eventos narrados, continuou em fuga por nove quilômetros por uma estrada de terra, até chegar em Jucote, onde abandonou os passageiros e prosseguiu sozinho em fuga.

A promotoria pública de Chinandega apresentou denúncia em face de seis agentes estatais por homicídio doloso e lesão corporal dolosa em face dos irmãos Roche Azaña e demais vítimas lesionadas. A causa findou por ser submetida ao Tribunal do Júri, formado por quatro juízes leigos e um juiz togado, os quais, no dia 24 de fevereiro 1997, declararam os acusados inocentes das imputações. Apenas em agosto de 1998, a genitora dos irmãos Roche Azaña foi notificada pela primeira vez da decisão.

Analisando-se os pontos que interessam ao presente trabalho, em relação à alegada violação ao dever de motivação do veredicto, a CIDH alegou que a ausência de fundamentação do veredicto absolutório não permitiu exercer um controle sobre se o uso da força letal foi legítimo ou não, além de constituir negativa de prestação jurisdicional, violando as garantias de proteção judiciais dos artigos 8.1 e 25 da CADH. Argumentou ainda a CIDH que, embora o veredicto fundado na íntima convicção não seja, por si só, inconveniente, é necessário que se permita a reconstrução do

percurso lógico e probatório percorrido até a decisão final, o que não teria havido no caso concreto, em razão tanto da aplicação do Código de Instrução Criminal de 1897, já declarado inconveniente no Caso V.R.P, V.P.C e outros vs. Nicarágua, como do tempo de que os jurados dispuseram para preparação e análise de todo o caso, de apenas um dia, e da ausência de participação da vítima sobrevivente Patrício Fernando Roche Azaña.

Em contraposição, alegou o Estado nicaraguense que a CortelDH não poderia ser transformada em uma nova instância de jurisdição, avaliando se o veredicto foi equivocado ou injusto, mormente quando foi seguido o devido processo legal. Argumentou ainda que o modelo de votação pelo tribunal do júri é o da íntima convicção, consagrado no direito interno e continental, derivado do modelo de jurado puro do *common law*.

Quanto à ausência de recurso em face do veredicto absolutório, a CIDH ressaltou que a legislação local impossibilitava a apelação em face da decisão do tribunal do júri, de modo que não foram oferecidas garantias de controle da arbitrariedade da decisão, ou se esta violava direitos e garantias fundamentais. Já o Estado alegou que é impossível exercer o controle judicial da decisão do tribunal do júri, ante a ausência de motivação desta. Acrescentou ainda que o direito ao recurso é assegurado na CADH aos imputados declarados culpados, e não às vítimas.

Em relação a ambas as questões, a CortelDH reafirmou o entendimento pela convencionalidade do sistema de íntima convicção levado a cabo pelo tribunal do júri, conforme decidido no Caso V.R.P, V.P.C e outros vs. Nicarágua, ressaltando que o modelo em si não implica em falta de motivação, mas apenas na ausência de sua exteriorização. Entendeu ainda que, considerando que a falta de participação de Roche Azaña e seus genitores no processo, por si só, já constituía violação às garantias judiciais dos artigos 8.1 e 25 da CADH, pelo que não seria necessário avaliar a alegada violação ao direito de recorrer.

Importante acrescentar que a CIDH pugnou, a título de reparação, que o Estado nicaraguense reabrisse a investigação para apurar as responsabilidades penais e aplicar as sanções cabíveis, sem que se rendesse aplicação a argumentos como a vedação ao *bis in idem*, à prescrição ou à coisa julgada, o que não foi aceito pela CortelDH, que reputou o pedido improcedente em razão das particularidades do caso, embora sem expressar a motivação de tal conclusão. Crê-se, contudo, que as violações reconhecidas pela CortelDH não são aptas a configurar a chamada coisa

julgada fraudulenta, de que já se tratou no tópico 2.3 deste trabalho, que afastaria o princípio do *ne bis idem*.

Ao fim, a CortelDH considerou que o Estado nicaraguense violou o direito à vida e à integridade pessoal dos irmãos Roche Azaña, bem como as garantias judiciais do artigo 8.1 e 25 da CADH, em relação ao irmão sobrevivente e seus genitores, determinando, dentre outras medidas, as seguintes: 1) o pagamento de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos) à vítima sobrevivente e US\$ 10.000,00 (dez mil dólares americanos) à sua genitora, em razão dos prejuízos de ordem médico-psiquiátrica; 2) a criação de um plano de capacitação dos agentes estatais sobre os parâmetros internacionais para uso progressivo da força e a proteção dos direitos das pessoas em contexto migratório; 3) pagamento de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares americanos) à vítima sobrevivente e a cada um de seus genitores, a título de dano material, devendo o valor do genitor ser entregue à genitora, em razão de seu falecimento, US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares americanos) a cada um dos genitores dos irmãos Roche Azaña, em razão de lucros cessantes pelo falecimento de um deles, US\$ 80.000,00 (oitenta mil dólares americanos) à vítima fatal, a ser dividida entre a sua genitora e o seu irmão, pelos danos imateriais, e, pela mesma razão, US\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil dólares americanos) à vítima sobrevivente e US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares americanos) a cada um dos genitores.

3.9 Síntese das conclusões da CortelDH sobre o direito ao duplo grau de jurisdição

Com base nas análises dos precedentes aqui tratados, é possível e conveniente sistematizar as principais conclusões que podem ser extraídas dos entendimentos da CortelDH a respeito do direito ao duplo grau de jurisdição.

O direito ao duplo grau de jurisdição não se satisfaz com a mera existência de um órgão superior com poder de revisar a condenação, mas é necessário que este órgão reúna os requisitos jurisdicionais que o legitimem a conhecer do caso concreto, isto é, seja um juízo natural, competente, imparcial e independente e o recurso nele tramite de acordo com as regras do devido processo (COSTA RICA, 1999).

O direito ao duplo grau de jurisdição pressupõe que o órgão revisor seja integrado por distintos juízes e possua superior hierarquia orgânica, e não haja

restrição quanto ao objeto do recurso, vale dizer, que o seu efeito devolutivo seja integral (COSTA RICA, 2004).

A criação de foros especiais para o julgamento de altas autoridades, a princípio, é compatível com a CADH, assim como normas que prevejam o julgamento por conexão de pessoas sem a prerrogativa, mas deve o Estado garantir que o imputado tenha acesso a um recurso efetivo contra sua condenação (COSTA RICA, 2009).

O direito ao duplo grau de jurisdição não corresponde necessariamente a um direito à dupla instância penal, mas sim ao direito de recorrer da condenação, o qual deve ser assegurado a todo condenado, no momento em que surgir a primeira condenação, independente da instância em que proferida a sentença, ainda que como resultado do provimento de recurso contra anterior absolvição (COSTA RICA, 2012).

O direito ao duplo grau de jurisdição se refere a um recurso de natureza ordinária, que seja eficaz e acessível – sem grandes entraves formalísticos –, a ser assegurado antes que a sentença adquira a qualidade de coisa julgada (COSTA RICA, 2012).

O julgamento em única e última instância pelo tribunal de maior hierarquia de um país viola o direito ao duplo grau de jurisdição, pois não se compensa a inexistência de recurso com a circunstância de ser julgado por um tribunal de maior graduação, pois isso não torna o julgamento isento de erros ou vícios (COSTA RICA, 2014a).

O direito ao duplo grau de jurisdição não exige que a condenação seja revista necessariamente por um órgão de superior hierarquia na graduação jurisdicional de um país, mas apenas que seja um órgão distinto e com amplos poderes de revisão e modificação da sentença condenatória (COSTA RICA, 2014a).

Independentemente do nome que se dê ao recurso, este deve possibilitar integral revisão da condenação, sem impor limitações de ordem formal para tanto, havendo violação ao direito em questão quando os tribunais conferem interpretação restritiva às hipóteses de cabimento dos recursos (COSTA RICA, 2014b).

Quando a questão envolvia uma alegação de bilateralidade do direito ao recurso, com base num pretense direito de vítimas de ações penais recorreram das absolvições com fulcro no artigo 25 da CADH, a CorteIDH não demonstrou a mesma rigidez com que interpreta o artigo 8.2.h da CADH, que diz respeito ao recurso do imputado, furtando-se de adentrar no mérito da questão (COSTA RICA, 2018) (COSTA RICA, 2020).

Por fim, ressalte-se que a CortelDH estabeleceu uma única exceção ao direito ao duplo grau de jurisdição, nos casos Tribunal Constitucional vs. Peru, de 2001, e Tribunal Constitucional vs. Equador, de 2013, quando decidiu que o recurso contra condenações emanadas de julgamentos de natureza política pode ser restrito à análise de violações ao devido processo legal, sem possibilidade de revisão de fatos e provas (XAVIER, 2018, p. 202).

4 MECANISMOS PARA CONFORMAÇÃO DO DIREITO AO RECURSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Neste derradeiro ponto do trabalho, definidos o alcance e o conteúdo do direito ao duplo grau de jurisdição de acordo com a interpretação da CortelDH, e estabelecidos os pontos de inflexão da norma internacional sobre direitos humanos em questão no direito interno brasileiro, propor-se-ão mecanismos de adequação deste em face daquela, a partir da definição dos critérios para o exercício do controle de convencionalidade das normas internas e da submissão do Estado brasileiro à jurisdição da Corte – e no que isso implica –, culminando com propostas concretas de conformação imediata do sistema recursal penal brasileiro, no âmbito jurisprudencial e legislativo.

4.1 Controle de convencionalidade das normas que disciplinam o direito ao recurso no processo penal

Com a guinada trazida pela EC n. 45 de 2004, a firmar o entendimento pelo caráter constitucional derivado ou supralegal das normas internacionais sobre direitos humanos, surgiu a necessidade de criação de mecanismos aptos a realizar o controle de conformidade da legislação infraconstitucional com tais normas, de modo a estabelecer um sistema de proteção aos direitos humanos efetivo e factível. Neste sentido, a ONU estabeleceu um sistema global, ao qual se vinculam três sistemas regionais, o europeu, o africano e o interamericano, este último integrado pelo Brasil e intitulado Sistema Interamericano de Direitos Humanos, composto por dois órgãos principais, a CIDH e a CortelDH (LOPES; CHEHAB, 2016, p. 86).

Assim, o chamado controle de convencionalidade surge como meio para consecução dos objetivos acima elencados, através do qual “se exige que juízes e outras autoridades dos países membros do SIDH deixem de aplicar norma nacional contrária à CADH e à interpretação que a CortelDH faz dela”. Lopes e Chehab defendem um conceito restritivo do controle de convencionalidade, ao entender que, para se falar em tal controle, se exige o pressuposto da possibilidade de o Estado que não o exercer sofrer sanção internacional. Vale dizer, controle de convencionalidade pressupõe “seja reconhecida a competência contenciosa da corte internacional

competente para aplicar a norma em discussão, já que o descumprimento dessa norma ou da interpretação que a corte faz da norma, deve acarretar a sanção do Estado”. Portanto, em se tratando do Brasil, “só caberia falar de um controle de convencionalidade em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que o Estado brasileiro apenas reconhece a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. (LOPES; CHEHAB, p. 88 e 91).

Noutra banda, em entendimento expansivo do que seja o controle de convencionalidade, Mazzuoli (2009, p. 114), tido como um dos primeiros a tratar do tema com profundidade no Brasil, versa sobre a teoria da dupla compatibilidade vertical material das normas, segundo a qual, em vista do panorama em que os tratados de direitos humanos são materialmente (artigo 5º, § 2º da CF) ou materialmente e formalmente (artigo 5º, § 3º da CF) constitucionais, “para além do clássico ‘controle de constitucionalidade’, deve ainda existir (doravante) um ‘controle de convencionalidade’ das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”. De acordo, ainda, com Mazzuoli (2009, p. 128) “o controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional”.

A visão restrita, na verdade, ao tratar da possibilidade de sanção internacional ao Estado como pressuposto do controle de convencionalidade, o qual só haveria em razão de tratados ou convenções pactuadas no âmbito de órgãos a cuja jurisdição internacional o Estado estivesse submetido, parece olvidar que o controle de convencionalidade é, antes de tudo, método de interpretação das leis a ser observado por todo aplicador do direito no exercício da hermenêutica jurídica e que tem como parâmetro todo o *corpus iuris* internacional, como será visto adiante. Ora, ao se deparar com qualquer lei, em sentido amplo, o aplicador deve, sempre e sempre, analisar sua compatibilidade com a constituição e sua convencionalidade (compatibilidade com as normas internacionais sobre direitos humanos ratificadas no país). A possibilidade de uma corte internacional vir a sancionar um Estado por violação a um tratado, longe de ser condição *sine qua non* para existência do controle de convencionalidade, diz apenas com a existência de mecanismos para garantir a efetividade da cogência das normas de direito internacional internalizadas no país.

Vale dizer, se um tratado internacional sobre direitos humanos foi ratificado e internalizado no ordenamento de um país, as normas de direito interno devem necessariamente ser convencionais, pouco importando, para tanto, a submissão do país à jurisdição internacional respectiva, que diz efetivamente com a possibilidade de sanção, e não com a vigência das normas de direito internacional. Diz-se isso porque a CADH “tem aplicação direta e imediata sobre todos os preceitos internos a partir do momento em que um Estado americano a tenha firmado, ratificado ou a ela aderido” (BORGES, 2018, p. 142-143). Neste sentido, Mac-Gregor (2013, p. 584) sustenta que o controle de convencionalidade deve se dar por todos os Estados que aderiram à CADH, e, com maior intensidade, por aqueles que aceitaram a jurisdição da CorteIDH.

Relativamente ao SIDH, do próprio texto da CADH, em seus artigos iniciais, decorre a obrigatoriedade de que os Estados-parte observem e garantam o exercício dos direitos e liberdades assegurados na CADH, adotando medidas de toda natureza para efetivá-los (MAZZUOLI, 2018b, p. 35). Também a interpretação da CADH levada a cabo pela CorteIDH, em seus pronunciamentos sobre o tema, coloca o controle de convencionalidade como obrigação primária dos juízes dos Estados-parte, ao quais incumbe a obrigação de compatibilizar o direito interno com as normas internacionais, de acordo com as decisões da CorteIDH sobre o alcance e conteúdo destas (MAZZUOLI, 2018b, p. 35-37). Assim, Mazzuoli (2018b, p. 37) explica que há duas técnicas com relação de complementariedade entre si: o controle de convencionalidade “que leva em conta somente o texto do tratado-paradigma, e a que acresce ao texto a interpretação que dele faz a Corte Interamericana”, devendo o juiz interno, na ausência de pronunciamento prévio da CorteIDH sobre determinada norma, se portar como juiz internacional, interpretando-a “à luz dos princípios do direito internacional dos direitos humanos, especialmente do princípio *pro homine*”.

Antes de tudo, o controle de convencionalidade possibilita justamente que um Estado, por seus próprios meios internos, compatibilize seu ordenamento jurídico com as normas convencionais sobre direitos humanos, reforçando o caráter subsidiário da jurisdição internacional, a qual não “pretende substituir as jurisdições nacionais na tarefa de proteger os direitos humanos” (BORGES, 2018, p. 144-145). No âmbito da CorteIDH, apenas com o julgamento do Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, em 2006, se “inaugurou formalmente a doutrina do controle de convencionalidade” (PAIVA; HEEMANN, 2020, p. 181), marcando “o início da evolução jurisprudencial da Corte Interamericana sobre a obrigatoriedade do controle interno de

convencionalidade” (MAZZUOLI, 2018b, p. 41), o qual, anteriormente, só havia sido mencionado em votos em separado de alguns juízes da CorteIDH (BORGES, 2018, p. 148-149).

No referido julgamento, que tratava sobre a investigação da execução extrajudicial de um membro do partido comunista chileno durante a ditadura militar de Augusto Pinochet, a CorteIDH, deliberando a respeito da aplicação da Lei de Anistia chilena, definiu os contornos do controle de convencionalidade, nos seguintes termos: 1) quando o legislativo falha em sua função de revogar ou deixar de editar leis incompatíveis com a CADH, deve o Poder Judiciário abster-se de aplicar qualquer norma de direito interno contrária à CADH; 2) quando um Estado-parte ratifica um tratado como a CADH, os membros do Poder Judiciário deste Estado também se submetem ao tratado, como agentes estatais que são, o que os obriga a observar o objeto e a finalidade do tratado, e a impedir que seus efeitos sejam ineficazes em razão da aplicação de disposições de direito interno; 3) o Poder Judiciário deve exercer o controle de convencionalidade das normas de direito interno em face das disposições da CADH, levando em conta não apenas o texto do tratado, mas a interpretação que dele faz a CorteIDH. (AMÉRICA, 2006).

O julgado é emblemático porque, além de confirmar “a existência de um controle concentrado de convencionalidade exercido pela Corte praticado desde o início de seu funcionamento”, estabeleceu que os Estados devem realizar um outro nível de controle de convencionalidade, o difuso, “em que a Corte demanda aos juízes nacionais que inapliquem de ofício normas internas opostas à Convenção e à jurisprudência interamericanas” (BORGES, 2018, p. 150-151). No mesmo ano, julgando o Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru, a CorteIDH acrescentou que dito controle de convencionalidade deveria ser realizado de ofício pelo Poder Judiciário e, em 2011, julgando o Caso Gelman vs. Uruguai, estendeu a obrigação para todos os órgãos estatais (MAZZUOLI, 2018b, p. 41, 43 e 49-50).

A partir do precedente inaugural, aponta Mazzuoli (2018b, p. 46) que se discutiu na doutrina se o controle de convencionalidade das leis caberia a qualquer juiz ou seria reservado apenas àqueles que detivessem competência para o controle concentrado de constitucionalidade. Tal discussão foi resolvida pela CorteIDH no julgamento do Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México (COSTA RICA, 2010), quando se decidiu que os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça, em todos os níveis, estão obrigados a exercer, *ex officio*, um controle de

convencionalidade das normas de direito interno. Conclui-se que, “ao ratificar a Convenção Americana ou outros tratados de direitos humanos, o Estado no exercício de sua soberania consente em limitar seu próprio poder em benefício de um bem superior” (BORGES, 2018, p. 142), o que “implica no reconhecimento da limitação da autocontenção estatal pelo respeito e garantia efetiva dos direitos humanos” (BORGES, 2018, p. 142-143).

Cláudio Nash, introduzindo o tema do controle de convencionalidade em publicação editada pela CortelDH a respeito de sua jurisprudência sobre a questão (COSTA RICA, 2019, p. 5-6) estabelece seis características principais de tal controle, com base nos entendimentos da CortelDH, a saber: 1) tem por escopo verificar a compatibilidade das normas de direito interno, e demais práticas internas, com a CADH, a jurisprudência da CortelDH e os demais tratados interamericanos ratificados por determinado Estado; 2) deve ser realizado de ofício por todas as autoridades públicas; 3) seu exercício deve ser acorde com o âmbito de competência de cada autoridade, podendo resultar na supressão de norma incompatível ou em sua interpretação conforme; 4) é inerente ao controle de convencionalidade a obrigação de que o Estado compatibilize hermeneuticamente suas obrigações internacionais com seu direito interno; 5) tanto as normas internacionais como as decisões e opiniões consultivas da CortelDH são parâmetros para o controle de convencionalidade; e 6) a obrigatoriedade do exercício de tal controle se dá em razão dos princípios de direito internacional público e das próprias obrigações assumidas pelos Estados-parte da CADH.

Paiva e Heemann (2020, p. 183-185) explicitam princípios reitores do controle de convencionalidade, quais sejam: 1) princípio da presunção relativa de convencionalidade dos atos normativos internos, assemelhado ao princípio da presunção de constitucionalidade, isto é, em sendo um Estado-parte de um tratado, presume-se convencional toda a atividade normativa interna que venha a ser desenvolvida; 2) princípio da interpretação conforme os direitos humanos, no sentido de se levar em conta todo o *corpus iuris* internacional na busca da interpretação que confira a mais ampla proteção aos direitos humanos; 3) princípio da progressividade, a impor que o controle de convencionalidade seja mecanismo para interpretação ampliativa, jamais restritiva, do alcance da proteção das normas sobre direitos humanos; 4) princípio da interpretação internacionalista, segundo o qual devem ser observados os precedentes das cortes internacionais sobre as normas de direitos

humanos; 5) princípio da atipicidade dos meios de controle de convencionalidade, na medida em que nem a CADH nem a CortelDH estabelecem um rito para o controle de convencionalidade, sendo mais importante a efetiva observância da convencionalidade das leis que a forma como isso ocorra; 6) princípio da interpretação *pro persona*, ou *pro homine*, consistente na busca pela interpretação mais favorável ao indivíduo.

A decisões da CortelDH sobre o tema não estabelecem um modelo de controle de convencionalidade a ser seguido pelos Estados-parte, tampouco sistematizam minimamente quais os passos para o exercício desse controle, ficando a cargo de cada Estado-parte estabelecer seu próprio sistema, como expressamente afirmado pela CortelDH no julgamento do Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (COSTA RICA, 2014a). Buscando justamente esta sistematização, Mazzuoli (2018b, p. 142-143) entende existir, como já dito, uma teoria da dupla conformidade vertical material das leis, o que equivale a dizer que uma norma de direito interno formalmente acorde com o texto constitucional terá vigência, mas sua validade se condiciona a um acordo material com os tratados sobre direitos humanos e com os demais tratados considerados comuns, dos quais seja o Brasil signatário.

Advertir-se que esta ideia parte do pressuposto defendido pelo autor, e já esposado no ponto 1.1 deste trabalho, de que os tratados que versam sobre direitos humanos possuem natureza constitucional, enquanto os demais possuem natureza supralegal, em razão do artigo 27 da Convenção de Viena, que veda o descumprimento de tratados com fundamento no direito interno, seja qual for a natureza do tratado. Como também já visto, segundo o STF, os tratados sobre direitos humanos não internalizados com quórum qualificado possuem natureza supralegal, enquanto os demais, *status* de lei ordinária, o que, aparentemente, levaria a uma incompatibilidade com a teoria da dupla conformidade vertical material das leis. No entanto, se trata de incompatibilidade apenas aparente. Os tratados sobre direitos humanos de natureza supralegal integram o bloco de constitucionalidade brasileiro, como já explicado no ponto 1.1 do trabalho, e, ainda que se considere seu caráter supralegal, já serviriam ao controle de compatibilidade vertical material proposto por Mazzuoli. Quanto aos demais tratados, ainda que equiparados às leis ordinárias, aqueles, de fato, gozam do que se pode chamar de aplicação preferencial em relação a estas, em razão justamente de não poderem ser descumpridas as normas de direito internacional sob a invocação de uma norma de direito interno. É como se, às já

conhecidas técnicas de resolução de conflito entre leis de mesma hierarquia – especialidade, cronologia, etc. –, se adicionasse uma outra: a de que prevalece a norma prevista em tratados de direito internacional sobre aquela prevista apenas no direito interno. Assim, a conclusão óbvia é no sentido de que uma lei ordinária deve ser compatível com um tratado, verse este sobre direitos humanos ou não.

A exemplo do que ocorre com o controle de constitucionalidade, o de convencionalidade também pode ser exercido de maneira difusa ou concentrada. No primeiro, tem-se que qualquer juiz ou tribunal pode – e deve – declarar inconvencional determinada lei interna, deixando de aplicá-la em determinado caso concreto, mormente em razão da eficácia paralisante de que as normas internacionais sobre direitos humanos gozam em relação às de direito interno, como decidiu o STF no caso da prisão civil do depositário infiel, já tratado no ponto 1.1 deste trabalho. Já o segundo, só tem lugar em razão dos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados mediante o quórum qualificado, eis que equivalentes às emendas constitucionais, a ser realizado no âmbito do STF. (MAZZUOLI, 2018b, p. 155-157). Estes tratados, ditos equivalentes às emendas, poderiam dar ensejo, inclusive, a recurso extraordinário em razão de sua violação, enquanto que os tratados de *status* supralegal ou de lei ordinária dariam azo ao recurso especial, se violados (MAIA; LIRA; LIRA, 2018, p.166), ambos instrumentos que, concretamente, podem possibilitar a realização de um controle de convencionalidade nas cortes superiores, além das ações de constitucionalidade objetivas perante o STF no caso de tratados equivalentes às emendas.

Assim, o controle de convencionalidade pode implicar a revogação de uma norma, quando exercitado conjuntamente com o controle de constitucionalidade concentrado, ou, nos demais casos, o afastamento da norma no caso concreto e a paralisação de sua eficácia (PAIVA; HEEMANN, 2020, p.186-187). Guerra (2018, p. 313) pontua que “os efeitos da declaração de inconvencionalidade dependem do órgão que a proclamou”. Mac-Gregor (2013, p. 608) reputa como de maior intensidade o controle de convencionalidade exercido para declarar a inaplicabilidade de uma norma ao caso concreto ou a sua invalidez com efeitos gerais, e de menor intensidade aquele exercido para dar interpretação conforme a CADH à norma interna. Russowsky (2012, p. 66) entende haver um efeito repressivo, quando o controle de convencionalidade redundar na inaplicação da norma de direito interno ao caso

concreto, e positivo ou construtivo, quando redundar apenas na releitura da norma em conformidade com o direito internacional.

Todavia, há dissenso em relação ao conceito do controle concentrado de convencionalidade, entendendo-se que este se refere apenas ao controle exercido no plano internacional pela CortelDH, sendo o controle difuso todo aquele exercido no plano interno (BORGES, 2018, p. 163). Marinoni (2013, p. 66), por sua vez, adere ao conceito de Mazzuoli, afirmando que o controle de convencionalidade “pode ser feito mediante ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, quando o tratado foi aprovado de acordo com o § 3º do art. 5º da Constituição Federal”, acrescentando que “estes tratados também constituem base ao controle difuso”, ao qual igualmente servem de base “os tratados que possuem *status* normativo supralegal”, que não se prestam ao controle concentrado via ação direta.

Não há dúvida quanto ao fato de que, no plano internacional, a CortelDH realiza um controle concentrado de convencionalidade subsidiário, uma vez preferível que os próprios Estados compatibilizem seu direito interno à CADH, de modo a não ensejar a atuação da jurisdição internacional. O controle de convencionalidade exercido no plano interno, de modo geral, é difuso, podendo haver o controle concentrado, a depender da recepção que cada ordenamento jurídico dê às normas de direito internacional sobre direitos humanos e dos mecanismos de controle de constitucionalidade que prevejam. Bastos Netto (2017, p. 13) explica que, considerando que “os países do continente adotam modelos de controle de constitucionalidade diferentes, podendo ser concentrado, difuso ou misto”, “o juiz, na ordem interna, só poderá realizar um duplo controle das leis internas quando, por óbvio, tiver competência para realizar o controle de constitucionalidade, de acordo com o ordenamento jurídico interno”. No mesmo sentido, Russowsky (2012, p. 66) aponta que há paralelismo entre os habilitados para realizar o controle de convencionalidade com aqueles competentes para o de constitucionalidade, afirmando que o controle difuso pode ser “realizado por todo e qualquer juiz no caso concreto”, enquanto o concentrado “apenas por determinados juízes”. No caso do Brasil, havendo a previsão de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do STF, assim como a possibilidade de determinado tratado ostentar natureza formal de norma constitucional derivada, por consequência óbvia, poderá haver o controle concentrado de convencionalidade nestes casos.

Parece mais adequado se falar, de um modo geral, em controle internacional de convencionalidade, exercido de maneira concentrada pela CortelDH, e em controle interno de convencionalidade, podendo este se dar também de forma concentrada, a depender de como cada Estado sistematize a questão, mas devendo necessariamente ser exercido de forma difusa. Em semelhante sentido, Schäfer *et al.* (2017, p. 219 e 221) denominam o controle realizado pela CortelDH como tradicional e o realizado pelos Estados como interamericano. Acrescente-se que, como assinala Mac-Gregor (2013, p. 650), a CortelDH ainda realiza o controle internacional de convencionalidade do controle interno, vale dizer, há responsabilidade internacional do Estado tanto quando deixar de exercer o controle interno de convencionalidade de suas leis como quando o exercer de maneira equivocada.

Especificamente em relação à aferição da convencionalidade de normas internas com tratados de natureza supralegal, objeto do controle difuso de convencionalidade, Sarlet distingue quatro possíveis situações: “incompatibilidade entre a normativa interna ... e o tratado...”, “compatibilidade com a Constituição”; “incompatibilidade com o tratado e com a CF”; “compatibilidade com o tratado e com a CF”; “compatibilidade com o tratado, mas desconformidade com a CF”. Essas situações decorrem “da duplicidade de regime criada pelo STF para os tratados de direitos humanos” e também, principalmente, por haver o STF afirmado “a sua competência para realizar o controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade do tratado”, o que acaba por “colocar o controle de convencionalidade em uma condição subalterna ao próprio controle de constitucionalidade”. (SARLET, 2013, p. 112).

Questão ainda mais delicada diz respeito à possibilidade de se realizar o controle de convencionalidade de normas constitucionais, o que implicaria, em um primeiro olhar, afirmar a supraconstitucionalidade da CADH, que representaria praticamente o inverso do que o STF estabeleceu. Palacios (2017, p. 1.397) defende que o controle de convencionalidade incide sobre normas constitucionais, as quais são passíveis de serem sindicadas quanto à compatibilidade com o *corpus iuris* interamericano. Sobre o tema, no já tratado caso sobre a prisão do depositário infiel, o STF decidiu que a CADH, assim como demais tratados não aprovados sob o rito das Emendas, ostentava caráter supralegal e, portanto, não dispunha de hierarquia tal que pudesse revogar a previsão da prisão civil na Constituição. Ocorre que, como a norma constitucional necessitava de regulamentação infraconstitucional, a norma da CADH apenas deixou sem efeito – paralisou – a lei ordinária que regulou a norma

constitucional, tornando, por consequência lógica, inaplicável o comando constitucional. Por outro lado, a CorteIDH já assentou expressamente, no Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile, em 2001, que o Estado chileno deveria modificar sua Constituição, para adequá-la à CADH. (MARINONI, 2013, p. 68-70).

A posição do STF sobre a questão causa um paradoxo, na medida em que estabelece uma hierarquia injustificável entre normas constitucionais que dependem de regulamentação legal e as autoaplicáveis. Enquanto as últimas não poderiam ter sua eficácia obstada por uma norma internacional sobre direitos humanos que com elas conflitasse, as primeiras, neste caso, jamais teriam eficácia, pois a norma infraconstitucional que as regulamentasse seria invalidada pelo efeito paralisante dos tratados sobre direitos humanos. O problema também é percebido por Mariz, Lira e Lira (2018, p. 174-176), os quais aduzem que o STF criou um “sistema de duplo controle” que “traz a inédita possibilidade de antinomia entre parâmetros de controle normativo”, na medida em que, “se a norma constitucional tem eficácia limitada, é possível que o TIDH [tratado internacional de direitos humanos] produza ‘efeitos paralisantes’ sobre os dispositivos legais internos que regulamentam a questão, sem invalidá-los”, o que não pode ocorrer no caso das normas constitucionais de eficácia plena.

A conciliação possível seria admitir-se que, embora tais tratados de natureza supralegal não possam revogar uma norma constitucional, de acordo com o decidido pelo STF, tal se daria apenas por uma questão de forma, pois se trata de normas que não são formalmente constitucionais, mas que materialmente são, integrando o bloco de constitucionalidade brasileiro, devendo, por isso, nortear a própria interpretação constitucional, senão revogando, por impossibilidade formal, mas paralisando a eficácia da norma constitucional violadora dos tratados, no caso extremo de não haver interpretação conforme à CADH possível. Acrescente-se o argumento de Guerra (2018, p. 313), para quem o controle de convencionalidade não guarda relação com a hierarquia da norma de direito internacional, uma vez que seu resultado não implica necessariamente a prevalência desta, mas sim daquela que melhor tutelar os direitos fundamentais, podendo ser uma norma de direito interno, ainda que hierarquicamente inferior à norma internacional. Ou seja, o controle de convencionalidade, antes de tudo, tem por escopo dar prevalência à norma ou interpretação de norma que melhor proteja os direitos humanos, independentemente da hierarquia das normas postas em conflito. Aderindo ao ponto, Palacios (2017, p. 1.401-1.402) esclarece ser equivocada

a noção de que o controle de convencionalidade se sustenta numa suposta superioridade hierárquica das normas internacionais de direitos humanos, uma vez que seu fundamento reside na obrigação internacional decorrente do princípio *pacta sunt servanda*.

Resta clara, pois, a possibilidade de que, no direito interno brasileiro, todos os juízes de direito, em qualquer nível, podem – e devem – compatibilizar o sistema recursal brasileiro, nos casos concretos, com o direito ao duplo grau de jurisdição previsto na CADH, com o alcance e o conteúdo dado pela interpretação da CorteIDH em seus precedentes. A uma, porque os recursos tem disciplina legal infraconstitucional, hierarquicamente inferior, em qualquer caso, aos tratados sobre direitos humanos incorporados no Brasil. A duas, porque não há incompatibilidade entre tal proceder e a Constituição, uma vez que esta não disciplina o sistema recursal, no sentido de esgotar os recursos existentes ou determinar-lhes a ritualística, mas tão somente trata de alguns recursos em matéria de repartição de competências. Neste sentido, Malarino (2011, p. 453-455) propõe quatro passos para utilização dos precedentes da CorteIDH em sede de controle de convencionalidade: 1) verificar se há jurisprudência da CorteIDH sobre determinada norma da CADH que importe à solução do caso concreto; 2) identificar qual é a doutrina que se afere a partir da jurisprudência da CorteIDH; 3) avaliar a aplicabilidade desta doutrina ao caso concreto; e 4) a compatibilidade da doutrina com a ordem jurídica constitucional do país.

Tem-se, portanto, a possibilidade de qualquer juiz de qualquer grau de jurisdição realizar um controle interno difuso de convencionalidade do sistema recursal. Além disso, o STJ tem o dever de reparar interpretações de normas pelos tribunais que sejam violadoras dos tratados, em sede de recurso especial, como previsto no artigo 105, III, a da Constituição, o que equivale, praticamente, a uma positivação constitucional de controle de convencionalidade difuso no âmbito do STJ. Já ao STF, além de competir o controle difuso, também compete o controle concentrado de convencionalidade em relação aos tratados com *status* de emenda constitucional, por meio das ações constitucionais objetivas ou mesmo de recurso extraordinário.

4.2 Da submissão do Estado brasileiro à jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da possibilidade de sanção

Através do Decreto n. 4.463/2002, o presidente Fernando Henrique Cardoso reconheceu “como obrigatória ... a competência da CortelIDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH, ... de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”. Ou seja, além de reconhecer a autoridade da CADH como norma internacional de *status* supralegal, o que já impunha o dever de observância ao Estado brasileiro, a partir do reconhecimento da autoridade jurisdicional da CortelIDH, o país passou a poder ser sancionado por esta em razão de descumprimento de suas obrigações internacionais.

Como já visto, um Estado-parte da CADH que reconheça e se submeta à jurisdição da CortelIDH está passível de responsabilização internacional tanto por violações à CADH, seja direta ou seja à interpretação que a CortelIDH faz dela, como por omissão em relação à obrigação de realizar controle de convencionalidade do direito interno, adequando este à CADH, ou mesmo por realizar o dito controle de maneira equivocada. Schäffer *et al* (2011, p. 225-228) apontam três tipos de descumprimentos convencionais passíveis de responsabilização internacional: “omissão em adequar o ordenamento interno ao *corpus juris* interamericano”; “atos judiciais contrários à Convenção”; “cumprimento de ordens expedidas pela CortelIDH no exercício das funções cautelar, executiva e consultiva”. A CortelIDH tem reiteradamente afirmado a obrigação de cumprimento de suas decisões como princípio básico de reponsabilidade internacional dos Estados, os quais devem cumprir suas obrigações convencionais de boa-fé, em razão do princípio *pacta sunt servanda* (HITTERS, 2013, p. 369). A omissão no cumprimento das decisões da CortelIDH não pode ser interpretada como faculdade dos Estados, mas, ao contrário, como uma nova violação à CADH (FALCONÍ, 2011, p. 309).

Não obstante o descumprimento de decisões da CortelIDH gere responsabilidade internacional ao Estado, isso não tem impedido que alguns simplesmente afirmem a não executoriedade das referidas sentenças, como tem feito o Tribunal Supremo de Justiça venezuelano, mesmo com o país reconhecendo e se

submetendo à jurisdição internacional da CorteIDH (MARINONI, 2013, p. 74-75). Calabria (2017, p. 1.337-1.339) conduziu estudo sobre a análise da eficácia de sentenças da CorteIDH, constatando que países como Venezuela, Trinidad e Tobago, Haiti e Nicarágua sequer informaram a CorteIDH sobre medidas que tenham sido implementadas em razão da condenação destes Estados, o que impossibilita a fiscalização da execução de suas próprias sentenças pela CorteIDH. Neste tocante, ressalte-se que a CorteIDH vem exercendo também papel de juízo internacional de execução de suas sentenças, supervisionando o cumprimento destas pelos Estados que tenham sido condenados no âmbito de sua jurisdição (HITTERS, 2013, p. 370). Anualmente, em atendimento ao artigo 65 da CADH, a CorteIDH deve informar à Assembleia Geral da OEA a respeito do descumprimento de suas decisões por Estados membros, o que pode acarretar, inclusive, sanções de ordem econômica ao país.

Mazzuoli (2011b, p. 208-210) adverte que a sentença internacional não se confunde com a estrangeira, que é prolatada por um Estado soberano e não por um órgão jurisdicional internacional, não se enquadrando, portanto, na necessidade de ratificação pelo STJ para surtir efeitos no Brasil, uma vez que este tribunal não tem autoridade legal ou constitucional para tanto. Não obstante, o autor chama atenção para a falta de um disciplinamento legal para que seja dada efetividade às sentenças internacionais no Brasil (MAZZUOLI, 2011b, p. 210-211).

A primeira condenação do Brasil pela CorteIDH se deu no Caso Damião Ximenes Lopes, julgado em 2006, no qual o Estado brasileiro espontânea e imediatamente cumpriu a obrigação de reparar os danos causados, da ordem de US\$ 146.000,00 (cento e quarenta e seis mil dólares americanos) (MAZZUOLI, 2011b, p. 211). Todavia, o maior problema em relação a eficácia das sentenças da CorteIDH normalmente se dá em relação à obrigação de identificar e punir os responsáveis por violações aos direitos humanos (MAZZUOLI, 2011b, p. 2012-2013).

No Caso Gomes Lund e outros, o Brasil foi condenado, em novembro de 2010, em razão da não persecução penal dos responsáveis pelo desaparecimento forçado de pessoas no contexto da Guerrilha do Araguaia, tendo a CorteIDH afirmado a inconveniência da Lei de Anistia brasileira, que impedia a apuração dos crimes praticados no contexto da ditadura militar, a qual já havia sido considerada válida e constitucional pelo STF meses antes, no julgamento da ADPF n. 153, em abril de 2010, pendente ainda de julgamento embargos de declaração opostos pela OAB

(Schäffer *et al*, 2017, p. 234-235). Em sede de supervisão de cumprimento de sentença, a CorteIDH, em 2014, apontou o descumprimento, pelo Brasil, da sentença do caso em questão, o que levou ao ajuizamento da ADPF n. 320, com o fim de dar cumprimento à declaração de inconvencionalidade da Lei de Anistia, determinando-se a persecução penal dos responsáveis por desaparecimentos forçados de pessoas no contexto do regime militar (Schäffer *et al*, 2017, p. 234-235). Atualmente, a ADPF n. 153 foi apensado à ADPF n. 320, a qual se encontra conclusa para julgamento, com parecer da Procuradoria-Geral da República pelo seu parcial provimento. Nesta ADPF, o Partido Socialismo e Liberdade, autor, busca a declaração de que a Lei de Anistia não se aplica a agentes públicos que praticaram graves violações de direitos humanos em face de supostos autores de crimes políticos, muito menos a autores de crimes continuados ou permanentes, como é o desaparecimento forçado de pessoas – equivalente ao sequestro no CP (MAZZUOLI, 2018c, p. 146). Intenta ainda a ADPF que todos os órgãos estatais cumpram integralmente as determinações da sentença da CorteIDH no Caso Gomes Lund (MAZZUOLI, 2018c, p. 146). Mazzuoli (2018c, p. 150-151) explica que a ADPF aponta violações aos artigos da Constituição que consagram os princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, dentre outros, uma vez que não se poderia arguir qualquer violação à CADH em sede de ADPF, por não ostentar a convenção natureza de norma formalmente constitucional.

Outras condenações já foram impostas ao Estado brasileiro, no sentido de levar a cabo investigações para responsabilização de agentes que cometeram crimes de lesa humanidade, a exemplo do Caso Herzog e outros, julgado em 2018, em que o Estado informou à CorteIDH que o caso foi remetido ao Ministério Público Militar, tendo este concluído que seria impossível dar cumprimento a tal medida de reparação, em razão dos institutos da anistia, da prescrição e da irretroatividade da lei penal, pelo que o Poder Executivo não teria ingerência sobre a autonomia e independência funcionais do Ministério Público. A CorteIDH concluiu que o ato do Estado brasileiro constituiu desacato à obrigatoriedade das sentenças internacionais e afronta ao princípio da boa-fé no cumprimento das responsabilidades internacionais do Estado. (COSTA RICA, 2021). Foi designada ainda audiência pública conjunta para

supervisão do cumprimento integral das sentenças dos Casos Gomes Lund e Herozg para o dia 24 de junho de 2021¹².

Anote-se que a CortelDH, nos Casos Gomes Lund e Herzog, realizou verdadeiro controle de convencionalidade da Lei de Anistia, lei ordinária de inferior hierarquia em relação à CADH no direito interno brasileiro, razão pela qual, ainda que o STF tenha entendido pela constitucionalidade da lei em questão, tal entendimento não conflita com a declaração de inconvenção emanada da CortelDH, pois a lei ordinária deve passar pelo duplo controle vertical material, o de constitucionalidade e o de convencionalidade. Conclui-se que, com as sentenças da CortelDH nos dois casos acima mencionados, a Lei de Anistia teve sua eficácia paralisada, não podendo mais servir de óbice a que se promova persecuções penais por fatos por ela anistiados, salvo se praticados antes de 1998, como ressalva o decreto que reconheceu a obrigatoriedade da jurisdição internacional da CortelDH. Contudo, o desaparecimento de pessoas tem caráter permanente, bem como as violações à CADH pela não apuração dos fatos, razão pela qual a própria CortelDH entendeu que devem ser investigados, afastando, inclusive, qualquer óbice relativo a alegações de prescrição.

Vê-se que as duas sentenças da CortelDH nos casos acima tratados permanecem em descumprimento pelo Estado brasileiro, que chegou a informar a impossibilidade do cumprimento com base em argumentos rechaçados nas próprias sentenças. Cabe ao STF, agora, no bojo da ADPF n. 320, dar efetividade às sentenças da CortelDH, delimitando a abrangência da Lei de Anistia de acordo com o controle de convencionalidade realizado pela CortelDH.

No âmbito do STJ, decisão prolatada pela quinta turma, em 15 de junho de 2021, no RHC n. 136.961, determinou o cumprimento da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CortelDH, a qual determinou como medida provisória a contagem em dobro do tempo de pena cumprido no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, em razão das condições degradantes a que os presos estavam submetidos, salvo para aqueles acusados de crimes contra a vida, a integridade física ou sexuais¹³.

¹² Na referida audiência, as partes envolvidas expuseram suas alegações sobre o cumprimento das sentenças da CortelDH, a qual emitirá nova resolução sobre a supervisão do cumprimento das sentenças. A audiência está disponível em: <https://youtu.be/3apPAZ2d3Xs>.

¹³ Embora não seja objeto do presente trabalho, deve-se ressaltar a incongruência da ressalva oriunda da CortelDH, a distinguir o aprisionado de acordo com o delito pelo qual ele foi acusado, como se a execução de pena de determinados delitos admitisse que se submetesse alguém a uma condição sub-humana.

Neste julgado, o STJ assentou que “a sentença da CortelIDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes”, obrigando “todos os órgãos e poderes internos do país” a cumpri-la. Concluiu ainda o STJ que “o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da CortelIDH da maneira mais favorável possível àquele que vê seus direitos violados”, afirmando ainda que todas as autoridades públicas “devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional”. (BRASIL, 2021).

Assentado está que o Estado brasileiro reconhece a legitimidade e se submete à jurisdição internacional da CortelIDH, podendo ser sancionado tanto pelas omissões em adequar sua legislação processual penal ao direito ao duplo grau de jurisdição, com a amplitude prevista na CADH, bem como em razão de seus tribunais interpretarem o cabimento de recursos existentes de maneira restritiva, a obstaculizar o exercício do duplo grau, e ainda por deixar de realizar, ou realizar inadequadamente, o controle de convencionalidade de suas leis. E, deixando de cumprir uma determinação da CortelIDH, a recalcitrância será informada à Assembleia Geral da OEA, a qual pode editar recomendações e até mesmo impor sanções, inclusive de natureza econômica, ao Estado que recorrentemente negar executoriedade às sentenças internacionais.

4.3 Propostas jurisprudenciais e legislativas para conformação do sistema recursal penal brasileiro

A fim de sistematizar as propostas possíveis para conformação – exercício do controle de convencionalidade – do sistema recursal brasileiro em matéria penal, é necessário estabelecer que existem duas ordens de proposições: as de cunho legislativo, ou mediatas, e as de cunho jurisprudencial, ou imediatas. As segundas devem ser adotadas como medidas paliativas, enquanto não editadas as primeiras, pois o dever de adequação do ordenamento interno que decorre do controle de convencionalidade constitui primacialmente, embora não exclusivamente, um dever

de normação do Estado, dado que a manutenção do atual quadro perpetua situação de reiteradas violações à CADH, como já demonstrado.

Também devem ser estabelecidos os problemas que a sistemática recursal brasileira acarreta, no sentido de causar violação ao direito ao duplo grau de jurisdição previsto no artigo 8.2.h da CADH, os quais já foram explorados e agora sintetizados, a saber: 1) a possibilidade de a acusação apelar de uma sentença condenatória, que acarreta a ausência de recurso efetivo em face de decisão que dê provimento à apelação para condenar o acusado; 2) a limitação da cognoscibilidade dos recursos em face dos veredictos do júri apenas quando manifestamente contrários à prova dos autos e a impossibilidade de reforma do veredicto para absolver o acusado desde logo; 3) a ausência de recurso efetivo em face de condenações prolatadas originariamente em tribunais, nos casos de foro por prerrogativa de função e regras de reunião processual.

Para melhor estruturar as soluções a serem avaliadas, enfrentar-se-ão, separadamente, cada um dos problemas e as respectivas proposições de ordem legislativa e jurisprudencial possíveis. Também será analisada a proposta prevista na PEC n. 199/2019, em tramitação no Congresso, bem assim como o sistema recursal é organizado no projeto de novo CPP, que lá também tramita.

Quanto ao primeiro problema, relativo à possibilidade de recurso acusatório contra a absolvição e a ausência de novo recurso efetivo à disposição do condenado em caso de provimento da apelação acusatória, a proposta comumente mais articulada é a da adoção do sistema recursal unilateral, de inspiração do *common law*, no qual apenas à defesa é dado buscar a reforma das decisões de mérito, dispondo a acusação de uma única chance de perseguir a condenação, em razão da vedação oriunda da *double jeopardy clause*.

Tal sistema teria a vantagem de racionalizar o uso dos recursos, em razão da estabilização das sentenças absolutórias, as quais só poderiam ser anuladas em razão de nulidades, jamais ter seu mérito revisto. Ademais, é uma proposta de racionalização constitucional, eis que não importa em supressão ou redução das garantias processuais individuais, ao contrário das soluções comumente aventadas no Brasil para contornar a morosidade judicial, tal como a execução provisória da pena. A proposta é defendida por Vasconcellos (2019, p. 94), para quem “impõe-se a vedação do poder impugnativo à acusação sobre a absolvição, restando cabível o recurso por situações de infração à lei, conforme o caso concreto”.

Por outro lado, não se pode ignorar que a tradição jurídica brasileira, emanada dos países do *civil law*, ainda possui, na seara penal, forte ranço inquisitivo, e que a proposta de adoção do sistema unilateral, embora constitucional, encontraria ferrenha oposição nos mais diversos segmentos de operadores do direito, que argumentariam no sentido de quebra do equilíbrio processual – paridade de armas – entre as partes no processo penal e de fomento à impunidade. Tais argumentos não se mostram, de um ponto de vista técnico-jurídico, convincentes, mormente quando se tem em conta que a relação processual penal é naturalmente desarmônica, na medida em que se contrapõem o Estado-acusador, com toda sua estrutura persecutória, e o indivíduo, no mais das vezes economicamente hipossuficiente. Vale dizer, “o processo penal apresenta situação de desigualdade inerente, pois a persecução criminal movimenta o incomparável poder estatal contra um indivíduo singular, que somente tem seus direitos fundamentais como escudo de proteção” (VASCONCELLOS, 2019, p. 89-90). No mesmo sentido, Mendes (2019, p. 133) afirma que “pensar em paridade de armas como igualdade processual não se satisfaz com mera igualdade formal”, e sim com a material, “que mais se aproxima do conceito de isonomia, na qual se faz necessária uma desigualdade em prol do imputado, visando, de fato, equilibrar as condições no processo penal”.

Contudo, é certo que a viabilidade prática de tal proposta vir a ser implementada é pouco factível. Mendes (2019, p. 203-204), embora defenda a superação da bilateralidade recursal com o objetivo de “limitar por completo qualquer recurso contra sentença absolutória ou mesmo contra qualquer decisão favorável ao imputado”, reconhece se tratar de proposta utópica. Por esta razão prefere-se trabalhar, aqui, com proposições mais palpáveis a curto e médio prazo, no visio de buscar a efetiva alteração da realidade a que esse trabalho se propõe.

Proposta viável no âmbito jurisprudencial seria a reforma da jurisprudência dos tribunais superiores para dar aos recursos especial e extraordinário interpretações ampliativas de seus cabimentos, expurgando-se as súmulas que vedam a apreciação de matéria fático-probatória e demais entraves de ordem formal, para que tais recursos, ou no mínimo o recurso especial, possam servir, momentaneamente, enquanto não se adegue a legislação, como mecanismos de efetiva revisão da condenação, quando emanada primeiramente de um tribunal, em julgamento de recurso acusatório. Cazelatto e Leme (2019, p. 6.420-6.421) defendem que, na hipótese ora tratada, “para que seja efetivada as disposições da Convenção, no

manejo de seu recurso especial, deve o Superior Tribunal de Justiça analisá-lo primeiramente como mera apelação, e somente não se admitindo e negado provimento ao apelo, analisar os fundamentos jurídicos do especial”. Bandeira (2019, p. 131) defende a mesma solução, mas de maneira definitiva, aduzindo bastar “que nos recursos especial e extraordinário seja analisada a matéria de fato, com a revisão integral da decisão proferida”, afirmando que “nenhuma alteração legislativa é necessária”. Tal proposta, ressalte-se, seria adequada apenas para conformação imediata da sistemática recursal, não devendo subsistir a longo prazo, dado os inconvenientes de ordem logística advindos da transformação dos tribunais superiores em uma espécie de terceira e quarta instâncias, a lhes desnaturar o escopo constitucionalmente definido.

No âmbito legislativo, vislumbram-se três possibilidades distintas, mas de semelhante efeito prático. Duas dizem respeito à criação de um novo recurso de apelação em face do acórdão que der provimento à apelação da acusação, podendo este novo recurso ser dirigido a um órgão distinto do mesmo tribunal ou ao STJ. Esta última proposta redundaria no mesmo inconveniente exposto linhas acima, sobre a criação de uma terceira instância jurisdicional. Quanto à “apelação da apelação” dirigida ao mesmo tribunal, mas processada e julgada por distintos juízes, crê-se mais adequado se trabalhar com o alargamento das hipóteses de cabimento dos embargos infringentes e de nulidade, recurso já previsto como de manejo exclusivo da defesa.

A uma, porque demandaria menores esforços logísticos para adaptação dos regimentos internos dos tribunais, que já preveem o rito de julgamento dos embargos infringentes em matéria penal. A duas, porque o escopo deste recurso é dar prevalência a um entendimento minoritário que tenha sido favorável ao acusado, o que muito bem se amolda ao caso em que um juiz de primeira instância entende pela absolvição de um acusado, enquanto o tribunal, em grau recursal, discorda de tal entendimento. Os embargos infringentes teriam, então, o objetivo de fazer prevalecer o entendimento do juízo apelado.

Quanto ao problema das apelações no rito do júri, as propostas que ora serão expostas partem de dois pressupostos, já tratados nos pontos 2.4 e 2.6 deste trabalho: o de que é inviável a apelação acusatória com fundamento na contrariedade à prova dos autos quando o veredicto se fundar em resposta ao quesito absolutório genérico; e o de que a soberania dos veredictos e a competência para julgar crimes dolosos contra a vida se inserem no rol de direitos e garantias fundamentais individuais, razão

pela qual suas interpretações e compatibilizações com o direito ao duplo grau de jurisdição devem ser sempre ampliativas da proteção aos direitos humanos.

Como já tratado, em nível jurisprudencial, há decisões de ambas as turmas do STF, sempre por apertada maioria, no sentido de que não é cabível recurso de apelação da acusação, com base na contrariedade à prova dos autos, quando os jurados respondem ao quesito absolutório genérico. A questão ainda está pendente de solução pelo plenário, em regime de repercussão geral. Tal não é, contudo, o entendimento da terceira seção do STJ. Em todo caso, os tribunais superiores reconhecem como possível e legítima a absolvição por motivos extrajurídicos, como a clemência. Assim, de maneira imediata, necessário que o STF pacifique a questão pelo seu pleno. E, mediatamente, para que a questão não fique à mercê das majorias de ocasião em razão de mudanças de composição dos tribunais, deve haver alteração legislativa para expressamente vedar o manejo de apelação pela acusação em tais casos.

Ainda quanto à possibilidade de apelação acusatória nos demais casos, que não o de resposta ao quesito absolutório genérico, deve ser mantida a fórmula legal que condiciona seu cabimento à manifesta contrariedade à prova dos autos, como forma de compatibilizar a garantia da soberania dos veredictos com o sistema bilateral recursal, e tendo em vista que, nestes casos, é possível sindicarmos a decisão dos jurados em face da prova dos autos, para anulá-la apenas se totalmente divorciada desta. Havendo qualquer lastro probatório que respalde o veredicto favorável ao réu, este deve ser mantido, independentemente da prevalência ou não de provas acusatórias sobre defensivas, em respeito à garantia da soberania – que é outorgada ao acusado. Frise-se que o efeito do eventual provimento da apelação acusatória deve permanecer sendo o de anulação do veredicto, para que outro seja prolatado pelo júri, em novo julgamento, sem possibilidade de novo recurso pelo mesmo fundamento, em razão do direito individual do acusado de ser julgado pelo tribunal do júri.

No entanto, é necessário que se altere, por via legislativa, a fórmula legal acima descrita para o cabimento do recurso de apelação defensiva, uma vez que a limitação em questão afronta a interpretação que a CortelDH faz do alcance e amplitude do artigo 8.2.h da CADH, e viola também o princípio da presunção de inocência, na vertente da regra probatória do *in dubio pro reo*. Propõe-se que o cabimento de apelação em face do veredicto condenatório se dê sempre que não houver prova suficiente para a condenação, devendo ainda o tribunal competente para julgamento

da apelação, se verificar que realmente a condenação violou o *in dubio pro reo*, de logo absolver o acusado, em vez de submetê-lo a julgamento com base nas mesmas provas, as quais já se afirmou insuficientes para uma condenação. Tal procedimento racionaliza a quantidade de recursos cabíveis, evita o chamado efeito regresso ao infinito, de que já se tratou, e também evita a profusão de revisões criminais para rever veredictos sem apoio em prova suficientemente idônea para condenação.

Quanto ao último problema, relativo aos julgamentos de ações penais originárias no âmbito dos tribunais, em face dos quais não há recurso cabível que satisfaça a exigência do duplo grau de jurisdição, tenha-se em mente que a CorteIDH já assentou a convencionalidade da previsão de foros especiais em razão do exercício de altas funções de Estado, bem como das regras de reunião processual que atraem o julgamento de pessoas sem foro especial, bastando, contudo, que se garanta o direito a um recurso efetivo.

Em um primeiro olhar, poder-se-ia pensar em um sistema em que o acusado detentor de foro por prerrogativa de função pudesse optar pelo exercício do foro, com a consequência dele advinda – ausência de um recurso efetivo –, e que não houvesse regras de reunião processual que implicassem a alteração da instância de julgamento das pessoas sem prerrogativa de foro. Não parece constitucional ou convencional exigir-se do acusado, para a compatibilização de duas garantias de que dispõe, uma em razão da função que ocupa e outra em razão da condição de réu, que abra mão de uma delas, uma vez que em matéria de direitos humanos e fundamentais, não se deve aplicar a regra do tudo ou nada, mas sim compatibilizá-los para buscar a máxima efetividade possível e a maior proteção aos direitos individuais (MENDES, 2019, p. 180). Acresça-se que as regras que regulam a reunião processual, além de convencionais, são relevantes instrumentos para evitar a insegurança jurídica que decorreria de decisões conflitantes sobre o mesmo fato em tese criminoso.

A solução adequada é a criação, pela via legislativa, da hipótese de cabimento de recurso de apelação em face de decisões condenatórias proferidas em única instância nas ações penais originárias perante qualquer tribunal, a ser processada e julgada por órgão distinto do mesmo tribunal, sem a participação dos juízes que tomaram parte no primeiro julgamento, delegando a cada tribunal regular o procedimento em seus respectivos regimentos internos, os quais deveriam revogar qualquer hipótese de julgamento originário diretamente pelo plenário. Idêntica solução é apontada por Bandeira (2019, p. 133), mas apenas no âmbito dos julgamentos

originários perante o STF, entendendo que, nos demais casos, bastaria que se viabilizasse a discussão de fatos no âmbito dos recursos especial e extraordinário, o que acarretaria uma quebra da simetria no sistema recursal, ao se prever distintos meios impugnativos para situações juridicamente correlatas.

Cazelatto e Leme (2020, p. 6.420-6.421) acrescentam que, enquanto não implementadas medidas de cunho legislativo, que não são as únicas previstas na CADH, podem os tribunais superiores funcionar como “verdadeiros tribunais de apelação”, conhecendo dos recursos especial e extraordinário sem o juízo de admissibilidade que lhes é peculiar, “seja por mera fungibilidade recursal ou até por mera técnica de julgamento”. Se for o caso de julgamento originário perante o STF, defendem que ou se desloca a competência do STF para o tribunal imediatamente inferior ou as ações penais devem ser julgadas sempre por um órgão fracionário, com a possibilidade de recurso para o pleno (CAZELATTO; LEME, p. 6.420-6.421).

Postas as soluções que se entendem como viáveis e factíveis de implementação a curto e médio prazo, mencione-se a existência da PEC n. 199/2019, proposta pelo Deputado Federal Alex Manente, a qual transforma os recursos especial e extraordinário, em recursos de revisão, a serem intentados após o trânsito em julgado, reproduzindo as hipóteses de cabimento já previstas na Constituição. O objetivo de tal proposta é viabilizar a prisão após o esgotamento da segunda instância. Todavia, se a atual sistemática dos recursos em questão já não satisfaz o requisito do duplo grau, diante das muitas limitações de cognoscibilidade impostas pela jurisprudência dos tribunais superiores, adicionar-se-ia mais um argumento no mesmo sentido, pois o recurso deve ser amplo, efetivo, acessível e obstar a execução da pena. Acresça-se que haveria um suposto conflito de competência entre a ação de revisão criminal já existente no CPP e as novas ações de revisão especial e extraordinária, o que, ao que parece, redundaria na revogação dos dispositivos do CPP, transferindo aos tribunais superiores uma competência que hoje reside nos tribunais de segunda instância, o que vai de encontro com a tendência de que se torne a jurisdição daqueles tribunais cada vez mais excepcional.

Não obstante a crítica que ora se faz, se implementadas as alterações de ordem legislativa que ora se propõe, não haveria óbice algum a que se transformassem os recursos especial e extraordinário em ações de revisão, pois, assim, a execução da pena após esgotamento da segunda instância não mais seria provisória e, portanto,

inconstitucional, e o direito ao duplo grau de jurisdição estaria atendido em todas as instâncias possíveis de julgamento.

Tramita ainda, há mais de uma década, o PL n. 8.045/2010, consistente no projeto de novo CPP, o qual traz avanços na matéria, a saber: dispõe que o recurso da defesa sempre possui efeito devolutivo integral; possibilita que se conheça de matéria que possa favorecer o acusado em recurso exclusivo da acusação; possibilita que o Ministério Público apele em favor do acusado; faculta ao apelante requerer novo interrogatório, inquirição de testemunhas e produção de diligências em sede de apelação, o que atualmente é previsto como prerrogativa do próprio órgão julgador, e não do apelante. Por outro lado, mantém as mesmas violações à CADH apontadas neste trabalho, inclusive reproduz a sistemática da apelação contra os veredictos dos jurados já existente, e restringe ainda mais o cabimento dos embargos infringentes apenas para a hipótese de julgamento não unânime que reforme a sentença apelada em desfavor do acusado.

Em síntese, o presente trabalho propõe a compatibilização do direito interno à norma prevista no artigo 8.2.h da CADH, com o alcance e a amplitude que lhe confere a Corte IDH, através de uma simples proposição legislativa que altere o CPP, condensando todas as alterações necessárias e factíveis a curto ou médio prazo, considerando a tradição e a cultura jurídicas brasileira, quais sejam: ampliação da hipótese de cabimento dos embargos infringentes e de nulidade, alteração do regime jurídico das apelações em face dos veredictos emanados do tribunal do júri e ampliação da hipótese de cabimento da apelação para abranger as condenações proferidas em única instância nas ações penais originárias perante tribunais. Anexo ao presente trabalho, apresentar-se-á proposta de projeto de lei neste sentido.

4.4 Breve comentário ao projeto de lei proposto em anexo

Anexo ao presente trabalho, propor-se-á um projeto de lei o qual, através de simples alterações em apenas três artigos do CPP, resolveria os principais problemas apontados neste trabalho que poderiam gerar a responsabilização internacional do Estado brasileiro, em razão da violação ao artigo 8.2.h da CADH e da omissão do dever de adequar seu ordenamento interno.

A primeira alteração proposta diz respeito ao regime jurídico das apelações no tribunal do júri, previsto no artigo 593, III do CPP, o qual se pretende alterar para realizar as seguintes adequações: 1) continuar possibilitando recurso da acusação em face do veredicto absolutório apenas quando este for manifestamente contrário à prova dos autos, uma única vez, mas ressalvando ser incabível o recurso quando a absolvição se fundar no quesito absolutório genérico do artigo 483, III do CPP, compatibilizando-se, assim, a bilateralidade recursal com os princípios da íntima convicção e da soberania dos veredictos; 2) alterar a hipótese de cabimento de apelação em face do veredicto condenatório para quando não houver prova suficiente para a condenação, permitindo-se ao órgão revisor, neste caso, de logo reformar a decisão dos jurados, privilegiando-se o princípio do *in dubio pro reo* e evitando-se o efeito de regresso ao infinito.

O projeto proposto também inclui um novo inciso no artigo 593 do CPP, para contemplar o cabimento de apelação em face das sentenças definitivas de condenação proferidas por tribunais no julgamento de ações penais originárias, ressaltando-se que, nestes casos, a apelação deverá ser processada e julgada por órgão fracionário distinto do mesmo tribunal, ou por seu pleno, vedada, em qualquer caso, a participação dos juízes que tomaram parte no julgamento anterior, delegando-se ao tribunais regulamentarem a questão em seus respectivos regimentos internos. Com essa simples proposição, resolve-se toda a questão do direito ao recurso envolvendo o julgamento de pessoas com foro especial por prerrogativa de função e também daquelas atraídas a tal foro em razão de regras de reunião processual, inclusive nos casos de julgamento originário perante o STF, bastando que os tribunais adequem seus regimentos, abolindo qualquer possibilidade de julgamento originário pelo seu pleno, órgão a que se reservaria, quando muito, o julgamento das apelações criminais.

É ainda proposta, quanto às apelações, a adição de parágrafos ao artigo 599, que trata da cognoscibilidade do recurso, para deixar expresso que o efeito devolutivo das apelações da acusação é restrito, enquanto o das apelações defensivas é integral, assentando-se ainda a possibilidade de conhecimento de matéria favorável ao acusado em recurso exclusivo da acusação.

Por fim, para solucionar o problema da falta de recurso efetivo quando a condenação advém do provimento, em segunda instância, de recurso da acusação, se propõe o acréscimo de nova hipótese de cabimento de embargos infringentes e de

nulidade, para abarcar a resolução do dissenso havido entre o juízo apelado e o órgão revisor, deixando claro que, neste caso, os embargos devolvem toda a matéria ao órgão competente para julgamento.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propunha a, de modo geral, analisar a compatibilidade do direito ao recurso no processo penal brasileiro com o direito ao duplo grau de jurisdição, como previsto na CADH, propondo alternativas de ordem jurisprudencial e legislativa para conformação do direito interno. Mais especificamente, havia o escopo de 1) firmar a posição, a titularidade e o conteúdo do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, a partir da CADH e do PIDCP; 2) aferir a existência de compatibilidade entre o direito ao duplo grau e outras regras aplicáveis ao processo penal, como o juiz natural, o foro por prerrogativa de função, vedação ao *bis in idem* e soberania dos veredictos; 3) definir se o atual sistema recursal penal brasileiro possibilita ao acusado o exercício do direito ao duplo grau, conforme previsto nos pactos internacionais; e 4) consolidar o tratamento dado ao duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de direitos humanos.

Propôs-se ainda as seguintes hipóteses, que seriam testadas ao longo do trabalho: 1) o direito ao duplo grau de jurisdição, apesar de não expressamente previsto na Constituição, é direito fundamental titularizado pelo acusado, no processo penal, com *status* de norma supralegal, o qual possui como conteúdo mínimo o direito de todo acusado a ter sua condenação amplamente revista por um tribunal, órgão ou juiz funcionalmente superior e distinto daquele que prolatou a decisão condenatória; 2) permitir que o órgão de acusação recorra das decisões absolutórias de mérito vulnera o direito ao duplo grau de jurisdição, uma vez que, se provido o recurso acusatório, não há instrumento processual adequado a concretizar o direito de revisão da condenação por um órgão judicante distinto; e 3) o Estado brasileiro se submete à jurisdição da CorteIDH e está passível de ser sancionado pela sistemática violação ao Pacto de São José da Costa Rica, no tocante ao direito ao duplo grau de jurisdição.

Analisando-se, inicialmente, o modo de incorporação dos tratados ao direito interno brasileiro, concluiu-se que todos os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem natureza materialmente constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade brasileiro, servindo a distinção no rito de aprovação destes tratados, estabelecida na EC n. 45/2004, apenas para estabelecer que os tratados podem ostentar natureza formalmente constitucional, equivalentes às normas

constitucionais derivativas, o que não exclui o fato de todos são materialmente constitucionais.

Buscando-se a definição e o alcance do direito ao duplo grau de jurisdição, como previsto no artigo 8.2.h da CADH e 14.5 do PIDCP, de acordo com os critérios de interpretação de normas internacionais sobre direitos humanos e com a doutrina majoritária, chegou-se à conclusão de que se trata de um direito-garantia fundamental titularizado pelo acusado em um processo penal, de caráter supralegal, mas materialmente constitucional e integrante do bloco de constitucionalidade brasileiro, cujo âmbito de proteção reside no direito de o acusado ter a sua condenação amplamente revista por um órgão jurisdicional com poderes de revisão distinto do que prolatou a decisão recorrida.

Definindo-se a compatibilidade do direito ao duplo grau de jurisdição com normas de direito interno, verificou-se o seguinte: 1) o princípio da identidade física do juiz integra o conteúdo garantístico do princípio do juiz natural, em sua dimensão material, o qual resta violado quando uma causa é novamente julgada, em grau de recurso, por órgão revisor que não teve contato com a produção das provas em juízo; 2) o julgamento em única instância estabelecido em razão de foro especial por prerrogativa de função e regras de reunião processual violam o direito ao duplo grau de jurisdição, ao não se prever o cabimento de um recurso efetivo em face das condenações; 3) a outorga do direito de recorrer à acusação não é incompatível com a vedação ao *bis in idem*, de acordo com o conceito deste adotado na tradição dos países de *civil law* e na CADH e no PIDCP; 4) o regime recursal na sistemática do júri não garante o direito ao duplo grau de jurisdição de maneira efetiva, ao vedar uma apelação defensiva com o mesmo fundamento de anterior apelação acusatória e ao limitar seu cabimento à hipótese de manifesta contrariedade à prova dos autos; 5) a outorga do direito ao recurso à acusação viola o direito ao duplo grau de jurisdição, em razão de não haver recurso amplo e efetivo à disposição do acusado em face de eventual condenação advinda do provimento do recurso acusatório; e 6) a possibilidade de a acusação apelar do veredicto absolutório no tribunal do júri, quando decorrente de resposta ao quesito genérico de absolvição, viola o princípio da íntima convicção e da soberania dos veredictos.

Delimitando-se o tratamento dado ao direito ao duplo grau de jurisdição na jurisprudência internacional da CorteIDH, concluiu-se que: 1) o órgão responsável pela revisão da condenação deve reunir os requisitos jurisdicionais que o legitimem

para tanto, vale dizer, ser um juízo competente, imparcial e independente, e deve o recurso tramitar segundo o devido processo; 2) o órgão revisor deve ser integrado por juízes distintos e possuir superior hierarquia orgânica, devendo o recurso possuir efeito devolutivo integral; 3) foros especiais e regras de reunião processual nestes foros são convencionais, desde que se assegure o direito a um recurso efetivo em face das condenações, ainda que advindas do tribunal de maior hierarquia do país; 4) deve ser assegurado o direito a um recurso efetivo em face da primeira condenação prolatada, ainda que decorrente de provimento de recurso contra decisão absolutória; 5) o recurso deve ter natureza ordinária, ser eficaz, acessível e impedir a estabilização da sentença condenatória; e 6) viola o direito ao duplo grau a interpretação restritiva, por parte dos tribunais, das hipóteses de cabimento dos recursos.

A respeito dos mecanismos capazes de alterar a realidade e compatibilizar o direito interno com o artigo 8.2.h da CADH, tratou-se do controle de convencionalidade como mecanismo apto a tal conformação, devendo ser realizado por qualquer juiz, aplicando-se o efeito paralisante que a CADH possui sobre as normas infraconstitucionais. Estabeleceu-se ainda que o Estado brasileiro, ao reconhecer a autoridade jurisdicional da CorteIDH, se submete às suas decisões, podendo ser responsabilizado internacionalmente pela omissão em adequar seu ordenamento interno e em realizar o controle de convencionalidade de suas normas, ou mesmo por realizá-lo de modo equivocado.

Ao fim, criticou-se a conveniência, a efetividade e a factibilidade de algumas proposições comumente defendidas para conformação do sistema recursal brasileiro, bem como a PEC n. 199/2019 e o projeto de novo CPP. Em alternativa, propôs-se, em nível jurisprudencial e em caráter paliativo, a mudança de paradigma dos tribunais superiores em relação ao cabimento dos recursos especial e extraordinário. Em nível legislativo, foram propostas adequações normativas, a serem apresentadas como projeto de lei em anexo ao presente trabalho, que se considera simples, eficazes e factíveis na tradição jurídica local, a saber: 1) a ampliação da hipótese de cabimento dos embargos infringentes e de nulidade para os casos em que seja dado provimento ao recurso da acusação; 2) a alteração do regime jurídico das apelações em face dos veredictos emanados do tribunal do júri, para vedar o recurso acusatório de mérito em face da resposta ao quesito genérico, para possibilitar recurso defensivo quando a condenação não estiver fundada em prova suficiente e para possibilitar a absolvição pelo órgão revisor; e 3) a ampliação da hipótese de cabimento da apelação para

abranger as condenações proferidas em única instância nas ações penais originárias perante tribunais.

REFERÊNCIAS

- AMAR, Akhil Reed. Double jeopardy law made simple. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 106, n. 1.807, p. 1.807-1.848, 1997. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/943. Acesso em: 22 mai. 2021.
- ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. O duplo grau de jurisdição como garantia fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 171-190, 2009.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BANDEIRA, Marcos Thompson. **O duplo grau de jurisdição e o bloco de constitucionalidade**: a constituição pode suprimir essa garantia? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BARRY, Jordan M. Prosecuting the exonerated: actual innocence and the double jeopardy clause. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 64, n. 3, p. 535-587, abr. 2012. Disponível em: <https://www.stanfordlawreview.org/print/article/prosecuting-the-exonerated/>. Acesso em: 25 mai. 2021.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Jurisdição de direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 239-280.
- BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **A doutrina do controle de convencionalidade desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à luz do direito internacional geral**. 2017. Trabalho de investigação produzido como requisito para obtenção de certificado de aprovação no Curso de Direito Internacional promovido pela Organização dos Estados Americanos. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Claudio_Cerqueira_Bastos_Netto_1.pdf. Acesso em: 01 jul. 2021.
- BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano**: entre o conflito e o diálogo das jurisdições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no AgRg no RHC nº 136.961. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 jun. 2021.

CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1.286-1.355, jun. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.28028>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28028/20616>. Acesso em: 08 jun. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARRASCO, Salvador Herencia. Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: STEINER, Christian (ed.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2011. p. 381-402. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3801/17.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da constituição da república de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 495-510.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda. Breves notas sobre o controle de convencionalidade do crime de desacato. In: MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de; GALENO, Marina Medeiros (Org.). **Dilemas contemporâneos em direito administrativo e gestão pública**. Porto Alegre: Fi, 2019. p. 17-34.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um

processo de base garantista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, v. 116, p. 149-172, set./out. 2015.

CAZELATTO, Eduardo; LEME, Renata Salgado. Duplo grau de jurisdição e Convenção Americana de Direitos Humanos. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 6.410-6.423, fev. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/6746/6466>. Acesso em: 13 mai. 2021.

COFFEY, Gerard. The constitutional status of the double jeopardy principle. **Dublin University Law Journal**, Dublin, v. 30, n. 1, p. 138-165, 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/279846856_The_Constitutional_Status_of_the_Double_Jeopardy_Principle. Acesso em: 25 mai. 2021.

COSTA, Andréia da Silva. A harmonização entre direito interno e internacional de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano: margem de apreciação, aderência nacional ou convergências paralelas?. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto (Org.). **A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 47-60.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (org.). **Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 7: control de convencionalidad**. 2019. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. São José. 26 set. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 29 jun. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. São José. 17 nov. 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf. Acesso em: 08 jun. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. São José. 26 nov. 2010. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 29 jun. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença. **Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**. São José. 30 mai. 1999. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. São José. 2 jul. 2004. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 01 jun. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. São José. 30 abr. 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/herzog_y_otros_30_04_21_spa.pdf. Acesso em: 05 jul. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**. São José. 30 jan. 2014a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf. Acesso em: 16 jun. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença. **Caso Mohamed vs. Argentina**. São José. 23 nov. 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf. Acesso em: 18 mai. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença. **Caso Norín Catrimán e outros vs. Chile**. São José. 29 mai. 2014b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em: 16 jun. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença. **Caso Roche Azaña e outros vs. Nicaragua**. São José. 03 jun. 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_403_esp.pdf. Acesso em: 08 jun. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença. **Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua**. São José. 08 mar. 2018. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf. Acesso em: 09 jun. 2021.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A proibição da dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. São Paulo: Atlas, 2002.

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. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, n. 01, p. 1-15, jan./mar. 2018. Fundação Edson Queiroz. <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2018.4431>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4431>. Acesso em: 01 jun. 2021.

EDWARDS, Jessica L. Prosecutorial misconduct and the double jeopardy clause: attempt to find a universally acceptable standard. **Suffolk University Law Review**, Suffolk, v. 37, n. 145, p. 145-167, 2004. Disponível em:

<http://suffolklawreview.org/wp-content/uploads/2004/02/Edwards.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2020.

VEAS, Javier Escobar. Ne bis in idem y doctrina de la soberanía dual: Gamble v. United States. *Revista de Derecho*, Montevideo, ano 15, n. 20, p. 225-242, dez.

2019. DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.vi20.1842>. Disponível em:

<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1842>. Acesso em: 25 may. 2021.

FALCONÍ, Ramiro J. García. Adaptación del derecho interno al derecho internacional, especialmente en lo que se refiere a leyes penales. In: STEINER, Christian (ed.). **Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2011. p. 283-309. Disponível em:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3801/14.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2021.

FELBERG, Rodrigo; FELBERG, Lia. A soberania dos vereditos e a inconstitucionalidade da apelação pelo Ministério Público com fundamento no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal. **Tribuna Virtual**, São Paulo, ano 1, edição 4, p. 7-13, mai. 2013. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/04-01-RodrigoFelbergeLiaFelberg.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e razón**: Teoría del garantismo penal. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, n. 2, p. 445-456, 1996. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30906-valores-doble-instancia-y-nomofilaquia>. Acesso em 27 mai. 2021.

FORTI, Iorio Siqueira D'alessandri. O Tribunal do Júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 178-196, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22172/16021>. Acesso em: 26 mai. 2021.

GABRIEL, Anderson de Paiva. **A identidade física do juiz no processo penal e o CPC/15**. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/identidade-fisica-do-juiz-no-processo-penal-e-o-cpc-15-05032018. Acesso em: 08 fev. 2021.

GALLI, Joel Eliseu. A representatividade garantista do júri popular na raiz constitucional como forma de repulsa ao recurso da dúvida como fundamento da decisão de pronúncia. 2011. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/artigo/10639-A-representatividade-garantista-do-juri-popular-na-raiz-constitucional-como-forma-de-repulsa-ao-recurso-da-duvida-como-fundamento-da-decisao-de-pronuncia>. Acesso em: 27 mai. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a constituição federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Pacto de San José da Costa Rica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 29, p. 11-33, jan./mar. 1983.

GUARAGNI, Fábio André; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Identidade física do juiz no processo penal: percurso recente da questão no Brasil e a especial importância do tema na prova dos crimes econômicos. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito e processo penal**: entre a prática e a ciência. Curitiba: Luiz Carlos, 2013. p. 149-174.

GUERRA, Sidney. Gomes Lund x República Federativa do Brasil: o caso junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos e o controle de convencionalidade. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 289-317.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, São José, v. 39, 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020.

HILL, Flávia Pereira. O princípio da identidade física do juiz e o julgamento dos embargos de declaração. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 154-167, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22170/16019>. Acesso em: 08 mai. 2021.

HITTERS, Juan Carlos. El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional. Cláusula federal). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Controle de**

convencionalidade: um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 359-402.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

IBCCRIM. **Inconvencionalidade parcial do sistema recursal no júri**: a manifesta contrariedade à prova dos autos e a CADH. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/151>. Acesso em: 01 jun. 2021.

JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri – absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecorribilidade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 13-31, jan./fev. 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_13.pdf. Acesso em: 27 mai. 2021.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

KOLB, Robert. **The law of treaties**: an introduction. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.

LINDERFALK, Ulf. **On the interpretation of treaties**: The modern international law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Dordrecht: Springer, 2007.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1053>. Acesso em: 12 fev. 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. La internalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Brasil. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto (Org.). **A internalização de tratados internacionais de**

direitos humanos na América do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 9-20.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de convencionalidade e margem de apreciação nacional: (in)compatibilidade no sistema interamericano de direitos humanos. **RDU**, Porto Alegre, v. 14, n. 81, p. 35-54, mai./jun. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2866/pdf>. Acesso em: 12 fev. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 547-656.

MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan; LIRA, Yure. Controle de convencionalidade nos recursos excepcionais. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade: temas aprofundados.** Salvador: Juspodivm, 2018. p. 155-183.

MAIER, Julio Bernardo José. **Derecho procesal penal:** tomo I. Fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: del Puerto, 1999.

MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: STEINER, Christian (ed.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional.** Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2011. p. 435-455. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3801/19.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 57-85.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri:** vol. I. São Paulo; Saraiva, 1963, p. 54.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Teoria e Prática do Júri**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 262.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). **Eficácia nacional e internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 27-50.

MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais: sentenças paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto (Org.). **A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 21-46.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A constituição brasileira de 1988 e o direito internacional público. In: EDITORA FORENSE (Org.). **30 anos da constituição federal e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018a. p. 81-106.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018b.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O direito ao duplo grau de jurisdição como elemento da proteção dos direitos humanos. **Consulex**, Brasília, ano 19, n. 431, p. 64-66, 1 jan. 2015. Disponível em:

https://www.academia.edu/10231099/MAZZUOLI_Valerio_de_Oliveira._O_direito_ao_duplo_grau_de_jurisdic%C3%A7%C3%A3o_como_elemento_da_prote%C3%A7%C3%A3o_dos_direitos_humanos._In_Consulex_n._431_2015_p._64-66. Acesso em: 12 fev. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/739>. Acesso em: 12 fev. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Podem os tratados de direitos humanos não “equivalentes” às emendas constitucionais servir de paradigma ao controle

concentrado de convencionalidade. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018c. p. 145-153.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; RIBEIRO, Dilton. The pro homine principle as a fundamental aspect of international human rights law. **Meridiano 47 – Journal Of Global Studies**, Brasília, v. 17, p. 1-9, 2016. <http://dx.doi.org/10.20889/m47e17003>. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/5228/4752>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194897>. Acesso em: 01 jul. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. The Inter-American human rights protection system: structure, functioning and effectiveness in Brazilian law. **African Human Rights Law Journal**, Pretória, v. 11, p. 194-215, 2011b. Disponível em: <http://www.scielo.org.za/pdf/ahrlj/v11n1/10.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2021.

MCDERMOTT, Yvonne. Double speak and double standards: does the jurisprudence on retrial following acquittal under international criminal law spell the end of the double jeopardy rule? In: KEANE, David; MCDERMOTT, Yvonne (Ed.). **The challenge of human rights**: past, present and future. Cheltenham: Edward Elgar, 2012. p. 176-193.

MCMAHON, Marilyn. Retrials of persons acquitted of indictable offences in England and Australia: exceptions to the rule against double jeopardy. **Criminal Law Journal**, [s.l.], v. 38, n. 2, p. 159-184, jun. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263084072_Retrials_of_Persons_Acquitted_of_Indictable_Offences_in_England_and_Australia_Exceptions_to_the_Rule_Against_Double_Jeopardy. Acesso em: 25 mai. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. 2019. 229 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Escola de Direito,

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8883>. Acesso em: 25 mar. 2021.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O devido processo constitucional e a Suprema Corte Argentina. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 16 jan. 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42956/o-devido-processo-constitucional-e-a-suprema-corte-argentina>. Acesso em: 02 jun. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. O duplo grau de jurisdição na ação penal 470/MG: considerações à luz do controle de convencionalidade. **Direito em Debate**, Ijuí, ano 26, n. 47, p. 267-288, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2017.47.267-288>. Acesso em: 13 maio 2021.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. **Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações arriscadas da vítima**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PASSOS, Hugo Malone. O duplo grau de jurisdição: em busca de fundamentos adequados para sua existência no direito brasileiro. In: PAIVA, Lúcio Flávio de; DINIZ, Ricardo Martins Spindola; CARVALHO, Silzia Alves de (Org.). **Direito, processo e jurisdição nos 30 anos da Constituição: experiências e desafios no campo do direito processual brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 167-192.

PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1.389-1.418, 2017. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.27730>.

Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rdp/a/JwkNjXmR9XhrCbTVPg9qcqk/?lang=es&format=pdf>.

Acesso em: 01 jul. 2021.

PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa**: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017. 251 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em:

<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/52657/R%20-%20T%20-%20LEONARDO%20COSTA%20DE%20PAULA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Acesso em: 15 fev. 2020.

PEDROSA, Ronaldo Leite. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: recurso exclusivo da defesa. **Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia**, Porto Velho, ano 2010, n. 21, p. 195-208, 2010. Disponível em:

<https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/revistas/emeron/revista-emeron-2010-21.pdf#PAGE=195>. Acesso em: 27 maio 2021.

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

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira.

Comentários à convenção americana sobre direitos humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Homenagem às idéias de Julio B. J. Maier. In: PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a. p. 35-45.

PRADO, Geraldo. Identidade física do juiz. In: PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b. p. 270-283.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós emenda constitucional 45/04. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliansa Lyra. **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 146-188.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REZENDE, Guilherme Madi. Júri: decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – descabimento. **Boletim IBCCRIM**, ano 17, n. 207, 2010. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4036-Juri-decisao-absolutoria-e-recurso-da-acusacao-por-manifesta-contrariedade-a-prova-dos-autos-descabimento. Acesso em: 27 mai. 2021.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. O duplo grau de jurisdição no processo penal limitado pela Convenção Americana de Direitos do Homem. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos**, v. 1, p. 1-10, 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79070116.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2021.

RUSSOWSKY, Irís Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 61-96, 2012. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/305>. Acesso em 01 jul. 2021.

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

SÁNCHEZ, Alfredo Chirino. Derecho al recurso del imputado: doble conforme y recurso del fiscal. In: STEINER, Christian (ed.). **Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2011. p. 173-203. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3801/10.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A falaciosa identidade física do juiz no Processo Penal brasileiro. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 21, n. 245, p. 9, abr. 2013. Disponível em:
https://www.academia.edu/6342725/A_falaciosa_identidade_f%C3%ADsica_do_juiz_no_processo_penal_brasileiro_Boletim_IBCCRIM_abril_2013_. Acesso em: 08 mai. 2021.
- SANTOS, Marina França. **Garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: del Rey, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (org.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 1-26. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais_58edb738003fe.pdf. Acesso em: 13 mar. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 87-113.
- SCHÄFER, Gilberto *et al.* Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017.
- SCHNEIDER, Gabriela. Dos estados liberal e social ao estado democrático: revisitando o princípio do “juiz natural” nas constituições brasileiras (1824-1988). **Direito e Democracia**, Canoas, v. 12, n. 2, p. 90-106, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2620/1845>. Acesso em: 08 mai. 2021.
- SOUZA, Rafael Barreto. Direito ao duplo grau de jurisdição na América Latina: Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: Vladmir Oliveira da Silveira; Jefferson Aparecido Dias; Ana Maria D’Ávila Lopes. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos I**. João Pessoa: CONPEDI/UFPB, 2014, v. 1, p. 248-275. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94b2b0f4b6764b8b>. Acesso em: 01 jun. 2021.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRANO, Rafael Folador. Defesa criminal e direitos humanos: uma necessária releitura do direito ao duplo grau de jurisdição. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 276-290, jan./fev. 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_276.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

STRAZZELLA, James A. Relationship of double jeopardy to prosecution appeals. **Notre Dame Law Review**, Notre Dame, v. 73, n. 1, p. 1-30, 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1747&context=ndlr>. Acesso em: 06 fev. 2020.

TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 8, n. 30, p.177-186, jan./mar. 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: volume 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo grau de jurisdição na justiça criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI, Nereu; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Processo penal e garantias constitucionais**: estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 219-255.

XAVIER, Gonçalo Rezende de Melo Sant'anna. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito ao recurso e ao duplo grau de

jurisdição: o descumprimento pelo Brasil da convenção americana de direitos humanos. **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, São Paulo, n. 1, p. 180-212, outono/inverno 2018. Disponível em: <https://apd.org.br/a-jurisprudencia-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-sobre-o-direito-ao-recurso-e-ao-duplo-grau-de-jurisdicao-o-descumprimento-pelo-brasil-da-convencao-americana-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta: a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: STEINER, Christian (ed.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2011. p. 403-433. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3801/18.pdf>. 2021. Acesso em: 20 mai. 2021.

ANEXO

PROJETO DE LEI N. ____ DE 20__

Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao recurso de apelação e de embargos infringentes e de nulidade.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. Os arts. 593, 599 e 609 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

(...)

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

(...)

d) for a decisão dos jurados que julgar improcedente a acusação manifestamente contrária à prova dos autos.

e) não houver prova suficiente para a decisão dos jurados que julgar procedente a acusação.

IV - das sentenças definitivas de condenação proferidas por tribunais no julgamento de ações penais originárias.

(...)

§ 3º Se a apelação se fundar no nº III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão absolutória dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

§ 4º A apelação com fundamento no nº III, d, deste artigo não é cabível quando a decisão dos jurados se der em resposta ao quesito previsto no art. 483, III.

§ 5º Se a apelação se fundar no nº III, e, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que não há prova suficiente para a decisão condenatória dos jurados, dar-lhe-á provimento para desde logo reformar a decisão.

§ 6º Se a apelação se fundar no nº IV deste artigo, deverá ser processada e julgada por órgão fracionário distinto do mesmo tribunal, ou por seu pleno, vedada, em qualquer caso, a participação dos juízes que tomaram parte no julgamento anterior, na forma do respectivo regimento interno de cada tribunal.

§ 7º Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra.”

“Art. 599. As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele.

§ 1º O recurso da acusação terá seu efeito devolutivo restrito aos fundamentos de sua interposição e de suas razões.

§ 2º Julgando recurso exclusivo da acusação, o tribunal ad quem poderá conhecer de matéria que interesse ao acusado, para lhe beneficiar.

§ 3º O recurso da defesa, em qualquer hipótese, devolverá ao tribunal ad quem toda a matéria de fato e de direito, independentemente dos fundamentos de sua interposição e de suas razões.”

“Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

§ 1º Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

§ 2º No mesmo prazo e forma estabelecidos no parágrafo anterior, também se admitem embargos infringentes e de nulidade quando a decisão de segunda instância desfavorável ao réu der provimento a recurso da acusação, ainda que seja unânime. Neste caso, os embargos devolverão toda a matéria de fato e de direito ao órgão competente para seu julgamento.

§ 3º Em nenhuma hipótese poderão os juízes que participaram do julgamento embargado tomar parte no julgamento dos embargos infringentes e de nulidade.”

Art. 2º. Esta lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação oficial, prazo no qual deverão os tribunais adequarem seus respectivos regimentos internos.

Sala das sessões, em ___ de _____ de 20__.

Relator

JUSTIFICATIVA

O Brasil integra o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, sendo membro da Organização dos Estados Americanos, Estado-parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e reconhecendo e se submetendo à autoridade jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que implica na possibilidade de responsabilização internacional do país pela omissão de adequar o seu direito interno à Convenção.

Neste tocante, verifica-se que o atual regime jurídico dos recursos no processo penal brasileiro viola, em diversos pontos, a norma do artigo 8.2.h da Convenção, que garante aos acusados o direito de ter suas condenações revistas por um juiz ou tribunal superior.

Em diversos julgamentos da Corte Interamericana, interprete última da Convenção, Estados foram responsabilizados por não assegurarem o direito a um recurso amplo, efetivo, eficaz e de natureza ordinária em face das condenações, assim que elas surjam, seja em qualquer grau de jurisdição.

A atual sistemática do Código de Processo Penal não prevê um recurso com as características necessárias contra condenações que surjam após o provimento de um recurso da acusação, nem contra condenações originadas nos tribunais quando julgam ações penais que neles tramitam em razão de foro especial por prerrogativa de função, e ainda limita o cabimento do recurso da defesa em face das condenações emanadas do tribunal do júri, além de sobrepor a soberania dos veredictos e a competência do Júri, garantias do acusado, pois previstas no rol do artigo 5º da CF, ao princípio do *in dubio pro reo*, ao vedar que seja modificado, em grau recursal, o veredicto condenatório que não tenha respaldo na prova dos autos.

O presente projeto de lei visa a adequação do regime recursal aos ditames da Convenção, evitando a possível profusão de condenações do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana e sua conseqüente responsabilização internacional.